

**UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES  
MESTRADO EM CIÊNCIAS PENAIS**

**ANÁLISE DE ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI Nº 10.409/02 À  
LUZ DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL**

**André Filgueira do Nascimento**

**Rio de Janeiro**

**2005**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**André Filgueira do Nascimento**

**ANÁLISE DE ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI N°  
10.409/02 À LUZ DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS**

Dissertação apresentada à Universidade Candido Mendes  
como requisito parcial para obtenção do grau de mestre  
em Ciências Penais.

**ORIENTADOR: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho**

Rio de Janeiro

2005

**André Filgueira do Nascimento**

**ANÁLISE DE ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI Nº 10.409/02 À  
LUZ DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL**

Dissertação apresentada à Universidade Candido Mendes  
como requisito parcial para obtenção do grau de mestre  
em Ciências Penais.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

---

**Prof. Dr.  
Universidade**

---

**Prof. Dr.  
Universidade**

---

**Prof. Dr.  
Universidade**

Para Marcella, minha eterna bonequinha;

À doce memória de minha avó, Maria de Paiva  
Nascimento, a primeira brizolista que conheci; e

À memória de todos os brasileiros que perderam  
suas vidas em razão da infamante “guerra contra  
as drogas”.

## **Agradecimentos**

Em primeiro lugar e principalmente, agradeço aos meus pais, Marilene e Antonio, e à minha avó Lica, pelo enorme esforço investido na minha formação. Também pelo incentivo, pelos lanchinhos da tarde, pelos recursos para comprar os primeiros livros, pelo amor infinito.

Agradeço também a Vera e Nilo Batista, pelos livros emprestados, pelas aulas — de direito penal, de advocacia, de criminologia e de vida! — e pela amizade sincera.

Não poderia me esquecer dos meus companheiros de escritório, especialmente Cláudio Costa e Wagner Magalhães, que “seguraram a barra” durante a minha ausência. Tampouco poderia olvidar Angélica, pela torcida e pelo incentivo incondicionais.

Estendo os agradecimentos ao Prof. Humberto Dalla, meu dedicado orientador, que teve a paciência de ler este trabalho durante o Carnaval.

Agradeço, por fim, a todos os amigos e às pessoas que, de alguma forma, contribuíram para a elaboração desta dissertação.

“Nada mais sumário e rápido que o linchamento do réu”.

(José Carlos Barbosa Moreira)

## RESUMO

A política criminal de drogas brasileira é importada dos Estados Unidos da América, que a impõe, com objetivos políticos estratégicos de manutenção do domínio da região, seja através do financiamento de governos que lhes são simpáticos, seja através da intervenção direta. Os países latino-americanos incorporaram este discurso de repressão ao tráfico de drogas nos próprios âmbitos internos. A repressão ao tráfico de drogas talvez seja o melhor símbolo de que o tratamento do Estado neoliberal para a pobreza é a pena. Isto por duas razões principais: em primeiro lugar, porque a repressão ao tráfico é uma espécie de unanimidade internacional, o que faz com que práticas repressivas sejam aplicadas de maneira inquestionada; em segundo lugar, porque a repressão ao tráfico significa repressão às populações marginalizadas, que são as que sobrevivem dele. É claro, pois, que a repressão ao tráfico se encaixa perfeitamente na doutrina de “lei e ordem”. As práticas que decorrem desta doutrina são todas relacionadas à criminalização de conflitos sociais. Tal doutrina foi incorporada pelo legislativo, que ano após ano vem endurecendo as leis, notadamente no que concerne ao tráfico de drogas. A lei nº 10.409/02 representa uma etapa deste processo, ao, por exemplo, instituir um procedimento sumaríssimo para o julgamento dos graves delitos da lei nº 6.368/76. O procedimento, a propósito, que prevê, após o recebimento da denúncia, apenas uma única audiência, na qual devem ser realizados o (segundo) interrogatório do réu, a inquirição das testemunhas de defesa e de acusação, o oferecimento de alegações finais orais e a prolação da sentença, é inconstitucional por violar a garantia constitucional do devido processo legal, que assegura, no procedimento, o estabelecimento de adequadas oportunidades de defesa. A referida lei nº 10.409/02, contudo, foi positiva na medida em que consolidou a tendência legislativa de oportunizar-se a apresentação de defesa escrita pelo réu, antes da instauração da ação penal. A prática judiciária, no entanto, está colocando em risco esta importante conquista processual, ao tolerar a supressão desta etapa processual. Por fim, apenas a parte judicial da lei nº 10.409/02 é aplicável ao processo pelos delitos da lei nº 6.368/76.

**Palavras-chave:** Drogas. Política criminal. Processo Penal. Procedimento. Devido processo legal.

## ABSTRACT

The Brazilian drug policy is imported from the United States of America, who imposes it to the Latin American countries with strategic political purposes of dominating the region, either through financing friendly governments, or through direct intervention. The Latin American countries have incorporated this doctrine of drug trafficking repression to their own internal practices. The drug trafficking repression is perhaps the most eloquent symbol that the neoliberal government treatment of the poverty is only punishment. There are two explanations for that: first of all, drug trafficking repression is a sort of international unanimity, what makes repressive practices remain unquestionable; second of all, drug trafficking repression means repression to the marginalized population, which are the ones who survive from it. Thus, it is clear that drug trafficking fits perfectly into the “law and order” doctrine. The practices that are derived from this doctrine are all related to criminalization of social conflicts. Such doctrine has been incorporated by the legislative, which year after year, makes more severe laws, mainly the ones related to drugs matters. The law n° 10.409/02 represents a step of this process, by, for instance, creating a summary procedure for the judgment of the grave crimes of law n° 6.368/76. The procedure, by the way, which predicts, after the acceptance of the accusation, just one judicial hearing, on which must occur the second inquiry of the defendant, the cross-examination of the witnesses, the final statements and the verdict is unconstitutional, for violating the constitutional guarantee of the due process of law, that withholds, about the procedure, the establishment of proper defense opportunities. The law n° 10.409/02, however, was positive as long as it established a legislative tendency of giving the defendant the opportunity to present a written defense before the accusation is admitted. The judicial practice, on the other hand, is jeopardizing this important procedural conquest, by tolerating the suppression of this procedural occasion. At last, only the judicial part of the law n° 10.409/02 is applicable to the process related to the crimes of law n° 6.368/76.

**Key words:** Drugs. Criminal policy. Criminal process. Procedure. Due process of law.

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução</b>	<b>10</b>
<b>2. A influência estrangeira na política brasileira de drogas</b>	<b>24</b>
<b>2.1. Políticas importadas</b>	<b>24</b>
<b>2.2. O quadro político e legislativo pós-Constituição da República</b>	<b>42</b>
<b>2.3. Breve retrato da situação atual: discursos, espionagem, encarceramento e genocídio</b>	<b>56</b>
<b>3. A evolução do procedimento penal relacionado ao tráfico de drogas (e condutas afins)</b>	<b>69</b>
<b>4. Algumas considerações a respeito do procedimento da lei nº 10.409/02</b>	<b>84</b>
<b>4.1. A defesa escrita anterior ao recebimento da denúncia</b>	<b>84</b>
<b>4.2. A paulatina sumarização do procedimento</b>	<b>92</b>
<b>4.3. A aplicabilidade do novo procedimento aos crimes da lei nº 6.368/76</b>	<b>109</b>
<b>5. Conclusão</b>	<b>115</b>
<b>6. Referências bibliográficas</b>	<b>119</b>

## 1. Introdução

Este trabalho nasceu, há alguns anos atrás, na forma de um artigo, cujo objetivo era o de comentar a então recém-promulgada lei nº 10.409/02, que pretendia dar nova disciplina jurídica à questão das drogas ilícitas (mas que fracassou retumbantemente nesta missão, em face dos inúmeros vetos presidenciais que sofreu, como veremos adiante). Não desejávamos, contudo, ficar jungidos a uma simples análise dogmática da lei, pois sabíamos que a proibição do uso e comercialização de drogas era um assunto intensamente discutido no cenário político internacional, notadamente no âmbito das Américas, e no cenário político nacional. Passamos, então, a elaborar pesquisa a respeito dos movimentos políticos norte-americanos e latino-americanos sobre o tema, pois tínhamos ciência de que em tais movimentos políticos certamente haver-se-ia de encontrar algumas respostas para tanta severidade no tratamento legislativo do assunto.

Um jurista, por sinal, não pode cometer o equívoco de analisar determinada lei ou instituto jurídico sem, antes, perquirir quais fatores ou interesses estão na base histórica de sua criação, sob pena de jamais apreender o verdadeiro fundamento jurídico e político do seu objeto de estudo. Com maior razão isto se dá no que concerne ao processo penal, que, no universo jurídico, é o ramo que está mais próximo da realidade humana e que contém as regras diretamente voltadas à concretização do poder punitivo, razão pela qual *“la correlación entre el sistema político imperante y el contenido del Derecho procesal penal es aún más directa e inmediata que en cualquier otra rama jurídica, incluido el Derecho penal material”*<sup>1</sup>.

Estudar as relações do direito processual penal com a política criminal é tão importante quanto estudar as relações daquele com a criminologia. Neste campo do saber humano logramos encontrar um manancial de obras e lições, elaboradas a partir de um viés crítico, que conectam o sistema penal à história da formação social brasileira, assim como e primordialmente à política econômica e seus reflexos sobre a população a ela submetida. Com efeito, investigando os ricos frutos da criminologia crítica<sup>2</sup>, apercebemo-nos, primeiramente a partir do fundamental estudo do jurista judaico-

---

<sup>1</sup> MAIER, J. B. J. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002, t. I, p. 260.

<sup>2</sup> Trata-se, em síntese apertadíssima, de uma corrente da criminologia que se recusa a estudar o crime como se este fosse algo natural ou inerente à vida social, para focar sua lente sobre os movimentos político-ideológicos que, na perspectiva histórica, disparam os processos de criminalização, bem assim sobre os efeitos da criminalização (estigmatização, reincidência etc.).

alemão Georg Rusche (publicado em inglês em 1939 pela *Columbia University Press* de Nova Iorque<sup>3</sup>), atualizado historicamente até o período do nazismo por Otto Kirchheimer, intitulado “Punição e Estrutura Social”<sup>4</sup>, de que “os diferentes sistemas penais e suas variações estão intimamente relacionados com as fases do desenvolvimento econômico”<sup>5</sup>, motivo pelo qual a punição não pode nem deve ser entendida como “simples consequência do crime, nem o reverso do crime”<sup>6</sup>, mas sim como fenômeno ligado a outras esferas de poder do Estado, sempre reconduzíveis à política econômica.

A política econômica que vem sendo praticada há alguns anos está a produzir efeitos trágicos nas populações marginalizadas dos países periféricos, cujas economias desde sempre agonizaram, mercê de séculos de espoliação e de relações comerciais desiguais com as nações centrais. O Estado neoliberal é marcado por sua retração em várias atividades de cunho econômico e social que antes exercia soberanamente. Desde 1990, coincidentemente com o advento do primeiro governo democraticamente eleito depois de décadas de regime militar, o mercado brasileiro foi escancarado para a invasão de produtos alienígenas e empresas estrangeiras, numa concorrência predatória com as empresas nacionais, cujos resultados são a falência do nosso setor produtivo. Paralelamente, serviços estratégicos, como, por exemplo, as telecomunicações, foram parar nas mãos de consórcios de empresas privadas, comumente controladas por matrizes situadas no Hemisfério Norte.

As políticas sociais do neoliberalismo, por seu turno, ao invés de serem as propulsoras da criação de empregos, de distribuição de renda etc. foram reduzidas a práticas assistencialistas inconseqüentes e, como a realidade duramente demonstra, inócuas, cujos efeitos se verificam apenas no campo do simbólico. Os governos passaram a ser, ao lado de organizações não-governamentais, entregadores de esmolas e “quentinhas” (subvencionadas). Ao invés de construir escolas, cria-se o “bolsa-escola”; em lugar de distribuir eqüanamente a terra, para que lavradores possa plantar o

---

<sup>3</sup> Nova Iorque, após o início da perseguição política e ideológica desencadeada pelo nacional-socialismo alemão, passou a abrigar o Instituto de Pesquisas Sociais, que até então possuía sede em Frankfurt.

<sup>4</sup> A primeira tradução em língua portuguesa ficou por conta da historiadora Gizlene Neder, tendo sido publicada em 1999 pela Livraria Freitas Bastos, por iniciativa do Instituto Carioca de Criminologia, dirigido pelo Prof. Dr. Nilo Batista.

<sup>5</sup> RUSCHE, G. e KIRCHHEIMER, O. Punição e Estrutura Social. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 21.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 18.

alimento que chega às nossas mesas, implanta-se com alarde o programa “Fome-Zero”, este criadouro de parasitas humanos, alijados de alternativas honestas e dignas de sobrevivência. A população brasileira, desprovida que foi dos poucos benefícios do Estado previdenciário de bem-estar, a par de sua histórica espoliação, está empobrecida, desempregada, faminta, habitando em sua grande maioria pardieiros insalubres em centros urbanos caóticos e superlotados, que a cada dia recebem mais e mais pessoas oriundas dos nossos bolsões de miséria. O projeto capitalista neoliberal é um espetáculo de concentração de renda, para o qual a maior parte dos brasileiros não foi convidada. No entanto, milhões de pessoas precisam sobreviver de alguma forma, via de regra no emprego informal. Jock Young anota com acuidade que “a parte que mais cresce do mercado de trabalho é a do mercado secundário, em que a segurança no emprego é muito menor, em que as estruturas de carreira estão ausentes e a vida é experimentada como precária”<sup>7</sup>. Multiplicam-se os camelôs, flanelinhas, biscateiros, trabalhando ao largo de benefícios trabalhistas e previdenciários, que mais se parecem com resquícios de uma civilização perdida. Multiplicam-se, por outro lado, e em maior proporção, os desocupados, os moradores de rua, os mendigos, cada vez mais propensos a retirar seu sustento de atividades ilegais.

A solução para os pobres da nova economia está no sistema penal. A exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América, o conservadorismo de nossas classes dirigentes preconiza a utilização maciça do sistema penal. Nossos governantes tupiniquins observaram a receita norte-americana da exclusão e do encarceramento (praticada sobretudo a partir de primeiro governo Reagan), aprenderam-na, acreditam intensamente nela e estão aplicando-a sem cerimônia. Desejam, decerto, que a nossa população carcerária atinja os números assustadores registrados no país mais rico do mundo<sup>8</sup>. À míngua de soluções consistentes para a pobreza crescente, vivemos os tempos do Estado penal, que vaticina, na feliz síntese de Wacquant, “a criminalização da marginalidade”, sendo que “a ‘contenção punitiva’ das categorias deserddadas faz as

---

<sup>7</sup> Cf. YOUNG, J. A Sociedade Excludente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: ICC e Revan, 2002, p. 40.

<sup>8</sup> Loïc Wacquant revela que nos últimos vinte anos, a população carcerária norte-americana triplicou, o que contribuiu para que, nos dias que correm, aproximadamente 2,5% da população adulta daquele país esteja em alguma fase do sistema penal (WACQUANT, L. Punir os Pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 30).

vezes de política social”<sup>9</sup>. As estratégias de sobrevivência da pobreza são criminalizadas, pois é imprescindível controlar a população que está disposta a se insurgir contra a dura realidade. Camelôs, por exemplo, são expulsos das ruas, quando não presos por contrabando ou descaminho, por comercializarem bugigangas sem nota fiscal. Equipamentos de rádios comunitárias das favelas são confiscados, e seus proprietários processados, por crime contra as telecomunicações. Vans e Kombis são apreendidas, por não estarem regularizadas perante os órgãos incumbidos de fiscalizar a circulação viária. Moto-boys e lideranças comunitárias são suspeitos de serem distribuidores de drogas. O sistema penal é uma voragem que necessita de número cada vez maior de pessoas, os consumidores falhos ou os não-consumidores, aos quais é inculcada a necessidade de consumir e dos quais retiram-se os meios para tanto.

O Estado que nada provê e que cada vez menos participa do destino dos seus súditos é um gerador de insegurança. Todos vivem inseguros, cada qual por uma razão. Os ricos vivem inseguros, apavorados com os índices crescentes de criminalidade (que suas próprias políticas geram) e com o crescimento da população pobre. A classe média vive insegura, ante a possibilidade de ser empurrada para a economia informal, em razão da redução do número de empregos formais. Os pobres vivem inseguros com a violência (da qual são as maiores vítimas), com as agências do Estado que os maltratam, com o dia de amanhã. O mais sinistro e doloroso dos problemas contemporâneos, diagnostica Zygmunt Bauman, é a incerteza, a insegurança, a falta de garantia<sup>10</sup>. Esta insegurança estrutural torna as pessoas suscetíveis a apoiar qualquer solução que, ao menos na aparência, vá livrá-las da fonte de seus temores. Todavia, a instituição capaz de fazê-lo — a classe política — é desmerecida pelos meios de comunicação. A novela em curso na Rede Globo retrata o político como corrupto, matador, adúltero. Poucos políticos percebem o achincalhe de que são vítimas e preferem continuar a ser pautados pela mídia que os desacredita. O aspecto mais notável da política contemporânea, acentua Bauman, “é sua insignificância”<sup>11</sup>. A política está restrita ao âmbito local, relegada à tarefa de garantir a ausência de óbices à mundialização do mercado, que não

---

<sup>9</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>10</sup> Cf. BAUMAN, Z. *Em Busca da Política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000, p. 13. Segundo o autor, a expressão apropriada para a situação atual é *Unsicherheit*, termo alemão que nas outras línguas só pode ser traduzido corretamente com a combinação de algumas palavras que parecem sinônimas, mas não são.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 12.

vê fronteiras. Esta é a nova ordem mundial: não atrapalhar a livre circulação do capital especulativo. Não é à toa que se discuta tanto a autonomia do Banco Central: a política deve ser desvinculada da economia.

A fantástica e inaudita história de distensão do poder punitivo — um dos últimos que restou ao Estado — necessita de discursos<sup>12</sup> que a legitimem, e a sociedade nunca esteve tão permeável particularmente àqueles de matiz autoritária, que preconizam o reforço da normalidade e dos valores morais perdidos, através da repressão e da segregação. Não é gratuito o sucesso que doutrinas totalitárias como “tolerância zero” e “vidraças quebradas” vêm alcançando no seio das elites de muitos países. A imprensa, neste particular, desempenha papel fundamental, ao difundir diariamente pânico e terror com as notícias sobre criminalidade. Sua incidência ascendente é retratada como uma ameaça à ordem, à normalidade, induzindo todos a pensar que a repressão penal é a única solução. A quantidade de cobertura de crimes, assinala Young, “cresceu exponencialmente, em todas as variedades de meios de comunicação de massa, e o interesse tem característica global”<sup>13</sup>. A análise midiática sobre a violência é fortemente moralizante e propositalmente divorciada da sua análise política. Os delitos são mostrados como fatos naturalmente nocivos à vida social, sendo que aqueles que os praticam são retratados como inadequados à vida social, problemáticos ou simplesmente perversos. Também há o discurso dos especialistas. Médicos demonizam o potencial mortífero das drogas, ambientalistas histéricos alarmam o planeta com o esgotamento dos recursos naturais ou com o desmatamento causado pela instalação de uma comunidade pobre, economistas calculam os prejuízos com a corrupção ou com a lavagem de dinheiro. Tudo conduz a uma coisa só: punição.

Os discursos que criminalizam os problemas sociais vão se incorporando ao cotidiano e o resultado é uma enxurrada de legislação penal repressiva. Baste-nos citar a própria Constituição de 1988, que, na oportuna lembrança de Fauzi Hassan Choukr, “foi a primeira desde a autonomia política brasileira a se preocupar com a estratificação de crimes em seu interior”<sup>14</sup>. O movimento legislativo pós-Constituição de 1988, em que

---

<sup>12</sup> O termo “discurso” é empregado na acepção com que o é na obra de Michel Mialle: um “corpo coerente de proposições abstratas implicando uma lógica, uma ordem e a possibilidade não só de existir, mas, sobretudo, de se reproduzir, de se desenvolver, segundo as leis internas à sua lógica” (Cf. MIAILLE, M. Introdução Crítica ao Direito. Lisboa: Ed. Estampa, 1994, p. 33).

<sup>13</sup> *Idem*, p. 171.

<sup>14</sup> CHOUKR, F. H. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 140.

Fauzi Hassan Choukr vislumbrou com inteira pertinência as marcas da “emergência repressiva”, que “acaba se protraindo sem fronteiras e infiltra-se no seio cultural da normalidade com evidente prejuízo desta”<sup>15</sup>, só fez consolidar esta tendência. O discurso repressivo gira em torno de expressões utilizadas pelo senso comum que são erigidas à categoria jurídica, tais como “crime hediondo”, “lavagem de dinheiro” e “crime organizado”. Nos últimos anos, testemunhamos a edição de inúmeras leis penais, que cominam penas astronômicas aos delitos criados ou aos já existentes, e de leis processuais penais, que tentam a todo custo empurrar o processo para épocas inquisitoriais, por intermédio, por exemplo, da atribuição de poderes investigatórios ao juiz ou de prisões preventivas compulsórias.

O que o tratamento penal (em sentido amplo) do tráfico de drogas tem de significativo é que ele marca o encontro de todos os discursos repressivos, e, além disso, é muito funcional para o projeto do Estado penal. As drogas representam um solo fértil, no qual os discursos médico e bélico florescem incontrastados. A repressão a esta atividade é uma espécie de unanimidade nacional e internacional; unanimidade burra, como diria Nelson Rodrigues, induzida à equivocada compreensão do tema por aquilo que Rosa del Olmo denominou de mescla de informação, desinformação e contra-informação, muito conveniente à ocultação das muitas falácias que povoam os discursos relacionados a drogas<sup>16</sup>. É preciso perceber que a relação de causalidade na relação drogas x criminalização está invertida. Não é a nocividade (direta ou indireta) das drogas que justifica sua criminalização, mas é rigorosamente causada por esta. A severa criminalização do tráfico de drogas não está a serviço da saúde pública. Qualquer estatística disponível demonstra que o número de mortes causadas pelo abuso das substâncias psicoativas proibidas é ínfimo se comparado com o número de mortes causadas pelas drogas lícitas (tais como tabaco, álcool, antidepressivos, remédios para emagrecimento etc.)<sup>17</sup>. Esta criminalização deve ser lida no contexto econômico e social nacional, que não difere substancialmente da realidade latino-americana, embora

---

<sup>15</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>16</sup> OLMO, R. del. *¿Prohibir o Domesticar?* Caracas: Ed. Nueva Sociedad, 1992, p. 11.

<sup>17</sup> Há muitas estatísticas disponíveis. Veja-se, por exemplo, o boletim nº 44 (mar/abr/mai 2001, disponível na internet no site [www.saude.inf.br/cebrid/boletimcebrid44.htm](http://www.saude.inf.br/cebrid/boletimcebrid44.htm)) do Centro Brasileiro Sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID), que publicou a análise das planilhas fornecidas, durante os anos de 1988 a 1999, pelos hospitais e clínicas psiquiátricas brasileiras, tendo sido constatado que das 726.429 internações reportadas, 90% estavam ligadas ao consumo abusivo de álcool, ao passo que 15,5% ao uso imoderado de psicotrópicos.

apresente algumas particularidades. Desta leitura exsurgirá a conclusão de que a criminalização está a serviço do Estado neoliberal, pois propicia o encarceramento e o sepultamento em vida de grandes contingentes da população excluída e até mesmo seu extermínio impune. Rosa del Olmo nos ensinou que todas as sociedades tentaram de alguma forma regulamentar, proibir ou colocar barreiras morais sobre o consumo, a distribuição e porte de substâncias alteradoras da consciência, que sempre existiram e às quais os seres humanos historicamente recorreram por razões diversas<sup>18</sup>. Nunca, porém, o Estado foi tão consentidamente violento como agora.

A escolha do tema revelou-se acertada, também, ao permitir a análise do discurso jurídico que monopoliza o tratamento da questão das drogas. É bem verdade que, a partir de um determinado momento, a abordagem criminológica do assunto ultrapassou a análise dogmática da nova lei de drogas. Entretanto, isto não impediu que alguns aspectos processuais da lei nº 10.409/02 fossem objeto de comentários, elaborados à luz da desconstrução dos mitos que a criminologia crítica opera neste tema, o que os juristas devem começar a fazer com urgência, sob pena de serem reprodutores de um autoritarismo incondizente com as nossas instituições democráticas. A análise destes aspectos processuais, que vem na segunda parte deste trabalho, possui o escopo principal de demonstrar como os discursos repressivos estão pouco a pouco se apossando do processo penal, em sacrifício aos valores consagrados pela Constituição da República de 1988.

Pois bem. Em 14 de janeiro de 2002, depois de muitos anos de tramitação e debates nas Casas Legislativas, foi publicada no D.O.U. a lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que “dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencadas pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências”.

---

<sup>18</sup> *Idem*, p. 72. A respeito do consumo de substâncias psicoativas, veja-se a observação do toxicologista francês Ludwig Lewin, citado por Marcos Baptista (*Drogas, Estado, sociedade*. In BAPTISTA, M.; CRUZ, M. S.; e MATIAS, R. (orgs.). *Drogas e Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Ed. Uerj, 2003, vol. 1, p. 25), de que “à exceção dos alimentos, não existem sobre a terra substâncias que tenham estado tão intimamente ligadas à vida dos povos, em todos os países e em todos os tempos, como as substâncias que modificam a percepção humana”.

A lei em estudo não entrou em vigor imediatamente. A omissão legal quanto ao início de sua vigência<sup>19-20</sup> impôs aos operadores do direito observar o período de *vacatio legis* de 45 dias (art. 1º LICC), postergando para 28 de fevereiro de 2002 sua entrada em vigor.

O objetivo do legislador, como se disse no primeiro parágrafo desta introdução, era de renovar por completo a forma de tratamento judicial e administrativo para a questão do uso e comércio de drogas ilícitas. Todavia, o texto legal, certamente em razão da natureza profundamente controvertida da matéria, bem como em razão da “injuridicidade” de vários dos seus dispositivos (antecipada na nota de rodapé acima, e esmiuçada mais à frente), sobreviveu parcialmente ao processo legislativo, nascendo já alterado e mutilado, gerando, a partir daí, como não poderia deixar de ser, enormes polêmicas, que já começam a tomar de assalto os foros jurídicos. Se a técnica legislativa sofrível (constatável tanto na redação dúbia, imprópria ou obscura dos dispositivos legais, como na preferência pela legislação extravagante, decodificada) já torna muito difícil a tarefa do intérprete quando um diploma qualquer vem à lume com seu texto inalterado, quando este diploma surge já completamente mutilado, esta tarefa se torna quase intransponível.

Após o esboço histórico dos procedimentos instituídos para o processo por tráfico de drogas (e, até bem pouco tempo atrás, mais precisamente até a lei nº 10.259/02, para o uso), far-se-á, no capítulo destinado aos aspectos processuais da lei, a análise, em primeiro lugar, da instituição da defesa escrita anterior ao recebimento da

---

<sup>19</sup> O artigo 58 do Projeto de lei nº 1.873/91 (incorporado o substitutivo do Senado Federal), que dispunha que “*esta lei entra em vigor na data de sua publicação*”, foi vetado pela Presidência da República, sob o argumento de que “*conquanto repleto de positivas inovações, o projeto, por razões já expostas, não logra êxito quanto à juridicidade de vários dos seus artigos. Isso compromete a substituição plena da lei que regula a matéria (...). Apesar disso, a futura norma legal apresenta importante avanço no combate ao crime. Os diversos vetos, se aceitos, obrigam que se aumente o prazo de entrada em vigor da lei, bem como da sua regulamentação*” (cf. Mensagem nº 25, de 11.jan.02, ao Senado Federal). A propósito da “injuridicidade” de vários dispositivos do projeto, convém ponderar, com Eduardo Reale Ferrari, que o Poder Executivo deveria “ter tido a coragem de revogar toda a legislação, não fazendo sentido sancionar 24 artigos apenas para não melindrar um irresponsável Congresso Nacional” (*Nova lei de tóxicos: ausência de política preventiva e suas aberrações jurídicas. In RBCCrim. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./03, nº 42, p. 283*), evitando, assim, que fosse aprovado um “verdadeiro monstro jurídico” (*idem*).

<sup>20</sup> Alguns doutrinadores, baseados na constatação de que a lei complementar nº 95/98, com as alterações promovidas pela lei complementar nº 107/2001, teria revogado o artigo 1º da LICC, acreditam que, pela impossibilidade de uma lei não dispor expressamente sobre sua entrada em vigor, a lei nº 10.409/2002 não teria entrado em vigor. Todavia, a corrente majoritária, que parece ter razão, preceitua que o artigo 1º da LICC continua em vigor, redundando no entendimento que aqui se defende. De qualquer forma, para um panorama da polêmica, v. Rodrigo Régner Chemin Guimarães, *A nova lei de tóxicos – lei 10.409/2002 – aspectos polêmicos. In Revista dos Tribunais, volume 813, pp. 479-480.*

denúncia (art. 38 da lei nº 10.409/02); em seguida, do próprio procedimento em si, enquanto conjunto de atos lógicos e cronologicamente encadeados entre si, tendentes a viabilizar o julgamento dos indivíduos acusados dos crimes previstos na lei nº 6.368/76 (excluídos os delitos dos artigos 15, 16 e 17); e por último, da aplicabilidade ou não do procedimento penal previsto nos artigos 27 e seguintes da lei nº 10.409/02.

Pelas razões já apontadas acima, não se pode deixar de contextualizar o surgimento da lei nº 10.409/02 no quadro de supressões de direitos e garantias individuais que o ordenamento processual penal vem testemunhando nos últimos anos, após a promulgação da Constituição da República de 1988, principalmente no que concerne à denominada “criminalidade de rua”. Tampouco, poder-se-ia deixar de analisar, por mais breve que fosse esta análise, a ligação entre este aumento do poder repressivo estatal e a atualmente denominada “criminalidade organizada” — expressão cunhada para congregar, com visível impressionismo retórico, toda a criminalidade praticada pelas populações socialmente excluídas do país — da qual, segundo alguns, o tráfico de drogas ilícitas é o principal patrocinador. Isto será feito no capítulo imediatamente subsequente.

O recrudescimento do tratamento penal da comercialização das drogas ilícitas (que está em perfeita consonância com o movimento latino-americano de endurecimento do tratamento penal da criminalidade praticada pela população socialmente excluída), veremos, é apenas um efeito da obediência que o Brasil presta às pautas criminológicas de entidades do Primeiro Mundo, notadamente, no que tange às drogas ilícitas, dos E.U.A.

A grande força motora da repressão ao tráfico de drogas, sob a ótica do discurso *político-criminoso* (falar-se-á, ao longo deste artigo, primordialmente de tráfico de drogas, mas estão incluídas as condutas acessórias que circundam o tráfico, tal como a associação estável de agentes), sempre foi proveniente dos E.U.A. Desde o momento em que o assunto tornou-se perceptível em âmbito doméstico, as agências norte-americanas ligadas à manutenção da segurança nacional concentraram seu foco de ação na oferta da droga (mas, curiosamente, nunca na demanda, ao menos com o mesmo vigor). Esta política servia e serve para ocultar uma das verdadeiras intenções que estão por trás do nobre intuito de salvaguardar a saúde dos jovens norte-americanos: a neutralização de determinados grupos étnicos (imigrantes italianos, colombianos etc.),

que em períodos históricos distintos ameaçava e ameaça determinados setores da economia da maior potência econômica e militar do planeta.

Esta intensa repressão, que levaram os E.U.A. a declarar uma “guerra contra o tráfico” e a destinar cifras astronômicas do orçamento em equipamentos de vigilância, armas e veículos especialmente preparados, treinamento de pessoal, entre outros, é explicável, também, pela circunstância de que o tráfico de drogas ilícitas é um mercado que movimenta muitos bilhões de dólares (assim como o mercado de bebidas alcoólicas e cigarros, ou seja, de drogas lícitas), que saem, retornam e saem novamente daquele país com a mesma desenvoltura, quantia esta que os E.U.A. abocanham apenas uma fração ínfima, na forma da desapropriação de imóveis e ativos de contas bancárias de propriedade dos traficantes.

A “guerra contra as drogas” também fornece aos E.U.A. um poderoso e eficiente instrumento de dominação política sobre os países latino-americanos, que se concretiza não só através da imposição aos países subjugados da adoção de certas medidas de profunda repercussão às já combalidas economias domésticas, sob pena de sanções econômicas e comerciais, como também através do treinamento de policiais locais por agentes do FBI ou o envio de comissões de estudiosos ou simplesmente de missões militares norte-americanas cujo objetivo declarado é o de auxiliar as autoridades locais a traçar estratégias de combate às drogas.

Paralelamente, os E.U.A. implementam o discurso médico-sanitário para o caso do consumidor. Não poderia ser diferente: o consumo de drogas ilícitas, que se difunde na população branca norte-americana de classe média na década de 1960, em meio aos movimentos de rebeldia juvenil, de negros, pacifistas (contra a guerra do Vietnã), todos contra o poder instituído, impedia uma criminalização (ou, em outras palavras, segregação e confinamento) generalizada da população que tem uma significação econômica, e que, por causa disto, convém não encarcerar. Então, para o consumidor branco/dependente/doente vige o discurso médico-sanitário, que sugere o tratamento — justiça terapêutica — ao invés do cárcere.

Percebe-se claramente, assim, a ideologia da diferenciação que sempre vincou as políticas relacionadas à droga: para o consumidor, normalmente pessoa de classe média/alta, o tratamento. Para o traficante, via de regra integrante dos grupos socialmente excluídos, imigrantes ilegais, somente a prisão. É perceptível, também, que

dentro do próprio universo dos consumidores opera-se a diferenciação: se quem consome a droga é pobre ou negro ou latino-americano, trata-se de um “viciado”; se é rico, trata-se de um “doente”.

Os países latino-americanos inegavelmente aprenderam a lição, e trataram de repetir os estereótipos em seus próprios ordenamentos jurídicos internos.

Este é exatamente o panorama brasileiro. A legislação brasileira de drogas pune com penas brandas o consumidor (assumindo, quanto a este personagem, um tratamento mais severo do que o previsto na legislação norte-americana), brandas o suficiente para impossibilitar seu envio ao cárcere, ao passo que comina penas gravíssimas aos agentes envolvidos com o comércio de drogas ilícitas (pobres, negros e favelados). Tais penas seriam mais graves do que já são, se os delitos previstos na redação original da lei nº 10.409/02 não houvessem sido vetados pela Presidência da República<sup>21</sup>.

A pena grave, lamentavelmente, não é o maior problema, como antecipado acima. Antes da judicialização do tráfico, as agências policiais do sistema penal, respaldadas por ideologias intolerantes para com a conduta desviante, são responsáveis pelo extermínio assustador de enormes contingentes populacionais pobres. O clima de “guerra contra as drogas”, importado pelos órgãos encarregados da segurança pública urbana diretamente para as ruas das grandes cidades, e devidamente legitimado pelos meios de comunicação, faz com que as polícias estabeleçam táticas de guerrilha, que têm por resultado prático a implementação de uma pena de morte extra-oficial para aqueles envolvidos com o tráfico de drogas. Há, aqui, um aproveitamento do conceito de “inimigo interno”, forjado para a repressão à criminalidade política intelectualizada, questionadora do totalitarismo e da arbitrariedade dos governos militares, para a criminalidade comum, de rua, composta em sua grande maioria por negros, pobres, favelados, analfabetos ou semi-alfabetizados, enfim, pelos excluídos do projeto neoliberal. Vale, aqui, citar a percuciente observação daquela que foi uma das maiores especialistas latino-americanas em drogas:

---

<sup>21</sup> Apesar do veto presidencial, o risco de majoração das penas relacionadas à produção e comercialização de drogas ilícitas está longe de ter sido conjurado. Em 11 de fevereiro de 2004, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou a redação do Projeto de lei nº 7.134/2002, de autoria de uma comissão mista do Senado Federal, que cria novos delitos relacionados às drogas, bem como aumenta as penas de alguns dos delitos já existentes.

*“el debate militar latinoamericano es diferente. No hay compromiso real con la guerra a las drogas, tal como lo plantea Washington. En algunos Estado Mayores de América Latina se habla de una forma autóctona de combatir que denominan la guerra sucia, donde los servicios de inteligencia son el instrumento decisivo y obtienen carta blanca para cumplir cualquier tipo de misión. Todo está permitido en aras de la destrucción del enemigo interno: el secuestro, la tortura sistemática, las desapariciones, las masacres y los asesinatos, como formas expeditas de acción”<sup>22</sup>.*

Todavía, quanto àqueles que têm a sorte de sobreviver à “guerra contra as drogas”, convém não facilitar: ao tratamento policial genocida e às penas gravíssimas mencionadas acima, some-se o tratamento severo dispensado pela justiça penal, que não tem a menor cerimônia quando o assunto é restringir as garantias individuais estabelecidas pela Constituição da República<sup>23</sup>. Tais garantias constitucionais, no plano processual penal, passam a constituir letra morta, embora aparentemente estejam sendo respeitadas, maquiando, deste modo, o lado cruel da justiça penal seletiva, que conhece muito bem seus clientes e sabe puni-los como ninguém.

É neste contexto que deve ser compreendida a introdução da lei nº 10.409/02 — originada do Projeto de Lei nº 1.873/01, de autoria do Deputado Federal Elias Murad, ao qual foi incorporado o substitutivo do Senado Federal — no cenário jurídico-penal brasileiro. É sob esta ótica que deve ser analisado o procedimento previsto nos artigos 27 e seguintes do citado estatuto.

A maior concentração possível de atos numa só audiência, característica primordial do procedimento penal instituído pela lei nº 10.409/02, tem um duplo objetivo, o primeiro dos quais declarado e o segundo, oculto: a) o declarado: de fornecer respostas rápidas, se possível no mesmo ritmo alucinante com que a notícia ou o capital virtual transitam pela *internet*, à sociedade (mas principalmente à mídia) no que concerne à punição dos traficantes de drogas; e b) o oculto: de inviabilizar, como se disse, sob o manto de um devido processo legal que possui existência somente formal, qualquer possibilidade de defesa por parte dos clientes do sistema penal.

---

<sup>22</sup> OLMO, R. del. *Drogas y Conflictos de Baja Intensidad en América Latina*. Santa Fé de Bogotá: Ed. *Forum Pacis*, 1994, pp. 56-57.

<sup>23</sup> Para se ter uma idéia da situação, em certa ocasião, o Superior Tribunal de Justiça exarou decisão no seguinte sentido: “estando a testemunha, menor de idade, temerosa de que lhe adviesse algum mal, em virtude do depoimento que iria prestar, é possível a medida adotada pelo Juízo, **realizando inquirição, sem a presença do advogado dos acusados**. Para assegurar a igualdade processual, também esteve ausente o Ministério Público. A gravidade dos fatos — **tráfico de entorpecentes** — e a circunstâncias excepcional, envolvendo segurança da vida da menor, justificam a medida imposta” (5ª Turma, HC nº 19.102-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 18.dez.01, D.J. 25.mar.02, p. 301).

Esta concentração de atos, se por um lado atende em cheio aos anseios de celeridade processual (que só servem para esconder o fato de que o desaparecimento do Poder Judiciário, que há muitas décadas não consegue atender o público que bate às suas portas, é uma das etapas do desmonte total do Estado, preconizado pelo projeto neoliberal, consagrando, assim, paulatinamente, a regra de que mais vale um desfecho rápido do que justo para o processo), por outro, contudo, é inconstitucional, na medida que frustra a garantia impostergável à ampla defesa e ao contraditório, consagrados na Constituição da República de 1988 no artigo 5º, inciso LV.

O processo possui um tempo próprio de gestação da decisão que está destinado a alcançar. Este tempo não é o tempo da imprensa, que cobra punições rápidas e severas, nem o tempo da “sociedade civil organizada”, que está condicionada a pensar que “as causas da falência estrutural do Estado no campo penal” estão “umbilicalmente ligadas ao conjunto de normas garantidoras dos direitos fundamentais”<sup>24</sup>. O tempo do processo é o tempo da reflexão, do amadurecimento da sentença judicial. O processo existe justamente para evitar o afogadilho, o açodamento. Terá cumprido sua função quando permitir ao juiz sopesar serenamente os testemunhos que colheu, as impressões pessoais a respeito do réu, os documentos trazidos pelas partes e as perícias realizadas.

O processo penal, gravado com a cláusula do *due process of law*, é uma garantia do indivíduo de que não será submetido em hipótese alguma a um linchamento judicial, tal como a população enfurecida faz quando põe suas garras sobre um punquista que acabou de assaltar um aposentado. Por isto, o procedimento — a manifestação exterior do processo, a forma com que os atos processuais se articulam entre si e se desenvolvem — deve ser extenso o suficiente para permitir que o réu desenvolva plenamente sua defesa.

Enganam-se os que pensam que este panorama sofreu alguma alteração com a garantia fundamental da duração razoável do processo e o direito aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inc. LXXVIII), inserida na Constituição da República pela Emenda constitucional nº 45/2004<sup>25</sup>. O conteúdo axiológico desta garantia já está situado no âmago da cláusula do devido processo legal. Além disso, e ainda que assim não fosse, a garantia em questão já pertencia ao

---

<sup>24</sup> CHOUKR, op. cit., p. 46.

<sup>25</sup> Publicada no D.O.U. de 31 de dezembro de 2004, pp. 9-12.

ordenamento jurídico brasileiro, a partir do momento de promulgação do Pacto de San José da Costa Rica, em cujos artigos 7.5 e 8.1 é tutelada tal garantia processual.

Por outro lado, nem todas as inovações do procedimento instituído pela lei nº 10.409/02 são ruins. A previsão de defesa prévia anterior ao recebimento da denúncia é uma novidade bem inspirada pela instrumentalidade do processo, vertente teórica que procura tratar esta entidade jurídica como uma ferramenta eficaz e efetiva de aplicação do direito material às relações interpessoais conflitivas, e não como um espaço de culto infinito aos formalismos, como se estes fossem uma finalidade por si sós. Há, porém, que se ter cuidado na incorporação dos postulados da instrumentalidade do processo ao processo penal. Devemos nos lembrar que a observância da forma dos atos processuais é a garantia de que as garantias fundamentais do acusado serão respeitadas. A forma, no processo penal, cumpre um objetivo importante que é de propiciar os espaços de diálogo entre as partes e a possibilidade de refutação das hipóteses. Não corresponde ao pacto democrático constitucional um processo penal “de resultados”, mas sim um processo penal formal e materialmente justo.

É de certa forma irônico que, ao longo deste trabalho, discorra-se sobre alguns aspectos processuais da lei nº 10.409/02 e, no final, conclua-se que são eles inaplicáveis aos delitos previstos na lei nº 6.368/76, por força do subprincípio do procedimento tipificado, que emana do *procedural due process of law*. A justificativa para que, mesmo assim, tal estudo fosse feito é a seguinte: a produção legislativa em matéria de processo penal indica que a sumarização do procedimento e a instituição da defesa prévia anterior ao recebimento da denúncia são duas tendências que, ao que tudo indica, continuarão a informar as leis processuais futuras. O estudo destas tendências, portanto, serve de ponto de partida para a posterior investigação de novos procedimentos que eventualmente venham a ser criados. Ademais, vem predominando na jurisprudência a aplicabilidade do novo procedimento. Além da importância teórica, o estudo da lei nº 10.409/02 encerra utilidade prática para os operadores do direito.

Iniciemos, pois, sem maiores delongas, nossa jornada.

## 2. A influência estrangeira na política brasileira de drogas

### 2.1. Políticas importadas

A compreensão da influência estrangeira sobre a política nacional de drogas depende intimamente da análise de como os Estados Unidos da América historicamente trataram o problema. Nesta seara, ninguém estabeleceu um retrato mais fidedigno do que Rosa del Olmo — esta notável criminóloga venezuelana, cujo desaparecimento deixou um vazio na produção criminológica crítica latino-americana que dificilmente será preenchido à altura. Com síntese e precisão admiráveis, Rosa logrou desfiar a intrincada rede política das verdadeiras intenções norte-americanas no combate a certas drogas, em sua magnífica obra “A Face Oculta da Droga”<sup>26</sup>, cujo roteiro seguiremos nos próximos passos deste trabalho, e em outras obras igualmente importantes.

Na década de 1950, explica Rosa del Olmo, “a droga não era vista como ‘problema’ porque não tinha a mesma importância econômico-política da atualidade, nem seu consumo havia atingido proporções tão elevadas”. O consumo dos opiáceos – morfina ou heroína – era muito restrito aos guetos urbanos, compostos em sua maioria por negros e/ou porto-riquenhos. O mesmo se pode dizer quanto à maconha, conhecida então como “a erva assassina”, cujo consumo estava restrito majoritariamente a imigrantes mexicanos<sup>27</sup>.

Estava em voga, então, a noção de que o consumo de drogas era considerado uma patologia, restrita a populações marginalizadas. Nasciam, também naquela década, os primeiros discursos oficiais relacionados às drogas, oriundos da Organização Mundial de Saúde e da Organização das Nações Unidas, que pugnavam pela classificação do seu consumo como um problema de saúde pública.

Os anos cinquenta se encerraram, nos Estados Unidos da América, com a prisão de dezenas de “mafiosos” — as grandes famílias do crime organizado, fundamentalmente de origem italiana — que concentravam, então, o monopólio da venda dos opiáceos<sup>28</sup>. Pensava-se, assim, equivocadamente, que o problema havia encontrado uma solução. Na verdade, como revelou Rosa del Olmo, não foi bem assim,

---

<sup>26</sup> Trad. de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 31.

pois nos anos seguintes apenas “mudariam os lugares e os atores, e portanto o tipo de droga”<sup>29</sup>.

No Brasil — retrocedendo um pouco no tempo — após uma lacuna legislativa no Código Criminal do Império, que nada dispunha a respeito do uso ou comercialização de substâncias tóxicas, sobreveio o regulamento de 29 de setembro de 1851, cuidando em seu artigo 51 da venda irregular de “substâncias venenosas”, que à época configurava uma contravenção, “naquela ocasião julgada pelo delegado de polícia com recurso para o juiz de direito”, como informam Nilo Batista *et alii*<sup>30</sup>. A expressão “substâncias venenosas” seria repetida no Código Penal republicano, que criminalizou, em seu artigo 159, a conduta de “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários”.

Algum tempo depois, no ano de 1912, o Brasil subscreveu o protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia, cuja adesão fôra aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada através do Dec. nº 2.681, de 8.jul.14. Seguiu-se, então, um período de edição de vários atos normativos, relacionados e contextualizados por Nilo Batista<sup>31</sup>, que retratavam um “modelo sanitário” de política criminal de drogas. Importante anotar, com a historiadora Gizlene Neder, que a virada do século XIX para o século XX se caracterizou, no âmbito do discurso e das práticas dos juristas, pela formulação de “um tipo particular de preocupação com o disciplinamento social, tido como base para os projetos de uma ‘nação moderna e civilizada’<sup>32</sup>. Estávamos, então, em plena época de construção da ordem burguesa no Brasil, que exigia “o aperfeiçoamento e a eficácia das instituições de controle social (Justiça e Polícia)”<sup>33</sup>. O discurso sanitário foi, assim, um valioso instrumento de segregação geográfica da população, situada à margem da dominação burguesa (então já fortemente contestada na Europa), e de acionamento da instância penal.

---

<sup>29</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>30</sup> Direito Penal Brasileiro I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 439.

<sup>31</sup> *Política criminal com derramamento de sangue*, in RBCCrim, São Paulo, RT, out.-dez./97, nº 20, pp. 131-137.

<sup>32</sup> Cf. NEDER, G. Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1995, p. 12. É neste período, inclusive, que surge a criminologia, cuja emergência decorre da necessidade de legitimação da dominação burguesa, como bem esclarece Pedro Tórtima (Crime e castigo para além do Equador. Belo Horizonte: Inédita, 2002, p. 43).

<sup>33</sup> *Idem*, p. 23.

A legislação evoluiu até alcançar a fórmula utilizada no artigo 281 do Código Penal vigente, que dispunha ser crime “importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar ao consumo substância entorpecente”. A pena então cominada era a de reclusão, de um a cinco anos, e multa, com previsão de uma modalidade qualificada — apenada com a severa pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa — na hipótese de ser o agente farmacêutico, médico ou dentista (art. 281, § 1º, CP).

Havia, ainda, a previsão de punição com detenção, de seis meses a dois anos, e multa, ao médico ou dentista que prescrevesse “substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar” (art. 281, § 2º, CP), delito que pode ser apontado como embrião do vigente artigo 15 da lei nº 6.368, de 21.out.76. As modalidades equiparadas ao tráfico de substâncias entorpecentes — atualmente previstas no artigo 12, § 2º, da lei nº 6.368/76 — também encontravam guarida nos três incisos que compunham o elenco do § 3º do revogado artigo 281 do Código Penal.

Já era perceptível, como anotou Nilo Batista, “que esta sucessão de decretos exprimia a influência das sucessivas convenções internacionais”<sup>34</sup>. A internacionalização do controle influenciara não só o período ditado pelo “modelo sanitário”, como se intensificaria nas décadas seguintes, estando relacionado diretamente com o endurecimento legislativo verificado até os nossos dias.

Na década de 1960, deu-se “o período decisivo de difusão do modelo médico-sanitário e de consideração da droga como sinônimo de dependência”<sup>35</sup>. Logo em 1961, realizou-se a Convenção Única sobre Entorpecentes na cidade de Nova Iorque, promovida pela ONU. Em terras tupiniquins, o Congresso Nacional aprovou a Convenção através do decreto legislativo nº 5 de 1964, sendo que o então Presidente da República Castello Branco, através do Dec. nº 54.216, de 27.ago.64, tratou de promulgá-la, incorporando todos os seus dispositivos ao ordenamento jurídico interno. A aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes são apontadas

---

<sup>34</sup> BATISTA, N. *Política criminal com derramamento de sangue*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, out.-dez./97, nº 20, p. 132.

<sup>35</sup> OLMO, R. del. A Face..., cit., p. 33.

por Salo de Carvalho como o momento em que o país “ingressou definitivamente no cenário internacional de combate às drogas”<sup>36</sup>.

A Convenção Única dispunha que as partes signatárias “adotariam medidas, no plano nacional, para a coordenação da ação preventiva e repressiva contra o tráfico ilícito, podendo, utilmente, designar um organismo adequado que se encarregue desta coordenação” (art. 35, al. “a”). Além disso, havia uma previsão de que “o cultivo, a produção, a fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção, ou quaisquer outros atos, em sua opinião contrários à mesma, **fossem considerados como delituosos**, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves fossem puníveis de forma adequada, especialmente **com pena de prisão ou outras penas de privação da liberdade**” (art. 36, “Disposições Penais”, item nº 1-a, grifos nossos), além de medidas de cooperação e intercâmbio expedito de informações com as demais partes signatárias.

Nos E.U.A., como observa Rosa del Olmo, os anos sessenta foram marcados pela rebeldia juvenil, pelos protestos políticos, pelas manifestações de grupos pacifistas. Houve o surgimento das drogas psicodélicas, bem como a intensificação do consumo da maconha. Já se desenhava o tratamento da questão como um “luta entre o bem e o mal”, que servia como pano de fundo para a elaboração do discurso médico-jurídico sobre a droga. O discurso médico servia para os consumidores — compostos pela juventude branca da classe média norte-americana, além dos redutos pobres, de negros, porto-riquenhos ou mexicanos<sup>37</sup> — que se enquadravam no estereótipo do “doente”. Ao traficante, incorporado pelos integrantes das classes marginalizadas, cabia o estereótipo

---

<sup>36</sup> CARVALHO, S. de. A Política Criminal de Drogas no Brasil. Niterói: Luam, 1996, p. 21.

<sup>37</sup> Não se pense, porém, que, nas sociedades ocidentais modernas, o tratamento entre consumidores pobres e ricos é ou algum dia foi igualitário. Aqui também opera uma diferenciação, de raízes históricas fincadas na própria sociedade de classes, como explica Alessandro Baratta. A criminalização é funcional para sociedade de classes, pois substitui a delimitação dos segmentos sociais. Na perspectiva do consumo de substâncias entorpecentes, Baratta ilustrativamente ressalta que se estabeleceu no início do século XX, nos E.U.A., uma diferenciação relacionada ao uso da heroína: de um lado, “alarme social provocado pelo uso de drogas por parte dos grupos marginais”; de outro lado, “ampla tolerância desse mesmo uso por parte das classes altas” (*Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas*. Trad. Francisco Inácio Pinkusfeld Bastos. In GONÇALVES, O. D. e BASTOS, F. I. Só Socialmente... Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992, p. 36).

do “delinqüente”, criado pelo discurso jurídico. Ao consumidor, optava-se pelas soluções que enfatizassem o tratamento; aos traficantes, somente o cárcere<sup>38</sup>.

Na América Latina, embora os anos 60 não tenham tido a mesma significação do que nos E.U.A., também foram lançadas campanhas antidrogas “com conteúdo semelhante em vários países”, movidos por uma “propaganda que vinha dos Estados Unidos através de suas embaixadas, provavelmente com a finalidade de incorporar os países da América Latina no processo antidrogas de uma maneira mais do que simbólica”<sup>39</sup>.

Além de aprovar e promulgar a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, foi editado no Brasil, à maneira do que sucedera na Venezuela e na Colômbia, o dec.-lei nº 159, de 10.fev.67, que igualava aos entorpecentes “algumas substâncias capazes de criarem dependência física ou psíquica”<sup>40</sup>. Quase três anos antes, deu-se a edição da lei nº 4.451, de 4.nov.64, que acrescentou o verbo “plantar” ao elenco previsto no artigo 281 do Código Penal. A criminalização estava em franco processo de intensificação.

A menção ao ano de 1964, contudo, não é gratuita. Nilo Batista vislumbrou no golpe de estado ocorrido naquele ano a reunião das condições para que o modelo sanitário de política criminal de drogas fosse substituído pelo modelo bélico, que perdura até os dias atuais. Segundo Nilo Batista, a “guerra fria” produziu nos Estados Unidos da América “uma aliança de setores militares e industriais para a qual a iminência da guerra era condição do desenvolvimento”. O mundo presenciou gastos astronômicos com a militarização dos dois blocos que dividiam o mundo, assim como a militarização das relações internacionais, que devia ser operada também no âmbito interno dos países incorporados a cada uma das áreas de influência dos países hegemônicos<sup>41</sup>. Como explica Nilo Batista, amparado em Joseph Comblin, “o instrumental teórico desse projeto foi a doutrina de segurança nacional, elaborada no Brasil pela Escola Superior de Guerra, fundada em 1949 sob a inspiração do *National War College* e com a ajuda de uma missão militar americana”<sup>42</sup>.

Entrementes, o governo norte-americano plantava as sementes da doutrina da “guerra de baixa intensidade”, que preconiza a intervenção norte-americana, sob

---

<sup>38</sup> OLMO, A Face..., cit., pp. 34-35.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 37.

<sup>40</sup> CARVALHO, S. de. op. cit., p. 25.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 138.

<sup>42</sup> *Idem, ibidem*.

pretextos diversos (dos quais o combate às drogas posteriormente se tornaria um dos preferidos), em assuntos políticos dos países da América Latina, de maneira a controlá-los preferencialmente por intermédio de grupos locais financiados pelos próprios E.U.A. Rosa del Olmo identifica na doutrina de contra-insurgência e na concepção de Estado de Segurança nacional de Kennedy os antecedentes mais imediatos da doutrina de “guerra de baixa intensidade”, por força da qual insurreições nos países do Terceiro Mundo são identificados como ameaça principal à segurança dos E.U.A.<sup>43</sup>, permitindo-se, assim, ações para além de suas fronteiras.

Um dos conceitos com o qual a doutrina de segurança nacional trabalhava era o de “inimigo interno” — o mesmo “inimigo interno” que já encarnava o problema do crescente consumo de drogas na década de 60, nos E.U.A. — aplicável a uma criminalidade política que recusava a submissão a um projeto que só servia aos interesses norte-americanos. O conceito de “inimigo interno”, muitos anos depois, seria transplantado dessa criminalidade política para adequar-se às novas necessidade de militarização da segurança pública, recaindo o figurino, como não poderia deixar de ser, no traficante de drogas.

Em 26 de dezembro de 1968, sob o influxo da edição do Ato Institucional nº 5, foi editado o dec.-lei nº 385, que, além de aglutinar alguns núcleos comportamentais a já inchado elenco do artigo 281 do Código Penal, equiparava a figura do consumidor à do traficante. “A equiparação *quoad poenam* do usuário ao traficante de drogas – observa Nilo Batista – provocou alguma reação no escasso grupo de juristas e magistrados que ousavam insurgir-se contra o regime autoritário”, reação esta, contudo, que não foi suficiente para sensibilizar os legisladores da ditadura, como demonstraria a lei nº 5.726, de 29 de novembro de 1971<sup>44</sup>.

A lei nº 5.726/71, cuja edição foi identificada por Rosa del Olmo como um dos reflexos mais claros da Convenção Única sobre Entorpecentes da ONU de 1961<sup>45</sup>, além de ampliar o espectro criminalizante do artigo 281 do Código Penal e modificar o rito processual do ordinário (arts. 394 ss. CPP) para um rito sumário (previsto nos artigos 14 ss. do referido diploma), falava em “combate” ao tráfico e uso de substâncias

---

<sup>43</sup> OLMO, R. del. *Drogas y Conflictos...*, cit., pp. 17 e 20.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 139.

<sup>45</sup> OLMO, A Face..., cit., p. 44.

entorpecentes, “chegando a ser considerada exemplar em nível mundial”, como anota Salo de Carvalho<sup>46</sup>.

Nas paragens norte-americanas, o então presidente Richard Nixon qualificou o crescente consumo da heroína como o “primeiro inimigo público não econômico”. Para Rosa del Olmo, “qualificar a heroína de ‘inimigo público’ permitia iniciar o *discurso político* para que a droga começasse a ser percebida como ameaça à ordem”<sup>47</sup>. Entretanto, não se atacavam as plantações dos opiáceos, por razões político-militares. Naquela época, muitas das regiões do continente asiático, onde se localizavam as plantações que abasteciam o mercado interno norte-americano, abrigavam valiosos colaboradores da CIA na guerra do Vietnã. A CIA, por razões de segurança, secretamente apoiava o comércio de ópio<sup>48</sup>; quanto ao problema do tráfico, era politicamente mais conveniente responsabilizar a China comunista, então governada por Mao Tsé-Tung<sup>49</sup>. A derrota norte-americana no Vietnã, com a morte de milhares de soldados, implantaria uma nova diretriz na intervenção bélica em países subdesenvolvidos: o financiamento de grupos pró-E.U.A., contemplado pela doutrina Nixon, com o intuito de “evitar posibles insurgências, pero sin comprometer en combate a las tropas de Estados Unidos”<sup>50</sup>.

Não demoraria muito e o tráfico de drogas começaria a ser atribuído às ações maléficas de um “inimigo externo”<sup>51</sup>.

A eleição do “inimigo externo”, que com sua atividade estaria ameaçando o *american way of life*, introduzia, ainda que de maneira um tanto incipiente nos anos setenta, o “estereótipo político-criminoso”, que incorporava o ideário da doutrina de segurança nacional. Todavia, havia necessidade, para que as medidas de controle e repressão pudessem ser tomadas em âmbito internacional, que os Estados Unidos da América arrumassem antes sua própria casa. E assim foi feito. Juntamente com a edição de várias leis que endureciam sensivelmente o tratamento da questão, foram criados vários órgãos, com enormes poderes políticos e investigativos e orçamentos generosos,

---

<sup>46</sup> Op. cit., p. 27.

<sup>47</sup> Op. cit., p. 39.

<sup>48</sup> Este dado histórico contribuiu em muito para que Noam Chomsky afirmasse que “a CIA e outros órgãos do governo norte-americano contribuíram muito para criar e manter o contrabando de drogas desde a Segunda Guerra Mundial” (*In Contendo a Democracia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2003, p. 155).

<sup>49</sup> Cf. OLMO, R. del., *A Face...*, p. 41.

<sup>50</sup> Cf. OLMO, R. del. *Drogas y Conflictos...*, 1994, p. 19.

<sup>51</sup> Cf. OLMO, R. del. *A Face...*, 1990, p. 41.

em processo que culminaria com a criação, em 1973, da *Drug Enforcement Agency* (DEA).

As iniciativas externas não tardaram. Rosa del Olmo registra que, ainda em 1972, foi lançada uma operação de substituição do cultivo da amapola na Turquia. Além disso, programou-se a “Operação *Cactus*”, que tomaria assento em terras mexicanas, com o objetivo de atingir a produção e exportação de maconha. Após publicar um informe sobre “O tráfico mundial de drogas e seu impacto na segurança dos Estados Unidos”, o Congresso Nacional norte-americano providenciou, em 1973, o envio de uma missão especial de estudos à América Latina, talvez com o objetivo de colher maiores informações a respeito de uma certa conexão franco-latino-americana. Frise-se, por fim, que ainda em 1972 seria aprovado o *Drug Abuse Office and Treatment Act*, “por meio do qual – esclarece Rosa – se iniciou a centralização e o controle da produção de drogas no exterior”<sup>52</sup>.

A pressão exercida no cenário internacional fez-se sentir de maneira intensa na América Latina. Em praticamente todos os países verificou-se a edição de leis severas<sup>53</sup>, inspiradas não só pela Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 como também pelo Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas da ONU, celebrado em 1971, aprovado pelo Congresso Nacional através do Dec. legislativo nº 90, de 5 de dezembro de 1972, e promulgado por Ernesto Geisel por intermédio do Dec. nº 79.388, de 14 de março de 1977. Já mencionamos, no contexto nacional, o surgimento da lei nº 5.726/71. Na década de 1970 seria editada, ainda, a vigente lei nº 6.368/76, da qual nos ocuparemos adiante.

O mais importante acontecimento da década no cenário mundial, contudo, não foi a edição de leis severas. Tampouco o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas da ONU de 1971. O mais importante acontecimento foi, sem sombra de dúvida, o aumento na disponibilidade da cocaína, uma substância cujo consumo, até então, se limitava a proporções incapazes de atrair maiores atenções. Segundo informação de Rosa del Olmo, apontava-se o ano de 1976 como o de início da “epidemia” de consumo da cocaína, que curiosamente, no início da década, havia sido estimulado pelos meios de

---

<sup>52</sup> OLMO, A Face..., cit., p. 43.

<sup>53</sup> Para uma relação destes diplomas latino-americanos e uma idéia de todas as comissões criadas, v. OLMO, A Face..., cit., pp. 44-45.

comunicação, através da divulgação da idéia do consumo discreto, elegante, associado “a personalidades de prestígio profissional e artístico”<sup>54</sup>.

O perfil do traficante de cocaína não se assemelhava àquela criminalidade organizada, mafiosa, que se ocupava, anos antes, da distribuição da heroína em solo norte-americano. Descobriu-se que uma incrementada indústria e rede de comercialização estavam sendo instaladas nos países andinos e no Caribe. Sendo assim, era a hora de lançar a rede sobre países estrangeiros, de preferência na vizinhança próxima. Ainda em 1974, o DEA organizou a “Operação *Bucanero*”, na Jamaica, e a “Operação Condor”, no México, cujo objetivo era a destruição da produção de maconha, objetivo este não alcançado, pois, não só a produção não diminuíra, como aumentara “na *Guajira* colombiana”<sup>55</sup>. Na segunda metade da década de 70, três missões de estudos, em três anos diferentes, viriam à América Latina, motivadas pelo fato de que, no ano em que Carter alcançou a Presidência dos E.U.A., o consumo da cocaína, “produzida exclusivamente na América Latina”, já atingia níveis elevados<sup>56</sup>. A década de 1970, assim, se encerrou na América Latina com uma onda legislativa voltada para a coca e seu principal derivado proibido, a cocaína.

No plano da segurança pública interna das grandes cidades brasileiras, os anos setenta testemunharam a eficiente incorporação à cultura policial dos ditames da doutrina de segurança nacional. “A cultura jurídico-penal — comenta Nilo Batista — também incorporou a visão segundo a qual a questão das drogas não passava de uma face da guerra”, do mesmo modo que encampou a idéia de que “a generalização do contacto de jovens com drogas devia ser compreendida, no quadro da guerra fria, como uma estratégia do bloco comunista, para solapar as bases morais da civilização cristã ocidental, e que o enfrentamento da questão devia valer-se de métodos e dispositivos militares”<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> OLMO, A Face..., cit., pp. 47-48.

<sup>55</sup> O resultado desta operação, esclarece Rosa Del Olmo, foi que a indústria da maconha, seguindo a lógica do capital, buscou outro lugar para instalar-se, elegendo a Colômbia (OLMO, R. del. *¿Prohibir o Domesticar?*, cit., p. 18).

<sup>56</sup> Em 1976, a missão concentrou-se no México, Costa Rica, Colômbia e Panamá; em 1977, a segunda missão retornaria à Colômbia, mas estenderia os trabalhos ao Equador, Peru, Chile, Bolívia e Brasil; finalmente, em 1979, uma terceira missão novamente aportaria na Colômbia, visitando, também, Porto Rico, cf. OLMO, R. del. A Face..., cit., p. 49.

<sup>57</sup> Cf. BATISTA, N. *Política criminal...*, cit., p. 140.

No Brasil, surge, no final de 1976, a lei nº 6.368, de 21 de outubro, que veio aprimorar, “para o bem e para o mal, a lei nº 5.726/71”<sup>58</sup>. O referido diploma, como anota Salo de Carvalho, “instaura (...) novo modelo de controle que acompanha, novamente, as tratativas internacionais”. Segundo o autor gaúcho, o discurso médico-jurídico “dá lugar ao sistema preponderantemente jurídico, baseado em legislação severa”<sup>59</sup>.

A vigente lei nº 6.368/76, no que concerne aos crimes, pouco modificou as estruturas típicas dos crimes previstos na lei nº 5.726/71. No delito de tráfico de drogas (art. 12), a nova lei tratou de agregar ao tipo três novos verbos (“remeter”, “adquirir” e “prescrever”), majorando sensivelmente a pena, que passou a ser a reclusão, de três a quinze anos, e multa. Em seguida, contempla as condutas equiparáveis ao tráfico de drogas (art. 12, §§ 1º e 2º), às quais são cominadas as mesmas penas. A posse do maquinário “destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente (...) sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (art. 13) também não foi esquecida, assim como a associação estável (de duas ou mais pessoas), ambos os crimes apenados com reclusão, de três a dez anos, e multa. Por fim, três últimos delitos — a prescrição *culposa* de substância entorpecente (art. 15), a posse, aquisição ou guarda dela para uso próprio (art. 16) e uma modalidade de violação de sigilo dos autos de peças de informação ou inquérito policial (art. 17) — cujas penas situam seu processamento e julgamento no âmbito dos juizados especiais criminais, após a ampliação do conceito de menor potencial ofensivo, operada pela lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.

Quanto ao procedimento, a lei nº 6.368/76 tratou de abreviá-lo, escoimando o resquício inquisitorial do juizado de instrução, previsto, para as hipóteses de prisão em flagrante do indiciado, nos artigos 15 e 16 da lei nº 5.726/71, tornando o novo procedimento semelhante àquele aplicável aos crimes apenados com detenção (art. 538 ss. CPP), como veremos mais detalhadamente adiante.

O final da década de 1970, na América Latina, foi marcado pela edição de leis em inúmeros países, reprimindo os usos mais tradicionais da folha de coca (tais como a mastigação). Nesta época, como assinala Rosa del Olmo, o discurso dos meios de

---

<sup>58</sup> *Idem*, p. 141.

<sup>59</sup> *Idem*, pp. 28-29.

comunicação abafou todo e qualquer estudo que tivesse por objetivo analisar as variações regionais de padrões de consumo e tipo de drogas. Como o problema principal nos E.U.A. era o consumo da cocaína, os veículos de comunicação trataram de divulgar “de maneira homogênea a preocupação com a chamada *All American drug*”<sup>60</sup>, com o que criou-se o *estereótipo da cocaína*. E assim a década de 70 chegou ao seu termo.

Nos anos 80, verificou-se uma diferença notável no que concerne ao discurso norte-americano sobre drogas, diferença esta ocasionada por dificuldades econômicas e políticas, tais como “a crise energética e o problema do dólar, a crescente agudização do processo inflacionário e o crescente desemprego, até a revolução sandinista na Nicarágua”<sup>61</sup>. Aliado a estes fatores, era notável, também, que o número de consumidores de drogas havia alcançado patamares jamais vistos nos E.U.A. A preocupação central, como já vinha acontecendo há alguns anos, era a entrada das substâncias entorpecentes — com destaque para a cocaína, como vimos — em território americano, oriundas do exterior.

Passou a ser conferida significativa importância para o aspecto financeiro da droga, a partir da constatação do DEA de que a comercialização das substâncias ilícitas operava uma fuga maciça de dólares dos E.U.A., em direção a contas bancárias situadas fora daquele país<sup>62</sup>. Falava-se, então, em quantias superiores a US\$ 2 bilhões acumulados — não sem a ajuda silenciosa de muitas instituições financeiras sediadas em Miami — através da venda da maconha e da cocaína, como relata a criminóloga venezuelana já tantas vezes citadas<sup>63</sup>, que posteriormente retornariam aos E.U.A. sob a forma de investimentos legais. Ante este quadro, não demoraria muito para a DEA concentrar seus esforços nos “narcodólares”.

Tal preocupação foi intensificada na administração Reagan, sob cujas ordens o Comitê Econômico Conjunto do seu governo informou, em 1983, “que a economia subterrânea dos Estados Unidos sonhava 222 bilhões de dólares do *Internal Revenue System* (IRS); isto é, 7,5% do Produto Nacional Bruto. Apenas o negócio das drogas é

---

<sup>60</sup> OLMO, R. del. A Face..., cit., pp. 50-51.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>62</sup> Talvez por isto tenha ficado registrada no preâmbulo da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, realizada em 20 de dezembro de 1988, em Viena, uma certa preocupação quanto às “bases **econômicas**, culturais e políticas da sociedade”, que, de maneira inédita, se agregava às habituais preocupações com “a saúde física e moral da humanidade”, da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, e com “a saúde e o bem-estar da humanidade”, da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 19 de fevereiro de 1971.

<sup>63</sup> A Face..., cit., p. 55.

estimado em mais de 100 bilhões de dólares dentro dos Estados Unidos, o que equivale a 10% da produção industrial do país”<sup>64</sup>. Parecia evidente a necessidade de controlar (abocanhando uma importante fatia deste generoso bolo para os cofres norte-americanos, evidentemente) a “economia subterrânea” além das fronteiras. Legitimando esta decisão política, surgiu o *discurso jurídico transnacional*, segundo o qual, “as drogas produzidas no exterior não deviam chegar aos Estados Unidos, nem tampouco sair do país”<sup>65</sup>. Este discurso seria um dos inspiradores da criminalização da lavagem de dinheiro (ocultação da origem ilícita de recursos).

Chega o momento de dar atenção a outros fatores internacionais. Noam Chomsky relata que “nos primeiros anos da era Reagan, a ameaça soviética foi manipulada em nome dos objetivos gêmeos de intervenção no Terceiro Mundo e entrincheiramento do Estado de bem-estar em favor dos privilegiados”. Nisto, a imprensa cumpriu um papel importante, ajudando “a criar um curto período de apoio popular à escalada armamentista” (enquanto promovia-se “o banquete organizado pelo Estado em favor dos ricos”), bem como mobilizando cerca de 60% da população em torno da questão da revolução sandinista na Nicarágua, que passou a ser vista, por este imenso contingente humano, como um “interesse vital” dos Estados Unidos, superando até mesmo países de maior importância como a França, Brasil ou Índia. Não nos esqueçamos do terrorismo internacional no Oriente Médio, que também ganhou destaque na mídia norte-americana. Quanto a esta ameaça sem rosto, Noam Chomsky denuncia que “o pior ato terrorista isolado na região, em 1985, foi a explosão de um carro-bomba em Beirute, que matou 80 pessoas e feriu 250. Ele foi descrito com detalhes vívidos, mas não entrou nos cânones, visto ter sido uma iniciativa da CIA”<sup>66</sup>.

Tais ameaças internacionais, contudo, não eram suficientes para caracterizar aquele “monstro”, aquela ameaça, cuja maior função era de “manter a população na linha”. Eis que, então, “entra em cena o cartel de Medellín”<sup>67</sup>.

Havia uma vantagem na eleição das drogas como ameaça à população americana, que a tornava inigualável. Em primeiro lugar, a ameaça estava “situada no Terceiro Mundo” (ou seja, a retórica maniqueísta do “nós” contra “eles”, ou melhor, do

---

<sup>64</sup> *Idem*, p. 57.

<sup>65</sup> Cf. Rosa del Olmo, op. cit., p. 58.

<sup>66</sup> CHOMSKY, N. *Contendo a Democracia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 150.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 151.

“eles” contra “nós” podia ser empregada sem maiores questionamentos). Em segundo lugar, “não havia nenhuma dúvida quanto à gravidade desse problema” (afinal de contas, o discurso médico servia para isto). Em terceiro lugar, tratava-se de uma ameaça “passível de ser vencida” (pois o trauma pós-Vietnã ainda estava fresco na memória de todos os norte-americanos).

A escolha de combater o cartel de Medellín baseava-se numa manifestação, exarada em 1982, do chefe da Seção de Investigação sobre a Cocaína do DEA, Ronald J. Caffey, no sentido de que “as investigações do DEA indicam que uma proporção significativa dos traficantes de cocaína *colombianos* que operam nos Estados Unidos é constituída de imigrantes ilegais. O que distingue este grupo (...) é que estes possuem enormes recursos em dinheiro”<sup>68</sup>.

Os meios de comunicação, obviamente, vinham fazendo seu dever de casa de difundir o estereótipo do criminoso latino-americano. Foi justamente na década de 80 que surgiu o seriado de televisão *Miami Vice* (numa alusão ao *Vice Squad* — uma espécie de departamento de narcóticos — da polícia de Miami), cujos agentes, entre um e outro retoques na maquiagem, combatiam com dedicação as quadrilhas de traficantes latino-americanos, em sua maioria compostas por colombianos bigodudos.

Não era gratuita a referência a traficantes colombianos. Rosa del Olmo logrou esclarecer que atrás deste estereótipo criminoso se escondia um “problema de economia doméstica norte-americana”, pois “os colombianos são o maior contingente de imigrantes da América Latina no país”<sup>69</sup>. Esta constatação ganha maior significação, na medida em que desde sempre foi olvidada, nos anúncios oficiais, a participação de cubanos exilados em Miami na distribuição de drogas, como retratado admiravelmente pelo cineasta Brian de Palma, no filme *Scarface*<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> OLMO, A Face..., cit., p. 59.

<sup>69</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>70</sup> Já que se falou em cinema, registremos que no universo cinematográfico, o estereótipo do criminoso latino-americano, que encontra sua matriz teórica no discurso jurídico transnacional, está longe de perder seu vigor, como demonstra a estréia, no ano de 2000, do filme *Traffic*, dirigido por Steven Soderbergh, que retrata o drama dos jovens — brancos e ricos, diga-se de passagem — norte-americanos que sucumbem ao consumo de drogas, diante dos olhos impotentes e angustiados das bem estruturadas e bem intencionadas autoridades daquele país no assunto. Lembremos que o rico traficante, estabelecido em solo norte-americano, preso logo nas primeiras tomadas do filme tinha o sugestivo nome de “Carlos Ayala”. Lembremos, também, que a principal testemunha contra “Carlos Ayala” — um traficante que ganhou imunidade em troca da delação — chamava-se “Eduardo Ruiz”. Lembremos, por fim, que o México, país de onde provinha a droga e onde estavam estabelecidos os seus barões, não possuía um órgão federal de combate à produção e ao comércio de entorpecentes, e que, quando tal órgão foi finalmente criado, a pessoa que assumiu o comando — um militar de alta patente — logo foi descoberto como sendo

Uma das primeiras medidas reativas, como informa Rosa del Olmo, “foram as investigações inter-agências”, como, por exemplo, a “Operação *Greenback*”, executada em 1981 pelos Departamentos do Tesouro e da Justiça com o objetivo de “desmontar as operações irregulares dos bancos e dos financiadores intermediários”. Paralelamente, no mesmo ano, o presidente Reagan ditou uma ordem executiva, que autorizava os Serviços de Informações dos Estados Unidos a recolher dados sobre o tráfico de drogas no exterior, pois “as tentativas de diminuir o uso indevido de drogas dentro dos Estados Unidos deviam ser combatidas no exterior com a ajuda dos Estados Unidos”. Rosa identificou, nestas medidas, o início da “guerra contra as drogas”<sup>71</sup>.

Em 1983, Ronald Reagan criou o *National Narcotics Border Interdiction System*, presidido pelo então vice-presidente Bush (pai), cuja missão seria “coordenar as operações de confisco nas fronteiras dos Estados Unidos”. Em sintonia com este órgão, “foi implementado um programa de controle da região do Caribe, com a colaboração do DEA, da Alfândega dos Estados Unidos, da guarda-costeira, e o apoio técnico das Forças Armadas”<sup>72</sup>. Mais missões de estudos seriam enviadas para o México, Peru, Bolívia, Colômbia e Jamaica, em agosto daquele mesmo ano, o mesmo mês em que foi aprovada a “Emenda Gilman-Hawkins para suspender a ajuda econômica aos países que não cooperassem com o programa antidrogas dos Estados Unidos”<sup>73</sup>. Com este ato, buscava-se o aumento na cooperação internacional, que efetivamente aconteceu. Assim é que o clima favorável fez desencadear uma série de operações internacionais, tais como a Operação *Trampa*, no Caribe em 1982, e a Operação *Padrino*, em 1983, na Colômbia e no México, entre outros.

No ano seguinte, foi aprovado o *Comprehensive Crime Control Act*, que, segundo Rosa del Olmo, “permitia o confisco das propriedades e do dinheiro provenientes do tráfico”. Simultaneamente, preparava-se o terreno para a realização da Conferência Especial Interamericana sobre Narcotráfico, que viria a se realizar em 1986, no Rio de Janeiro. A partir daí, uma série de operações foi desencadeada ao fito

---

integrante de um dos cartéis que controlava o negócio... Como bem salientaram Vera Malaguti Batista e Alexandre Moura Dumans, o filme “escancara o olhar preconceituoso sobre nós” (*Drogas: nada de novo no front*. In Revista Ciência Hoje, vol nº 31, nº 181, abr./02, pp. 36-39), latino-americanos. Há, neste precioso trabalho, uma síntese do filme: “tudo o que é mexicano é corrupto, é imoral, é anárquico e caótico. Mas não há um só agente americano corrupto. Estão todos na luta contra o mal, alguns equivocados, alguns ingênuos, mas todos bons” (*idem*).

<sup>71</sup> OLMO, A Face..., cit., p. 60.

<sup>72</sup> *Idem*, p. 61.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 62.

de impedir o acesso das drogas aos Estados Unidos, como, por exemplo, a Operação Pássaro, no Brasil, que concentrou suas atividades na Amazônia — cuja biodiversidade sempre foi objeto de cobiça internacional, notadamente por parte da maior potência mundial — local onde, dizia-se, estavam instalados os laboratórios de refino da cocaína, assim como as operações *Chihuahua* e *Hat Trick*, no México e na Colômbia, respectivamente<sup>74</sup>.

Estas medidas representavam a operacionalização do discurso político-jurídico transnacional, que preceituava a incorporação dos postulados da doutrina de segurança nacional ao tema do combate às drogas, já que, àquela altura, as drogas afetavam o próprio poder do Estado. Paralelamente, os meios de comunicação se encarregaram de difundir, em âmbito continental, os termos *narcotráfico*, “para qualificar o inimigo em seu aspecto econômico”, e *narcoterrorismo*, “em seu aspecto político”. O novo discurso já não permitia mais as distinções de antes, como doente-consumidor e traficante-delinquente, mas apenas entre “países vítimas”, encarnados obviamente pelos E.U.A., e “países vitimários”, cujas suspeitas recaíram, num primeiro momento, sobre Cuba e, posteriormente, a Nicarágua. Como lembra oportunamente Nilo Batista, “nos anos oitenta, o apoio norte-americano à contra-revolução nicaragüense é empreendido em nome da luta contra as drogas”<sup>75</sup>, pois era corriqueira a idéia de que “o tráfico de drogas é parte da estratégia dos sandinistas para desestabilizar os Estados Unidos através do consumo de drogas, porque o consumo da droga faz parte da estratégia soviético-cubana-nicaragüense contra o Ocidente”, como revelou Rosa del Olmo, a partir da transcrição de notícia publicada no jornal *El Diario de Caracas* em 19 de abril de 1986<sup>76</sup>. Qualquer semelhança com a campanha atual de associação do tráfico de drogas com as FARC não é mera coincidência.

Internamente, os E.U.A. também combateram dedicadamente o tráfico de drogas. Estava, então, em curso, o projeto de redução do Estado previdenciário e ascensão do Estado penal e policial. Como vimos na introdução, a população carcerária norte-americana aumentou em progressão geométrica, graças às políticas que preconizavam o encarceramento até mesmo para pequenos distúrbios. É de se ressaltar que o desdobramento da política de “*law and order*” se dá na segunda metade da década

---

<sup>74</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>75</sup> Cf. BATISTA, N. Op. e loc. cit., pp. 142-143.

<sup>76</sup> Op. cit., p. 69.

de setenta e na década de oitenta. Como explica Loïc Wacquant, as tendências políticas de direita se utilizaram de um vasto projeto de rearmamento intelectual, criando institutos de conselho em políticas públicas, como o *Manhattan Institute*, fundado em 1978 por Anthony Fischer, que ressuscitou a teoria da “vidraça quebrada”, a fim de legitimar a (atualmente desmentida) política de “tolerância zero” implantada em Nova Iorque<sup>77</sup>. Tais políticas de encarceramento de pequenas ofensas aliadas aos drásticos cortes nos orçamentos dos programas sociais (mães solteiras, desempregados etc.) deram causa ao aumento brutal da população carcerária. A criminalização das drogas, como não poderia deixar de ser, deu sua contribuição generosa. Com base em dados colhidos do sistema penitenciário dos E.U.A., Wacquant constatou que, em 1979, 25% dos presos federais foram detidos por causas relacionadas às drogas. Em 1991, este número superou os 56%<sup>78</sup>. Jock Young, após analisar a grande diferença entre as taxas de encarceramento dos E.U.A. e as da Inglaterra, da Alemanha e do País de Gales, atribui a discrepância dos números a peculiaridades na administração da justiça “e também à extraordinária intensidade da ‘guerra contra as drogas’ em andamento da maior potência mundial<sup>79</sup>”.

Em termos de política internacional, a associação do “narcotráfico” com a guerrilha foi natural, tendo em vista o estabelecimento proposital de conceito excessivamente aberto para a doutrina da “guerra de baixa intensidade”. Tinha a virtude e o objetivo de legitimar a interferência norte-americana, direta ou indireta, em conflitos de natureza política nos países latino-americanos. Possibilitava que eventuais grupos insurgentes locais, compostos por dissidentes políticos, que revelassem alguma animosidade com a nação central das Américas, fossem criminalizados, a pretexto do desbaratamento de redes internacionais do tráfico<sup>80</sup>. Desta sorte, a conotação política de determinados conflitos locais, como a que coloca o governo colombiano e as Forças Armadas Revolucionárias Colombianas (FARCs) em lados opostos, deu espaço à conotação criminal, inviabilizando qualquer tentativa de solução política (como, por exemplo, a convocação de eleições extraordinárias) de tais conflitos internos. Criou-se o

---

<sup>77</sup> WACQUANT, op. cit., p. 138.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>79</sup> YOUNG, op. cit., p. 38.

<sup>80</sup> É de abril de 1986 a elaboração da Diretiva Secreta nº 221, de Ronald Reagan, que classificou formalmente o narcotráfico como ameaça à segurança nacional, autorizando investidas das Forças Armadas dos E.U.A. no estrangeiro, nos termos do que explica Rosa Del Olmo (*Drogas y Conflictos...*, cit., p. 31).

fundamento político internacional ideal para a realização de operações antidrogas pelo exército norte-americano, sendo que a primeira, realizada na Bolívia em 1986, foi batizada de *Blast Furnace*<sup>81</sup>. Tal operação seria continuada em 1987 pela operação *Snowcap*, cujas atividades consistiram no ensinamento de técnicas contra-insurgentes a soldados e policiais andinos pelas *Special Operations Forces*.

Os países da América Latina adotaram o mesmo discurso político-jurídico transnacional e, na década de 80, buscaram adotar medidas que eliminassem “diferenças entre nações consumidoras e produtoras”. Estas medidas concentravam-se principalmente na cocaína — uma droga “produzida exclusivamente na América Latina” — apesar dos governos da região “reiteradamente manifestarem, em reuniões internacionais, que o problema de consumo em seus respectivos países se concentra especialmente na maconha, nos psicofármacos e nos inalantes”, num exemplo de que a pressão internacional fazia com que o discurso oficial fosse aceito docilmente, ao arrepio das peculiaridades regionais. Muitas conferências foram realizadas. Além da já citada Conferência Interamericana sobre Narcotráfico, realizada em abril de 1986 no Rio de Janeiro, quase um ano antes, em fevereiro de 1985, vinte países da América Latina se reuniram em Washington, com o objetivo de discutir estratégias para a luta contra as drogas. Em 1987, Mar Del Plata sediaria a XVII Conferência dos Exércitos Americanos, cujo tema central era “Narcotráfico, Terrorismo e Subversão”<sup>82</sup>.

Há que se mencionar, também, a realidade brasileira. O momento legislativo mais importante da década de 80 — a promulgação da vigente Constituição da República em 1988 — também foi vincado pelos discursos punitivos, que possuíam no combate às drogas sua maior bandeira. Salo de Carvalho<sup>83</sup> registra que os movimentos nacionais de lei e ordem, diante do aumento no consumo de drogas, e pressionados pelos E.U.A., lograram inserir o inciso LXIII, no artigo 5º, que dispõe que “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”. Este dispositivo de cunho descaradamente restritivo (mas, não

---

<sup>81</sup> OLMO, *Drogas y Conflictos...*, cit., p. 32.

<sup>82</sup> *Idem*, p. 32.

<sup>83</sup> CARVALHO, op. cit., pp. 111-112.

obstante, inserido sob o título dos direitos e garantias fundamentais), como se sabe, tornar-se-ia uma fonte inesgotável da legislação penal intolerante e repressiva.

O contexto da introdução deste dispositivo constitucional se confunde com o próprio surgimento dos movimentos de “lei e ordem”. Como seria de se esperar, o modelo econômico vigente fez com que a incidência de crimes aumentasse cada vez mais, ano a ano. No período em que funcionou a assembléia constituinte, Alberto Silva Franco registra que “a criminalidade violenta aumentou do ponto de vista estatístico”, compreendida aí a circunstância de que “o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins assumiu um gigantismo incomum”<sup>84</sup>. “A partir desse quadro — prossegue o citado autor — os meios de comunicação de massa começaram a atuar, movidos por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real”<sup>85</sup>, incutindo a idéia de que somente uma luta sem tréguas poderia resolver a situação. A gota d’água, segundo Fauzi Hassan Choukr, aconteceu “durante os trabalhos constituintes, quando uma série de seqüestros tornou-se notícia fácil na mídia, nem tanto pela novidade da prática criminosa, mas, sobretudo, pelas pessoas que foram levadas ao cativeiro”<sup>86</sup>. A estratégia, como veremos em seguida, é conhecida: a cobertura de crimes aumentou sensivelmente, os jornais transformaram-se em cadernos criminais, os crimes mais banais — os quais, de maneira alguma, poderiam servir para ilustrar o fenômeno do aumento da violência urbana —, ocorridos nos lugares mais remotos, ganharam destaque nacional. O objetivo era o de criar um espírito marcial na população, de maneira a sensibilizá-la, através do medo e do terror, para o problema da violência, constituída apenas, por influência direta da mídia, da violência **criminosa**. Propositadamente, deixavam-se de fora outros tipos de violência, tais como um sistema de transporte urbano insuficiente, um sistema de saúde calamitoso, ausência de vagas e de professores nas escolas, os sucessivos e abusivos aumentos nos preços de alimentos básicos etc. Estes assuntos, perante o tema da criminalidade, foram relegados a segundo plano.

Previsivelmente, como mandava o roteiro, alguns setores das classes dominantes manifestaram apoio; não tardaria, e alguns parlamentares fariam deste assunto sua plataforma política principal. Atualmente, este é assunto obrigatório de qualquer

---

<sup>84</sup> FRANCO, A. S. Crimes Hediondos. São Paulo: RT, 1994, p. 32.

<sup>85</sup> *Idem*, pp. 32-33.

<sup>86</sup> *Idem*, pp. 141-142.

candidato a um cargo político; qualquer candidato que manifeste certa tolerância no assunto sucumbirá à própria opinião. Eis que, como diz Alberto Silva Franco, “surgiram, então, por influxo da mídia manipulada politicamente, manifestações em favor da *law and order*”<sup>87</sup>. Esta postura ideológica era gerada “por um lado, pelo medo difundido, pelos meios de comunicação social, de que a comunidade, como vítima dessas ações criminosas, não teria mais possibilidades de dominá-las, de refreá-las. De outro lado, pela desconfiança generalizada de que os órgãos institucionalizados de controle não tinham mais capacidade de reagir”<sup>88</sup>.

Na exata sistematização de Humberto Dalla, os postulados da política de “lei e ordem” são:

“a) punição de crimes mais graves com penas mais severas, com o intuito de apresentar um ‘exemplo’ à sociedade, evitando-se assim que tal conduta seja repetida; b) construção de presídios de segurança máxima, já que penas de prisão perpétua são apregoadas para alguns crimes; c) aumento da amplitude das decisões provisórias, permitindo-se uma maior abrangência das prisões cautelares, com o objetivo de proporcionar uma resposta rápida à prática delituosa; d) diminuição do controle judicial sobre a execução da pena, levada a cabo pelo Poder executivo”<sup>89</sup>.

Concluindo com Alberto Silva Franco, “na linha desse entendimento, o legislador constituinte, sob o impacto dos meios de comunicação de massa, dramatizou a realidade”<sup>90</sup>, criando no dispositivo mencionado acima, “em nome do movimento da ‘lei e da ordem”, a categoria dos delitos hediondos, equiparando a ela outras espécies criminosas. É certamente paradoxal constatar que a cláusula dos crimes hediondos, situada (indevidamente) ao lado de garantias individuais destinadas a tutelar a liberdade do cidadão, tenha se constituído em eficaz ferramenta de sepultamento em vida de milhares de pessoas. É paradoxal e também um sombrio sinal dos tempos.

## 2.2. O quadro político e legislativo pós-Constituição da República

---

<sup>87</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>88</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>89</sup> PINHO, H. D. B. de. A Introdução do Instituto da Transação Penal no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998, p. 18.

<sup>90</sup> FRANCO, op. cit., p. 39.

A partir desta cláusula, que deu abrigo constitucional para a legislação de emergência, inúmeras leis severas foram editadas. Mencione-se, em primeiro lugar, a claramente inconstitucional lei nº 8.072, de 25.jul.90, que introduziu na legislação infraconstitucional o tratamento destinado aos crimes hediondos. O crime de tráfico de drogas foi assemelhado a hediondo (cf. art. 2º), sendo, a partir de então, insuscetível de anistia, graça ou indulto (art. 2º, inc. I), arbitramento de fiança e/ou liberdade provisória (art. 2º, inc. II), bem como de progressão de regime (art. 2º, § 1º). Ademais, no curso dos inquéritos policiais, a prisão temporária eventualmente decretada passou a ter o prazo de 30 dias, prorrogável por igual lapso de tempo (art. 2º, § 3º)<sup>91</sup>. A propósito, a prisão temporária havia sido instituída poucos meses antes, através da lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. De acordo com a perfeita observação de Roberto Delmanto Junior, a referida lei “veio, sem dúvida, regulamentar uma odiosa e comum prática policial, que de há muito existia: a prisão para averiguações”<sup>92</sup>. Sendo o processo penal atual marcado pelo abuso na utilização da custódia cautelar, a prisão temporária, em cujas veias corre o sangue do autoritarismo, transformou-se numa espécie de prisão preparatória da prisão preventiva, com a clara missão de obviar excessos de prazo eventualmente ocorrentes no período que vai da parte final do inquérito até, via de regra, o oferecimento da denúncia. Talvez seja desnecessário dizer que um dos delitos que permitem sua decretação é o tráfico de drogas (art. 1º, inc. III, al. “n”).

Em 1991, a Presidência da República editaria o dec. nº 154, de 26 de junho de 1991, promulgando a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena a 20 de dezembro de 1988. Ao lado da nova preocupação com os efeitos nefastos do comércio ilegal de drogas sobre as “bases econômicas” da sociedade (fruto da percepção de que uma das áreas de atuação na “guerra contra as drogas” deveria ser a apropriação dos “narcodólares”), a Convenção visava consolidar a cooperação internacional<sup>93</sup> para a supressão do tráfico de drogas (já

---

<sup>91</sup> Não se deve esquecer que, em 1994, o homicídio de uma atriz de televisão motivaria a edição da lei nº 8.930/94, que fez inserir no rol dos crimes hediondos o homicídio qualificado (cf. art. 1º, inc. I, da lei nº 8.072/90).

<sup>92</sup> Cf. DELMANTO JR. R. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 128-129.

<sup>93</sup> Um dos “considerandos” da Convenção é exatamente o reconhecimento de que “a erradicação do tráfico ilícito é responsabilidade coletiva de todos os Estados e que, para esse fim, é necessária uma ação coordenada no nível da cooperação internacional”. Demais disso, no texto da Convenção, consignou-se, no artigo 2º, item nº 1, que “o propósito desta Convenção é promover a cooperação entre as Partes a fim

prevista nas Convenções anteriores), particularmente na modalidade de transporte pela via marítima. A ênfase dada à cooperação internacional foi desde sempre uma das imposições dos E.U.A. Naquela época, contudo, esta preocupação ganhou realce, pois vinha prevalecendo naquele país a clara opção de financiar ou apoiar materialmente as forças de segurança dos governos que lhes eram simpáticos a participar diretamente por intermédio do envio de soldados. Em obediência à doutrina de “guerra de baixa intensidade”, que tinha como uma de suas premissas a longa duração<sup>94</sup>, era inconveniente manter tropas americanas muitos meses afastadas de casa (evitando-se eventuais protestos derivados da “síndrome Vietnã”), motivo pelo qual a utilização de forças locais era imprescindível.

Uma questão que mereceu bastante atenção na Convenção de 20 de dezembro de 1988 foi o confisco do “produto derivado de delitos” relacionados ao tráfico de drogas (art. 5º, nº 1, al. “a”), além das próprias substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas, bem como “dos materiais e instrumentos utilizados ou destinados à utilização, em qualquer forma, na prática dos delitos” previstos no texto (art. 5º, nº 1, al. “b”). Nesses “materiais” estavam incluídas as substâncias químicas empregáveis no “cultivo, na produção ou na fabricação ilícita de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas”. Poucos anos depois, seria editada a lei nº 9.017, de 30 de março de 1995, que estabeleceu o controle e a fiscalização da “fabricação, produção, armazenamento, transformação, embalagem, venda, comercialização, aquisição, posse, permuta, remessa, transporte, distribuição, importação, exportação, reexportação, cessão, reaproveitamento, reciclagem e utilização de todos os produtos químicos que possam ser utilizados como insumo na elaboração da pasta de cocaína, pasta lavada e cloridrato de cocaína” (art. 1º), assim como de “outras substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica” (art. 1º, par. único). A individualização dos produtos controlados ficou a cargo do Ministério da Justiça (art. 2º), enquanto que a fiscalização e o controle dos produtos químicos tocou ao Departamento de Polícia Federal (art. 3º).

No que concerne ao confisco, três anos depois da lei nº 9.017/95, surgiria a lei nº 9.804, de 30 de junho de 1999, que, convalidando os efeitos da Medida provisória nº

---

de que se possa fazer frente, com maior eficiência, aos diversos aspectos do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas que tenham dimensão internacional”.

<sup>94</sup> OLMO, R. del. *Drogas y Conflictos...*, cit., p. 21.

1.780 (e suas reedições), alterou a redação do artigo 34 da lei nº 6.368/76, com o objetivo de disciplinar a destinação dada a bens e produtos apreendidos, relacionados à prática dos delitos nela previstos. A partir da lei nº 9.0804/99, a apreensão de dinheiro ou de cheques importava — após a conversão, se for o caso, em moeda nacional do dinheiro apreendido e a compensação dos títulos de crédito — no depósito “das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo” (art. 34, § 4º, da lei nº 6.368/76). Na hipótese de quaisquer outros bens apreendidos, foi criado o dever do Ministério Público de requerer ao juízo competente sua alienação, em caráter cautelar, ressalvados os bens que, por indicação exclusiva da Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD), devam ser preservados sob a custódia dos órgãos envolvidos nas operações de prevenção e repressão ao tráfico de drogas (art. 34, § 5º). Para determinar a alienação dos bens, o juiz, após verificar “a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo”, determinará a avaliação dos bens, intimando a União, o Ministério Público e o interessado (art. 34, § 8). Feita a avaliação e homologado o laudo respectivo, os bens serão levados a leilão (art. 34, § 9º), sendo que a quantia apurada será depositada em conta judicial e, posteriormente, prestada caução pela União, transferida para a conta do Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD), nos termos do que dispõe o artigo 34, §§ 10 e 12, da lei nº 6.368/76.

Na sentença de mérito (que o § 13 do artigo 34 não especifica se absolutória ou condenatória), o juiz “decidirá sobre o perdimento dos bens e valores mencionados nos §§ 4º e 5º e sobre o levantamento da caução” (art. 34, § 13). A certeza de condenação é tão grande que a lei nada prevê para a hipótese de prolação de sentença absolutória. Por falar em sentença, ressalva o artigo 34, § 17, da lei nº 6.368/76 que “não terão efeito suspensivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo”.

É de se reparar que, através da lei nº 9.804/99, o legislador procurou romper com a dinâmica prevista no Código Penal, no que se relaciona a bens apreendidos. Segundo a leitura do artigo 91 e do inciso II, que o perdimento em favor da União (ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé) dos “instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito” (art. 91, inc. II, al. “a”, CP) e “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor

que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (art. 91, inc. II, al. “b”, CP). No Código Penal fica suficientemente claro que o perdimento de bens está condicionado à condenação do agente, mesmo no caso de “coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito”. A lei nº 6.368/76, por outro lado, estabeleceu o depósito do dinheiro eventualmente apreendido, bem como da quantia auferida por ocasião do leilão dos bens, na conta do FUNAD, mediante caução prestada pela União. Isto não quer dizer, porém, que independentemente do comando da sentença de mérito, seja a quantia revertida definitivamente para o FUNAD. Pela leitura do artigo 34, § 8º, da lei nº 6.368/76, somente o valor auferido com a alienação dos bens que guardem “nexo de instrumentalidade com o delito” reverterá para a União. A situação depende, portanto, das circunstâncias da absolvição. Se a sentença absolutória é fundamentada em provas ou indícios que desfaçam o nexo de instrumentalidade entre o objeto apreendido e o fato apontado como criminoso<sup>95</sup>, a restituição da quantia decorrente da alienação do bem ao seu proprietário é de rigor. Se, por outro lado, mesmo que absolvido o agente, restar íntegro o “nexo de instrumentalidade” entre o(s) objeto(s) apreendido(s) e o fato criminoso que não deixou de existir, a quantia permanecerá decorrente da alienação permanecerá depositada no FUNAD. Em qualquer hipótese, é da nossa opinião que o terceiro de boa-fé deve sempre ser restituído.

Se é verdade que, conforme já se disse até o momento, a violação das garantias fundamentais do indivíduo acusado de tráfico de drogas (e condutas afins) é um das características da produção legislativa contemporânea — o procedimento expedito da lei nº 10.409/02, por exemplo, representa violação à garantia do devido processo legal — a lei nº 9.804/99, que também institui procedimento instantâneo para o despojamento de bens do indivíduo, representa a prova cabal de que tal desrespeito reiterado ao pacto constitucional não é fortuito, mas representa uma diretriz política, no que concerne à questão do comércio de drogas ilícitas.

Retornando ao ano de 1995, daríamos mais um importante passo em direção à inquisição, com o advento da lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que “regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações criminosas de qualquer tipo” (art. 1º, com a nova redação introduzida pela lei nº 10.217/2001). Destaque-se, antes de

---

<sup>95</sup> O que necessariamente ocorrerá quando, por exemplo, a absolvição estiver amparada pelo artigo 386, incisos I (“estar provada a inexistência do fato”) ou III (“não constituir o fato infração penal”).

qualquer coisa, a técnica legislativa de trabalhar com expressões desprovidas de conteúdo jurídico, como “organizações ou associações criminosas”. Todos sabem o que é quadrilha ou bando; para os que não sabem, a consulta ao artigo 288 do Código Penal resolve a questão. Logo, quando alguma das providências da lei nº 9.034/95 é adotada sob o pretexto de estar configurada a quadrilha, é possível ao investigado, através dos métodos de persuasão racional, demonstrar o contrário. Agora, o que se deve entender por “organizações ou associações criminosas”? Quando se disser que existe uma organização criminosa, como demonstrar o contrário?

Esta é, por sinal, uma das características da legislação penal pós-moderna. Ela vai, pouco a pouco, instalando aquilo que Ferrajoli chama de um modelo processual decisionista, fundado exclusivamente sobre juízos de valor indemonstráveis, deduzidos tanto da fonte de legitimação política do seu poder quanto dos valores e valorações adotados pelo juiz como fundamento de sua decisão<sup>96</sup>. É comum, por exemplo, a decretação da prisão preventiva com base na “gravidade do crime”<sup>97</sup>, correspondendo esta gravidade do crime à impressão subjetiva que o julgador tem do fato sob julgamento, e não de qualquer apreciação baseada em critérios objetivo (como a escala penal cominada ao delito). Este modelo representa gravíssima violação às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, além de fulminar com o princípio da sociabilidade e da impugnabilidade das razões decisórias.

A lei nº 9.034/95 implementa uma série de procedimentos de investigação, a saber: a) o retardamento da intervenção policial de maneira a permitir a observação e o acompanhamento da atividade criminosa e, assim, sua interrupção “no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações” (art. 2º, inc. II), b) o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e

---

<sup>96</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Rocío Cautarero Bandrés (Trad.). Madri: Ed. Trotta, 2000, pp. 540 e 541.

<sup>97</sup> O Superior Tribunal de Justiça comumente se manifesta no sentido de que “a gravidade do delito praticado pode ser suficiente para motivar o encarceramento provisório como garantia à ordem pública” (5ª Turma, RHC nº 16.748-RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 16.dez.04, D.J. 21.fev.05, p. 190). Nota-se, porém, que o tratamento da questão varia caso a caso, pois na mesma sessão de julgamento, a mesma 5ª Turma, em voto do mesmo relator decidiu que “a possibilidade de abalo à ordem pública não pode ser sustentada por circunstâncias que estão subsumidas na gravidade do próprio tipo penal” (HC nº 39.141-BA, j. 16.dez.04, D.J. 21.fev.05, p. 204). Seja como for, no âmbito do Supremo Tribunal Federal prepondera o entendimento de que “não constituem fundamentos idôneos à prisão preventiva a invocação da gravidade do crime imputado, definido ou não como hediondo, nem os apelos à repercussão dos delitos e à necessidade de acautelar a credibilidade das instituições judiciárias” (1ª Turma, HC nº 85.020-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.dez.04, D.J. 25.fev.05).

eleitorais (art. 2º, inc. III)<sup>98</sup>, c) a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, mediante autorização judicial (art. 2º, inc. IV) e d) infiltração de agentes policiais no seio da organização criminosa (art. 2º, inc. V), mediante autorização judicial, neste caso estritamente sigilosa (art. 2º, par. único).

A lei se preocupa muito com a manutenção do (raramente respeitado, em se tratando de expor o réu) segredo de justiça. Além da hipótese acima, os dados ou documentos eventualmente arrecadados (art. 2º, inc. III) devem permanecer absolutamente sigilosos, a ponto de serem mantidos fora do processo (art. 3º, § 3º), sem que os serventúrios de secretarias do juízo ou de gabinete dos juízes possam tocar neles (art. 3º, §§ 3º e 5º). Outro dado notável é a atribuição ao juiz de poderes instrutórios. Não bastasse a multiplicação de diligências que necessitam de autorização judicial (o que já obriga o juiz se manter permanentemente próximo da investigação, quando o desejável é que, somente excepcionalmente, entre em contato com ela), a lei nº 9.034/95 ainda preconiza, “nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição”, que o juiz realize pessoalmente a colheita de dados, documentos, informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais (cf. art. 3º, *caput*). Geraldo Prado, com a lucidez habitual e com a dupla autoridade de professor e magistrado, veementiza que tal poder instrutório, “por mais grave que possa parecer o delito, compromete a parcialidade daquele que vai decidir”<sup>99</sup>. A violação ao sistema acusatório, que preconiza um juiz distante das teses acusatória e defensiva, é clara, pois quanto mais se aproxima o juiz da investigação criminal, mais se compromete psicologicamente com os seus resultados.

Em seguida viria a lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta a permissão contida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República. Novamente, observa-se a tendência de atribuição de poderes instrutórios ao juiz (permitindo-se que ele, **de ofício**, determine à interceptação das comunicações telefônicas, art. 3º, *caput*). Esta medida investigatória, que constitui importante invasão à privacidade, só pode ser realizada na hipótese de crime apenado com reclusão (cf. art. 2º, inc. III) e pelo prazo de

---

<sup>98</sup> O objetivo, aqui, era permitir que a autoridade policial acessasse tais informações independentemente de autorização judicial, o que representa cristalina inconstitucionalidade, em face da violação à garantia da intimidade (art. 5º, inc. X, C.R.). O que temos observado na prática é que as autoridades policiais, receosas com a eventual impugnação judicial de suas investigações, têm representado pelas quebras de sigilo à autoridade judicial.

<sup>99</sup> Cf. PRADO, G. Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1999, p. 175.

15 dias, renováveis por igual período (art. 5º). Recentemente, contudo, o Supremo Tribunal Federal prolatou decisão inspirada pelo conservadorismo repressivo, no sentido de permitir “sucessivas prorrogações de prazo para a interceptação telefônica, em virtude da necessidade de apurar-se fatos complexos”, bem como a utilização das transcrições como prova da prática de delitos punidos com detenção. Está aberto o caminho para o emprego da interceptação telefônica como providência investigatória *prima ratio*, ao invés de *ultima ratio*<sup>100</sup>.

Na mesma época, a ONU, que historicamente viu o Brasil como um país de trânsito de entorpecentes, passou a considerá-lo importante fonte de produtos químicos destinados à produção e refino de cocaína e ponto de lavagem de dinheiro. Uma comissão de fiscalização, em visita ao país no mês de março de 1994, concluiu que “a crise política e administrativa que o Brasil enfrenta nos últimos anos prejudicou a eficiente estratégia de controle de drogas”, assunto que no país, segundo a ONU, não seria prioritário, como relata Salo de Carvalho, ressaltando que haveria um “vácuo legal”, utilizado pelos traficantes como forma de impunidade<sup>101</sup>. O diagnóstico ruim emitido no informe de 1994 motivaria a visita de nova comissão, em 1995, cujo escopo seria o de “orientação e assistência às autoridades para a elaboração de nova legislação de entorpecentes, que deveria ser adotada em regime de urgência”<sup>102</sup>. Na época, o PL nº 1.873/91 já se encontrava em tramitação no Congresso Nacional. Pouco tempo depois, dar-se-ia a promulgação da lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que estabeleceu ser crime “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente” (art. 1º, *caput*) “de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins” (art. 1º, inc. I), numa tentativa de recuperar ativos ilícitos. À luz das considerações anteriores, não é difícil perceber que a lei de lavagem de dinheiro deve seu surgimento, em parte, ao

---

<sup>100</sup> Cf. voto do Ministro Nelson Jobim, proferido no julgamento do HC nº 83.515-RS, realizado em 16.set.04, pelo Tribunal Pleno, publicado no Informativo STF nº 365, Brasília, 20.out.04, pp. 2-4. Acórdão ainda pendente de publicação.

<sup>101</sup> CARVALHO, op. cit., pp. 166-167. O autor faz referência à publicação da ONU intitulada *Report of the International Narcotics Control Board for 1994*. O “vácuo” relativo ao controle das substâncias químicas utilizáveis na produção das drogas ilícitas, como visto acima, seria preenchido pela lei nº 9.017/95.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 167.

tráfico de drogas<sup>103</sup>, mas seus objetivos transcendem a ele. Esta lei deve ser compreendida como uma maneira de engessar o capital informal<sup>104</sup>, não declarado, oriundo das classes pobres e auferido com o exercício de atividades informais ou criminosas. O raciocínio é um tanto quanto simples: o contingente populacional excluído cresce cada vez mais; assim, cresce a economia informal, que não assina carteira, que não tem livro-caixa, que não tem nota fiscal, enfim, que nada reparte com o governo. Este é o pretexto para que os donos do poder não permitam a competição desse capital, por assim dizer, pobre, com o capital “limpo” das instituições financeiras, pertencentes aos próprios donos do poder.

A nova legislação (mais severa, é claro) de entorpecentes reclamada pela ONU, veio em 2002, com a edição da lei nº 10.409, de 11 de janeiro. Esta lei, que, para Eduardo Reale Ferrari, “constitui nesse compasso mais uma cópia mal elaborada da legislação americana”<sup>105</sup>, previa, em sua redação original, penas de seis a quinze anos para os crimes atualmente previstos nos artigos 12 e 13 da lei nº 6.368/76 (arts. 16 e 17 do PL nº 1.873/91). A associação estável também tinha sua pena mínima majorada para seis anos de reclusão (art. 18 do PL nº 1.873/91). Não fosse o veto presidencial de todos os crimes, existiria uma modalidade especial de lavagem de dinheiro proveniente do tráfico de drogas (art. 19 do PL), à qual era cominada a punição de nada menos do que seis a quinze anos de reclusão! Além disso, atendia-se a um reclamo antigo dos “especialistas” em drogas, com a criação da figura do cedente de droga “em ocasião única e gratuitamente”, para quem estava prevista a estapafúrdia pena de dois a oito anos de **detenção** (art. 21 do PL). Por fim, quanto ao usuário, sua pena era reduzida para uma detenção de, no máximo, um ano (art. 22 do PL). Em sua redação final, isto é, já incorporadas as alterações do projeto substitutivo do Senado Federal e de outros projetos de lei em tramitação nas duas Casas Legislativas, outras figuras delituosas seriam criadas. Todavia, como se disse, a emoção do Deputado Elias Murad, com a aprovação da moção que batizava a nova lei de drogas com seu nome, não foi suficiente

---

<sup>103</sup> Oportuno citar o estudo de João Carlos Castellar, que identifica a criminalização da lavagem de dinheiro à “política criminal norte-americana para as drogas” (Lavagem de Dinheiro – A questão do bem jurídico. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 14).

<sup>104</sup> A questão da informalidade está muito longe de ser insignificante, como vimos da introdução e como reforça Eduardo Galeano, ao observar que “na América Latina, a nova realidade do mundo se traduz num vertical crescimento do chamado setor informal da economia. O setor informal, que traduzido significa trabalho à margem da lei, oferece **oitenta e cinco de cada cem novos empregos**” (De Pernas Pro Ar – A Escola do Mundo ao Avesso. Trad. Sérgio Faraco. Porto Alegre: LP&M, 1999, p. 182).

<sup>105</sup> FERRARI, op. e loc. cit., p. 288.

para comover a Presidência da República. Quanto à parte procedimental, que sobreviveu parcialmente aos vetos presidenciais, cuidaremos adiante.

A profusão de vetos presidenciais fez com que fossem elaborados dois projetos de lei que visam unificar, num só diploma, o tratamento da questão das drogas, a saber: 1) o PL nº 6.108/02, de autoria do Poder Executivo, que modifica a lei nº 10.409/02, cujo objetivo é o de inserir novos dispositivos — inclusive os crimes — no lugar dos que foram vetados, revogando, de uma vez por todas e completamente, a lei nº 6.368/76; e 2) o PL nº 7.134/2002, elaborado por uma Comissão Mista do Senado Federal, que, se aprovado, disciplinará em sua totalidade a questão das drogas, com a previsão de crimes, de novo procedimento (quase idêntico ao procedimento da lei nº 10.409/2002), revogando expressamente não só a lei nº 6.368/76, como também a própria lei nº 10.409/2002.

No curso do processo legislativo, o Projeto de lei nº 6.108/02 foi apensado ao Projeto de lei nº 7.134/02, cuja redação passou a ser discutida na Câmara dos Deputados. Em 11 de fevereiro de 2004, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aprovou o PL nº 7.134/02, determinando sua remessa ao Senado Federal em 17 de fevereiro de 2004 para apreciação, onde permanece até a presente data<sup>106</sup>. Se o projeto vier a ser efetivamente convertido em lei, com a atual redação que possui, estará mantida a criminalização do tráfico de drogas e das condutas e ele equiparadas (constantes, atualmente, dos §§ 1º e 2º do art. 12 da lei nº 6.368/76). A pena privativa de liberdade permanece a mesma (reclusão, de três a quinze anos), o que não acontece com a pena pecuniária, que é majorada dos 50 a 360 dias-multa atuais (art. 12 da lei nº 6.368/76) para setecentos a mil e quinhentos dias-multa (art. 14 do PL nº 7.137/02) As condutas acessórias ao tráfico de drogas — indução, instigação ou auxílio ao uso de entorpecente e consentimento na utilização de local de sua propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância para esta finalidade —, segundo o PL nº 7.134/02 deixarão de compartilhar as elevadas penas do artigo 12 da lei nº 6.368/76, e passarão a constitui delito autônomo, cuja punição é sensivelmente mais branda: “prisão”, de um a três anos (e multa, de 200 a 400 DM), se não se consuma o uso, ou de três a cinco anos

---

<sup>106</sup> Informações a respeito da tramitação do projeto obtidas do *site* da Câmara dos Deputados ([www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)).

(e multa, de 400 a 700 DM), se estiverem presentes algumas das circunstâncias do artigo 24<sup>107</sup>.

A oferta eventual e gratuita de substância entorpecente para consumo conjunto com pessoa relacionada também é destacada do elenco de condutas do tráfico de drogas, passando a merecer punição bastante inferior, que inclusive a transformará em delito de menor potencial ofensivo (cf. art. 14, § 3º: “prisão”, de seis meses a um ano, e pagamento de setecentos a mil e quinhentos dias-multa, sem prejuízo das medidas educativas previstas no art. 22<sup>108</sup>).

Em seguida, o PL nº 7.134/02, no artigo 14, § 4º, prevê causas especiais de diminuição de pena, com a seguinte redação: “tratando-se de infração do disposto no *caput* deste artigo, ou no seu § 2º, poderá o juiz reduzir as penas de um sexto a um terço, vedada a cumulação com o benefício a que se refere o art. 25 e sua conversão em penas restritivas de direitos, desde que concorram todas as seguintes circunstâncias: I - exiba o agente primariedade, bons antecedentes, conduta social adequada e personalidade não inclinada à delinquência; II - reduzido potencial ofensivo da conduta, expresso na ausência de habitualidade, caráter não profissional, pequena quantidade, baixa nocividade da substância ou produto; III - inoccorrência de qualquer das hipóteses a que se referem os arts. 24 e 26; IV - seja o agente dependente”

---

<sup>107</sup> Cf. art. 14, § 2º, do PL nº 7.134/04. A redação do artigo 24 do PL nº 7.134/02 é a seguinte: “Art. 24. As penas previstas nos arts. 14, 15, 16, 17, 18 e 19 são aumentadas de um sexto a dois terços, se: I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito; II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, pátrio poder, guarda ou vigilância; III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva; V - caracterizado o tráfico interestadual; VI - se o objeto da ação for constituído de mais de uma espécie de substância ou produto. Parágrafo único. Nas hipóteses previstas no inciso IV, serão as sanções referentes à violência, grave ameaça ou emprego de arma aplicadas cumulativamente com as dos crimes referidos no *caput* sempre que da aplicação do aumento devam resultar penas menores”. Esclareça-se, de outra sorte, que não é prevista pena a prática do delito do art. 14, § 2º, do PL nº 7.134/02, em caso de “uso consumado”.

<sup>108</sup> As medidas previstas no artigo 22 do PL nº 7.134/02, que correspondem à pena do delito de “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, em pequena quantidade, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, são as seguintes: “I - prestação de serviços à comunidade; II - comparecimento a programa ou curso educativo; III - proibição de frequência a determinados locais; IV - submissão a tratamento”.

São criminalizadas, ainda, as condutas de “fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à produção ou à fabricação indevida de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica” (art. 15), a associação para o tráfico de substância entorpecente (art. 16) — ambas com “prisão”, de três a dez anos, e multa —, a conduta de “financiar a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 14, *caput* e § 1º, ou 15” do PL nº 7.134/02, com a severíssima pena de oito a vinte anos (e multa, de mil e quinhentos a quatro mil DM, cf. art. 17) e a de “colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 14, *caput* e § 1º, 15 ou 19” do PL nº 7.134/02, com pena de prisão, de dois a seis anos, e pagamento de trezentos a setecentos dias-multa (art. 18).

No artigo 19, é instituída uma modalidade específica de lavagem de ativos provenientes dos delitos de tráfico de drogas e condutas afins, apenada de forma idêntica (prisão, de três a dez anos) ao que preceitua o artigo 1º da lei nº 9.613/98. De outra parte, os delitos atualmente previstos no artigo 15 (prescrição culposa, em dose evidentemente maior do que a necessária ou em desacordo com determinação legal, de substância entorpecente) e no artigo 16 continuam a ser contemplados no PL nº 7.134/02 (arts. 20 e 22), porém passam a ser apenados com penas alternativas (até o máximo de um ano), já enunciadas na nota de rodapé nº 108, ressalvada, no caso do art. 20, a hipótese de reincidência, quando então incide a pena de seis meses a dois anos, além da pena pecuniária). Por fim, é criminalizada a conduta de “conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de substância ou produto capaz de causar transtorno de consciência” (art. 21), à qual são previstas as sanções de “prisão, de dois a quatro anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva e pagamento de duzentos a quatrocentos dias-multa”.

A quantidade e a qualidade da substância entorpecente apreendida ganham importância, passando, no que tange à quantidade, a ser oficialmente critério de distinção entre porte para uso próprio e tráfico<sup>109</sup>. Além disso, ambas podem ser determinantes para fazer incidir a causa especial de diminuição da pena prevista no artigo 14, § 4º, inciso II, além de representarem circunstâncias judiciais a serem

---

<sup>109</sup> Consta do tipo do art. 22 do PL nº 7.134/02: “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, *em pequena quantidade*, substância (...)”.

consideradas na dosimetria da pena com primazia sobre as demais circunstâncias arroladas no artigo 59 do Código Penal (cf. art. 27 do PL nº 7.134/02). Registre-se, por fim, que a delação, na hipótese dos delitos dos artigos 14, 15, 16, 17, 18 e 19, do PL nº 7.134/02, produz o efeito de permitir a incidência dos “benefícios da colaboração premiada nos termos, condições e limites a que se refere a lei de organizações criminosas” (cf. art. 25 do PL nº 7.134/02). Deve ser notado que o legislador prefere aplicar a redução da pena de um terço a dois terços, preconizada no artigo 6º da lei nº 9.034/95, ao perdão judicial, aplicável, por força do disposto no artigo 13 da lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, “ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal”. Se este dispositivo poderá ser utilizado supletivamente pelo juiz, para o caso de drogas, é assunto para ser discutido pela doutrina processual penal, tão logo o novo estatuto de drogas venha a lume, o que a tramitação interna nas Casas Legislativas indicar ser questão de tempo.

Embora nem tenha sido aprovado ainda, o PL nº 7.134/02 já foi objeto de crítica. Em artigo publicado no *Jornal do Brasil*<sup>110</sup>, a desembargadora aposentada Áurea Pimentel Pereira, atualmente advogada e membro do Conselho de Vitaliciamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conquanto reconheça que “o legislador tenha tido talento de, acertadamente, exacerbar convenientemente as penas privativas de liberdade para os casos de tráfico de entorpecentes”, condena a instituição de “sanções verdadeiramente simbólicas para os usuários de drogas”, “transmutando a repressão a tais práticas delituosas em verdadeira farsa”, o que, em sua opinião, contribuiria “para despertar no espírito dos infratores verdadeiro sentimento de impunidade, que há de funcionar como incentivo para que continuem a praticar, sem maiores riscos, tão grave delito”. A gravidade do delito, de acordo com a desembargadora aposentada, consiste em que os usuários “são, na verdade, os únicos e reais responsáveis pela alimentação do comércio das drogas que assola o país”. Por fim, vai a exortação aos legisladores: “é de se esperar que o bom sendo predomine, ou os alicerces da sociedade brasileira, já tão abalados pelos primeiros sinais de corrosão, fatalmente ruirão”.

O artigo carrega nas tintas impressionistas ao se referir ao uso de drogas, pertencendo a uma corrente fortemente conservadora, representativa do discurso oficial, que preconiza unicamente punição para qualquer conduta a elas relacionada, mesmo as

---

<sup>110</sup> Na edição que circulou no dia 4 de novembro de 2004, p. A11.

mais brandas. Não podem passar despercebidas, contudo, algumas das falácias que tal discurso contém. No sentido jurídico-penal, baseado no critério da ofensa ao bem jurídico, o uso de drogas não pode ser considerado delito grave. Na verdade, nem deveria ser delito, já que representa típico caso de autoexposição da vítima a perigo<sup>111</sup>, além de proibição de conduta que não extrapola o âmbito do próprio autor. Com base no mesmo fundamento jurídico pelo qual não se pune a autolesão, não se poderia punir o uso de drogas, que vai afetar unicamente o organismo de quem as consumiu. Entretanto, sob o argumento político de que o uso fomenta o tráfico, tal comportamento é criminalizado. O argumento pode até ser verdadeiro, pouco importa, mas desconhece a lógica do processo de criminalização seletiva cujos efeitos são vistos no dia a dia do foro criminal. O consumo de drogas é partilhado tanto por ricos quanto por pobres. A seletividade do sistema penal, porém, opera de forma a diferenciar o rico que compra a droga — trata-se de um usuário, consumidor e, por causa dessa condição economicamente ativa, interessa à economia — do pobre, que não consome porque não tem dinheiro para comprar a droga; só pode ser traficante, e assim vai preso. Outra falácia, desmentida empiricamente, é que o consumo de drogas ilícitas representa um mal terrível. Como vimos da introdução, a maioria absoluta de internações em estabelecimentos psiquiátricos, de 1988 a 1999, se deveu ao consumo abusivo de álcool, cujo uso não é criminalizado<sup>112</sup>. A terceira falácia, derivada da segunda, é que o tráfico de drogas materializa um dos maiores males da sociedade. Ledo engano: o traficante de

---

<sup>111</sup> A situação de autoexposição da vítima, na teoria do delito, limita o alcance do tipo penal, excluindo qualquer imputação a quem eventualmente tenha causado o resultado ao qual a vítima conscientemente se expôs. Juarez Tavares, ao tratar do assunto, cita exemplo relacionado ao assunto objeto do presente trabalho. Diz o catedrático de direito penal da UERJ que na autocolocação da vítima em perigo, “vigora o princípio de que, nos limites do tipo, não podem ser abarcados eventos para os quais a vítima, por si mesma, tenha voluntariamente contribuído de uma forma decisiva”. “Sob esses pressupostos — prossegue Juarez Tavares — deve ser tratado o polêmico caso da cessão e uso de drogas. Se alguém cede a outrem cocaína e o consumidor morre porque a ingere em grande quantidade, o cedente só deverá ser responsabilizado pelo delito respectivo (...) mas não pelo homicídio culposo a que poderia corresponder a morte da vítima. Na verdade, *a vítima teve para a sua morte uma participação decisiva e a assumiu deliberadamente*” (in TAVARES, J. Direito Penal da Negligência – Uma Contribuição à Teoria do Crime Culposo. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2003, pp. 344-345, grifos nossos). Para outro catedrático de direito penal da UERJ, Nilo Batista, é ilegítima a criminalização do uso de drogas, por violação ao princípio da lesividade, que proíbe a incriminação de uma conduta que não excede o âmbito do próprio autor (cf. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1996, pp. 92-93).

<sup>112</sup> Apenas a venda a criança ou adolescente de “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica”, entre os quais estão as bebidas alcoólicas, é que configura crime, de acordo com o artigo 243 da lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). A par disso, servir bebidas alcoólicas a pessoa embriagada, a pessoa sabidamente doente mental ou a pessoa sabidamente proibida, por determinação judicial, de freqüentar lugares onde se consome bebida alcoólica configura contravenção penal (art. 63, incs. II, III e IV do dec.-lei nº 3.688/41 – Lei de Contravenções Penais).

drogas, não fosse a repressão bélica de sua atividade, seria tão perigoso quanto o dono do botequim da esquina. A repressão e a criminalização é que são as indutoras das violências que estão na periferia do tráfico. O artigo citado acima representa apenas um dos muitos discursos oficiais que gravitam ao redor do assunto das drogas. Há outros, que serão sintetizados a seguir.

### **2.3. Breve retrato da situação atual: discursos, espionagem, encarceramento e genocídio**

Os diferentes discursos, adotados pelos E.U.A. conforme as exigências político-econômicas do momento, têm pelo menos um ponto em comum: a necessidade de uma atuação internacional. Como dito acima, os esforços norte-americanos jamais se detiveram com a mesma intensidade na outra ponta do problema das drogas — a demanda. Atribuir para além das fronteiras o problema, aplicando-lhe o rótulo de ameaça à segurança nacional permite que praticamente qualquer intervenção seja legitimada. A partir da metade da década de 1990, o Brasil começou a envidar esforços no sentido de implantar o sistema de vigilância da Amazônia (SIVAM), com o objetivo de monitorar a utilização dos seus recursos naturais, de vigiar a preservação das reservas indígenas e de reprimir eventuais atividades ilícitas. Assim, iniciou-se processo licitatório internacional, com vistas a escolher a empresa habilitada, nas condições mais vantajosas, a fornecer a tecnologia e o equipamento (radares, sonares, sistemas de comunicação etc.) necessários. Classificaram-se dois consórcios para a última etapa do certame: o primeiro, dos E.U.A., capitaneado pela Raytheon Co., sediada no Estado de Massachusetts, e o segundo, de origem francesa, composto pela Thomson-CSF. Sob intensas acusações mútuas de corrupção, sagrou-se vencedor o consórcio liderado pela Raytheon Co., com quem, após alguma polêmica, o governo brasileiro assinou contrato no valor de R\$ 1,4 bilhão. Segundo relato do historiador Luiz Alberto Moniz Bandeira, alguns meses após a assinatura do contrato, a revista IstoÉ publicou matéria em que revelava gravações de 13 conversas telefônicas, travadas entre o então coordenador de Apoio e Cerimonial da Presidência e um empresário, representante da Raytheon no

Brasil<sup>113</sup>, nas quais falava-se de pagamento de propina a uma autoridade parlamentar e a um oficial da Aeronáutica, relacionado ao SIVAM. As gravações haviam sido realizadas pelo Centro de Dados Operacionais da Polícia Federal, com autorização judicial, sob “a falsa alegação de que altos funcionários da presidência da República estavam a negociar com drogas”<sup>114</sup>. O Senado Federal, então, instalou uma comissão, ao cabo da qual constatou que o Centro de Dados Operacionais da Polícia Federal estava desde meados de 1980 sob o controle da DEA<sup>115</sup>, a quem, inclusive, pertencia o equipamento utilizado na aludida interceptação telefônica. Esta constatação serviu para alertar as autoridades, segundo a narrativa de Bandeira, da enorme vulnerabilidade de todo o sistema de comunicação do governo brasileiro, principalmente do SIVAM, projetado para vigiar um território de mais de 5 milhões de quilômetros quadrados (61% do território brasileiro), no qual se situa a Amazônia Legal.

O intercâmbio de informação entre a Polícia Federal e o DEA e a CIA envolvia até mesmo a observação de operações na Amazônia e o desenvolvimento de cursos, como o realizado em 1998, nas proximidades de Manaus, ao qual compareceram agentes que atuavam na Colômbia, Peru e Bolívia. Tais incursões de agentes estrangeiros na selva amazônica preocupavam as Forças Armadas que, como explica Bandeira, temia “que os Estados Unidos usassem o combate ao narcotráfico como *rationale* para expandir sua presença na Amazônia”<sup>116</sup>. Recentemente, por ocasião da prisão de um conhecido publicitário numa rinha, algumas divergências internas na Polícia Federal — órgão que efetuou a referida prisão —, envolvendo o Departamento do Rio de Janeiro e a Superintendência em Brasília, vieram à tona em publicação do jornal O Globo<sup>117</sup>. A fonte da divergência era a existência de duas estruturas paralelas naquele órgão policial, que procuravam se antecipar à outra nas operações de apreensão de drogas. “Os delegados do Rio — narra o jornalista Chico Otávio, autor da matéria — não escondem a insatisfação com a ingerência da DEA, a agência antidrogas americana,

---

<sup>113</sup> BANDEIRA, L. A. M. As relações perigosas: Brasil-Estados Unidos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 103.

<sup>114</sup> *Idem*, p. 107.

<sup>115</sup> Esta medida, além do treinamento de agentes federais, era desdobramento de um acordo bilateral assinado pelo Brasil e os E.U.A. em 1986, acordo este revigorado em 12 de abril de 1995, com a celebração de outro acordo de cooperação mútua entre os dois países, para a redução da demanda, prevenção do uso indevido e combate à produção e ao tráfico ilícitos de entorpecentes, promulgado pelo dec. nº 2.242, de 2 de junho de 1997.

<sup>116</sup> *Idem*, pp. 108 e 109.

<sup>117</sup> Edição de 29.nov.04, p. 17.

nas ações de combate ao narcotráfico desenvolvidas pela PF”. Além disso, os delegados da Delegacia de Repressão a Entorpecentes do Rio de Janeiro descobriram, em determinada época que “alguns dos telefones da delegacia estiveram grampeados por 90 dias numa investigação conduzida pela Divisão de Doutrina e Inteligência, de Brasília”. A escuta, autorizada judicialmente, visava investigar a participação de policiais federais no desaparecimento de substâncias entorpecentes do depósito da instituição. As raízes da espionagem norte-americanas na Polícia Federal, como se pode concluir, são profundas.

Em 1999, mostrou-se muito real a possibilidade de uma intervenção militar norte-americana na Colômbia, com o objetivo declarado de combater o narcotráfico e a guerrilha, os quais, segundo o discurso oficial das agências governamentais *yankees*, se alimentavam reciprocamente. Seguindo as diretrizes da doutrina de “guerra de baixa intensidade”, os Estados Unidos não desejavam fazer a intervenção diretamente, sugerindo, então, numa reunião dos chefes militares das Américas realizada no Panamá (1999), a formação de uma força militar interamericana, à qual dariam apoio financeiro, da ordem de US\$ 1,5 bilhão, além de orientação e apoio logístico. Todavia, o Brasil, a exemplo da maioria dos países sul-americanos (exceção feita ao Peru, de Fujomori, e à Argentina, de Menem), sempre resistiu à idéia de intervir em país estrangeiro, invocando o princípio da autodeterminação dos povos, e se recusou a compor a tal força interamericana, bem como proibiu a utilização do território nacional para qualquer propósito relacionado à intervenção na Colômbia, fosse o combate ao narcotráfico, fosse a estabilização da insurreição política<sup>118</sup>.

Diante do vulto do território colombiano dominado pelas FARC (cerca de 40%) e, conseqüentemente, do esforço militar que seria necessário para retomá-lo, os E.U.A. não ousaram desembarcar suas tropas naquele país, mas o episódio deixou explícito, segundo Moniz Bandeira, que “o Departamento de Estado e o Pentágono recorreram à retórica antidroga e empenharam-se em apresentar o conflito na Colômbia como *hemispheric problem*, tal como fizeram com a questão de Cuba nos anos 60”<sup>119</sup>. Ilustrativa desta campanha de convencimento foi a visita feita pelo general norte-americano Brian McCaffrey, a partir de 23 de agosto de 1999, ao Brasil, Bolívia, Peru e Argentina, durante a qual alardeou que 80% da cocaína e cerca de dois terços da heroína

---

<sup>118</sup> BANDEIRA, op. cit., pp. 180 e 181.

<sup>119</sup> *Idem*, p. 184.

contrabandeada para os E.U.A. provinham da Colômbia, motivo pelo qual a situação era de fato ameaçadora à segurança das Américas<sup>120</sup>. Felizmente, o oficial não logrou persuadir os países sul-americanos.

A resistência dos países latino-americanos, entretanto, não impediu que os Estados Unidos da América disparassem o “Plano Colômbia”, que previa o fornecimento de generosas somas em dinheiro, além de equipamento bélico. Também não impediu fosse autorizada a utilização de herbicidas norte-americanos, cujos efeitos nocivos à saúde humana e a outros tipos de culturas agrícolas foram falseados ou escamoteados, como relata Rosa del Olmo<sup>121</sup>. Longe de ter erradicado as plantações de maconha e de coca, a utilização de herbicidas conseguiu somente deslocá-las para outros lugares; conseguiu, também, causar importantes prejuízos aos pequenos agricultores. Cedendo às pressões norte-americanas, com sua retórica de guerra, os países latino-americanos vem despendendo elevadas somas no combate ao tráfico. Vale citar a constatação de Mauricio Avedaño Pabón de que até 1989, quase 100% do total do orçamento colombiano foi destinado ao controle e repressão, ao passo que nenhuma verba seguiu para a fomentação de programas ligados à prevenção ou ao tratamento de dependentes. No mesmo diapasão, de 1989 a 1994, apenas 4% do orçamento daquele país foi vinculado à prevenção ao uso; o restante, empregado em repressão e fortalecimento do seu sistema judiciário<sup>122</sup>. Boa parte destes recursos provém do Plano Colômbia, que está em pleno andamento. Como noticiaram os jornais<sup>123</sup>, em 22 de novembro de 2004, o presidente dos E.U.A. George W. Bush fez rápida visita à Colômbia, presidida por Alvaro Uribe, ocasião em que afirmou que continuaria a financiar o Plano Colômbia, “para que esta corajosa nação possa ganhar a guerra contra o narcotráfico”. Não pode ficar sem registro que a narrativa jornalística do encontro é informada, a todo o momento pela incorporação do discurso do país-vítima: “o interesse de Bush na guerra civil colombiana tem um motivo claro: o país produz 90% da cocaína e 50% da heroína consumidas nos Estados Unidos”. Alvaro Uribe, que estudou em

---

<sup>120</sup> BANDEIRA, op. cit., p. 184.

<sup>121</sup> OLMO, ¿Prohibir o Domesticar?, cit., p. 104.

<sup>122</sup> PABÓN, M. A. *O processo de produção das deliberações sobre a política de drogas e a implementação da política de redução de danos na Colômbia*. Trad. Regina Matias. In BAPTISTA, M., CRUZ, M. S. e MATIAS, R. (orgs.) *Drogas e Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Ed. Uerj, 2003, vol. 2, p. 45.

<sup>123</sup> Cf. *Jornal do Brasil*, edição de 23 de novembro de 2003, p. A8 (matéria intitulada “Bush promete mais verbas”).

Harvard e em Oxford, é um governante bem à feição de Washington, criminalizando a guerrilha que divide o país em dois, segundo informado pelo Jornal do Brasil de 1º de julho de 2004 (p. A14), em matéria que reproduziu um comunicado presidencial emitido momentos após a libertação do ex-congressista José Gnecco, seqüestrado por grupo paramilitar cerca de uma semana antes: “o governo acredita e apóia processos de paz com seriedade, não aparências enganosas para continuar encobrendo o crime. Os processos (de paz) não podem ser refúgios temporários para criminosos”. Ou seja, está descartada qualquer possibilidade de negociação, enquanto vige a idéia de criminalização do problema político que paralisa aquele país.

Mesmo sendo querido por Washington, Alvaro Uribe também não escapou de ser alvo de uma tentativa de criminalização bem típica desta maligna associação da mídia com os serviços de inteligência norte-americanos. Em 2 de agosto de 2004, a revista *Newsweek* publicou reportagem assinada por desafeto político de Uribe, em que revelava, a partir de dados de um relatório elaborado em 1991 pela Agência de Inteligência do Departamento de Defesa dos E.U.A., que o presidente da Colômbia teria envolvimento “com traficantes de drogas em seu país”, sendo inclusive “amigo pessoal próximo de Pablo Escobar”. As representações diplomáticas de ambos os países trataram de minimizar a importância do episódio, atribuindo-o ao sentimento antiamericano de alguns setores da intelectualidade colombiana: “Alvaro Uribe é um dos pouquíssimos amigos do governo Bush na América Latina”<sup>124</sup>, afirmou-se na ocasião.

O processo de criminalização do governante amigo dos E.U.A. é certamente um acidente de percurso. Este processo voltado a governos hostis a Washington, contudo, é uma estratégia. No momento em que as forças militares norte-americanas concentravam suas forças na cruzada “antiterror” pelo Oriente Médio, após o atentado ao *World Trade Center*, em 11 de setembro de 2001, serviços de inteligência norte-americanos revelaram terem notado “na Venezuela movimentos suspeitos de pessoas que estariam ligadas a grupos terroristas, em especial na Ilha Margarita”, local, onde segundo matéria jornalística<sup>125</sup>, “é grande a presença de comerciantes árabes”, os inimigos externos do

---

<sup>124</sup> Citações extraídas da reportagem intitulada “Uribe exposto em relatório dos EUA”, publicada na edição de 3 de agosto de 2004, do Jornal do Brasil (p. A8). O mesmo fato foi noticiado pela edição do Globo de 3 de agosto de 2004, em matéria intitulada “Revista diz que Uribe era aliado a traficantes”.

<sup>125</sup> Matéria intitulada “Foco de terror no país de Chávez”, publicada na edição de 4 de janeiro de 2004 (p. 42) do jornal O Globo.

momento. A informação do governo norte-americano produzia uma espécie de simbiose discursiva, reunindo os elementos “terrorista árabe/narco tráfico/país hostil” num só local. A Ilha Margarita, para as autoridades norte-americanas, representa “tanto um recanto de descanso e lazer de militantes de grupos radicais islâmicos como um centro de coleta de recursos e de lavagem de dinheiro de organizações terroristas”. É por todos sabido, segundo a matéria, que “o narcotráfico tem sido a grande fonte dos recursos dos grupos Hamas, Hezbollah e Islamiyya al-Gamaat”, realidade para a qual Hugo Chávez estaria fazendo vista grossa, como também para a distribuição de carteiras de identidade dos E.U.A. falsas e para a movimentação suspeita das FARC, monitorada por satélites norte-americanos, no território daquele país.

As reportagens parcialmente transcritas acima revelam que os governos latino-americanos estão de joelhos perante a força militar e ideológica dos Estados Unidos da América. A imprensa, que passou a ser dirigida por grandes grupos econômicos, é reprodutora das ideologias conservadoras do governo do norte. Em âmbito internacional pregam a legitimidade de tudo quanto fazem os E.U.A., utilizando expressões retóricas como a “guerra contra o terror”, para retratar a série de invasões e bombardeios promovidos pela maior potência mundial em países muçulmanos, com fundamento em suspeitas que vão se revelando levianas com o tempo.

O discurso bélico, de criminalização dos problemas políticos e sociais vai sendo reproduzido internamente pelas imprensas de cada país, impressionando e pautando os governantes. Há um acontecimento que é ilustrativo a respeito: em harmonia com o modelo bélico de tratamento do tráfico de drogas, grupos conservadores, notadamente ligados às Forças Armadas, vinham pregando a regulamentação no Brasil da interceptação e destruição de aeronaves suspeitas de estarem transportando drogas. O assunto, que ciclicamente era lembrado, emergiu no início de 2004, quando o Jornal do Brasil publicou matéria intitulada “Tráfico zomba de patrulhas aéreas”<sup>126</sup>, na qual noticiava que “a certeza dos traficantes que atuam no espaço aéreo da Amazônia na própria impunidade é tanta que põe em xeque o policiamento da Força Aérea Brasileira”. Diz a reportagem que “a audácia dos traficantes não tem limites: eles fecham as cortinas das janelas do avião e fazem gestos obscenos, ao serem interceptados pelos tucanos da FAB”. Dando voz a um indignado oficial da Aeronáutica, vem o

---

<sup>126</sup> Edição de 3 de fevereiro de 2004, p. A4.

desabafo: “infelizmente não podemos aplicar o tiro de destruição”. Lamenta a reportagem que, embora a lei do abate tenha sido aprovada pelo Congresso, ainda carecia de regulamentação para entrar em vigor. Tempos depois, em 12 de julho de 2004, o assunto é requeitado pela imprensa, agora sob a nova roupagem do discurso dos especialistas: “Militares defendem Lei do Abate”<sup>127</sup>. Diz a reportagem que havia certa pressão norte-americana contra a aprovação da referida lei. O Brasil, porém, de acordo com a matéria, tinha que vencer a pressão e permitir de uma vez por todas que aeronaves hostis fossem abatidas no espaço aéreo nacional, pois o Sistema de Vigilância da Amazônia — aquele mesmo, instalado pela Raytheon Co. — já permitia a fácil localização dos aviões clandestinos. Desejo atendido: menos de uma semana depois desta reportagem, a Presidência da República elaborou o dec. nº 5.144, de 16 de julho de 2004, que regulamenta o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, instituindo uma nova modalidade de pena de morte: a aérea.

Segundo o decreto, “a aeronave é considerada suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins” (art. 2º), quando: a) adentrar o território nacional, sem plano de vôo aprovado, oriundo de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas (inc. I) ou quando b) cumprindo rota **presumivelmente** utilizada para distribuição de drogas ilícitas, omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação (inc. II). A medida de destruição deve ser precedida das medidas de averiguação, que visam determinar ou confirmar a identidade da aeronave suspeita (art. 3º, § 1º), medidas de intervenção, que consistem na determinação à aeronave interceptada para que modifique sua rota até o pouso forçado em aeródromo especificado (art. 3º, § 2º), e medidas de persuasão, consubstanciadas em tiros de advertência, com munição traçante (art. 3º, § 3º). Se todas as medidas anteriores fracassarem, a aeronave de interceptação deverá, após autorização da Presidência da República (art. 6º, inc. V), efetuar disparos na direção da aeronave interceptada, “com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil” (art. 5º).

Incrível a força do discurso bélico, que conseguiu transformar uma conduta a princípio punível com reclusão no máximo até 15 anos (cf. art. 12 da lei nº 6.368/76:

---

<sup>127</sup> Jornal do Brasil, edição de 12 de julho de 2004, p. A5.

tráfico de drogas, na modalidade “transportar”) em conduta passível de uma absurda pena de morte, determinada apenas em função do meio de transporte utilizado. Não nos esqueçamos do desfecho: na remota hipótese do condutor da aeronave sobreviver à queda do avião, submeter-se-á ao processo criminal, é claro!

A retórica política militar é difundida pela imprensa, através da lógica da disseminação do medo. Vimos que foi a campanha midiática do medo que proporcionou as condições políticas para a introdução do inciso XLIII no rol do artigo 5º da Constituição da República. Vimos que discursos políticos internacionais centrados no argumento da ameaça à ordem geraram um rosário de leis repressivas, particularmente no que concerne ao tráfico de drogas, atualmente punível com pena de morte, caso seja praticado na modalidade de transporte aéreo, desde que a aeronave provenha de rotas presumivelmente utilizadas para a distribuição de drogas ilícitas.

A lógica da guerra é aplicada internamente, e é imprescindível para projetos de extermínio seletivo como o que está em curso nos centros urbanos brasileiros. Bauman explica que uma das condições essenciais para a ocorrência do Holocausto — sem dúvida, um dos episódios mais infamantes da aventura humana — foi a invocação de um estado de emergência, de uma condição extraordinária de tempo de guerra<sup>128</sup>. Sem recorrer a este estado de emergência, jamais o *Reich* teria encontrado consenso para exterminar milhões de judeus. Não é coincidência que se fale em guerra civil nos centros urbanos brasileiros, porque neles também está em andamento um projeto de extermínio da juventude pobre e negra, projeto este que, aliás, tem precedentes que remontam ao descobrimento da América, como explica Vera Malaguti Batista: “o genocídio inicial, presente no primeiro encontro entre os dois mundos na América, é recorrente na história do Brasil”<sup>129</sup>.

O estado de “guerra civil”, que retrata a criminalidade como problema gravíssimo, é funcional para a sociedade de classes, como constata Cecília Coimbra: “em muitos momentos da história do Brasil, a justificativa de que vivemos em uma guerra civil tem sido usada pelas elites na luta para impor seus modos de vida e

---

<sup>128</sup> Cf. BAUMAN, Z. Modernidade e Holocausto. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 118.

<sup>129</sup> Cf. BATISTA, V. M. O Medo na Cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 51.

existência e seu poder político-econômico”<sup>130</sup>. Na base do mito da “guerra civil”, estão a insegurança estrutural e a exclusão decorrentes do encolhimento do Estado neoliberal, que louva as “forças livres do mercado” e o livre comércio — justamente as fontes primordiais da incerteza existencial, consoante assinala Bauman<sup>131</sup> — como o estado natural da humanidade.

A fonte da insegurança, porém, é insistentemente atribuída à violência, à criminalidade, e não às condições precárias de vida. Bauman encontra a explicação deste fenômeno no fato de que, como a política continua a ser local, há uma inclinação das elites políticas em desviar a causa mais funda de ansiedade (a experiência da incerteza e insegurança individuais) para a preocupação generalizada com ameaças à segurança<sup>132</sup>. Só assim seu poder é reafirmado. O tráfico de drogas está no centro da interseção entre a insegurança e a criminalidade. Além disso, permite que a revolta popular se volte contra as classes marginalizadas, que são aquelas que, em sua maioria, sobrevivem dele.

O combate ao tráfico de drogas de maneira militarizada pressupõe outro processo ideológico: a demonização, que é erguida sobre o discurso médico e sobre o discurso bélico de segurança pública. Pode-se, aqui, traçar novo paralelo com o Holocausto, na medida em que um dos efeitos da ação burocrática, que se encarregou de promover o genocídio de judeus com bastante eficiência, é a desumanização dos objetos da ação burocrática, como frisa Bauman<sup>133</sup>. Na campanha ideológica no nacional-socialismo, era preciso desvincular a condição do judeu da condição de ser humano. Não eram seres humanos, logo podiam ser exterminados. A demonização, segundo Young, pressupõe a essencialização do outro. A essencialização é uma estratégia importante de exclusão, que consiste na percepção de que as condutas desviantes são atributos de grupos sociais determinados, distintos do nosso<sup>134</sup>.

A demonização do criminoso, conforme explicação de Young, implica tirar o crime do seu contexto estrutural, para que a responsabilidade seja repartida nos próprios

---

<sup>130</sup> Cf. COIMBRA, C. M. B. *Produzindo o mito da “guerra civil”: naturalizando a violência*. In BAPTISTA, M., CRUZ, M. S. e MATIAS, R. (orgs). *Drogas e Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Ed. Uerj, 2003, vol. 2, p. 165.

<sup>131</sup> BAUMAN, *Em busca da política*, cit., p. 35.

<sup>132</sup> *Idem*, pp. 57-58.

<sup>133</sup> Cf. BAUMAN. *Modernidade...*, cit., p. 126.

<sup>134</sup> YOUNG, op. cit., pp. 156-157.

grupos<sup>135</sup>. Demais disso, a demonização contribui para a difusão do medo do caos e da desordem, que, por sua vez, tem servido historicamente para detonar estratégias de neutralização e disciplinamento planejado do povo brasileiro, de acordo com a arguta percepção de Vera Malaguti, que arremata com a dura, porém exata assertiva de que “sociedades rigidamente hierarquizadas precisam do cerimonial da morte como espetáculo de lei e ordem. O medo é a porta de entrada para políticas genocidas de controle social”<sup>136</sup>. “O processo de demonização do tráfico de drogas — prossegue Vera Malaguti — fortaleceu os sistemas de controle social, aprofundando seu caráter genocida”, focado nas classes excluídas, “sejam eles jovens negros e pobres das favelas do Rio de Janeiro, camponeses colombianos ou imigrantes indesejáveis no hemisfério Norte. Eles são os novos inimigos, socialmente construídos, da pós-modernidade”<sup>137</sup>.

Os efeitos dos discursos oficiais não se restringem à esfera legislativa de cada país, mas operam seus efeitos também no plano da segurança pública interna. O endurecimento legislativo, incorporado por todos os países da América Latina, sem exceções, no âmbito da legislação penal, fornece o instrumental teórico para que as forças policiais e militares apliquem suas táticas de guerra nos campos e nas ruas das cidades latino-americanas. Em todos os países do nosso continente, o tráfico de drogas é uma atividade que envolve as populações pobres, normalmente segregadas nos guetos urbanos. Como explica Salo de Carvalho, a doutrina de segurança nacional instaura um modelo repressivo bélico de política criminal que legitima o genocídio. A parte seguinte é a escolha dos clientes do genocídio. “Selecionado o público que ingressará no sistema penal — observa o professor gaúcho — coloca-se em prática a lógica de guerra permanente e um direito penal cuja estrutura está alicerçada no medo e no terror”<sup>138</sup>.

Os exemplos da política genocida de controle social são muitos. No início de 2004, o governo do Estado do Rio de Janeiro iniciou uma operação batizada de “Pressão Máxima”, que consistia na ocupação sistemática de favelas. Em 11 de março de 2004, noticiava-se que “Pressão Máxima já matou 61”<sup>139</sup>, o que contribuía para que a polícia

---

<sup>135</sup> *Idem*, pp. 166.

<sup>136</sup> BATISTA, V. M. O Medo..., cit., pp. 52-53.

<sup>137</sup> Cf. BATISTA, V. M. *A construção do transgressor*. In BAPTISTA, M., CRUZ, M. S. e MATIAS, R. (orgs). *Drogas e Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Ed. Uerj, 2003, vol. 2, p. 162.

<sup>138</sup> CARVALHO, op. cit., p. 148.

<sup>139</sup> *Jornal do Brasil*, edição de 11 de março de 2004, p. A13. Na época, o então secretária de Segurança Pública Anthony Garotinho justificou sua política de confronto com a afirmativa de que “a polícia não vai fazer papel de banana” (cf. *O Globo*, 24 de janeiro de 2004, p. 16).

do Rio de Janeiro fosse considerada a mais violenta do país, registrando, somente em 2003, a morte de 1.195 pessoas, sendo que em 83% dos casos não houve testemunhas e 65% das vítimas não tinham antecedentes criminais<sup>140</sup>.

Paralelamente, está em funcionamento o projeto de encarceramento maciço desta mesma população que é exterminada diariamente. Delitos envolvendo drogas já são os terceiros no *ranking* das estatísticas de ocorrências policiais registradas pelas Polícias Civis dos Estados da Federação, perdendo apenas para a lesão corporal e para os crimes contra o patrimônio. Somente em 2001, 8.231 ocorrências relativas a drogas foram registradas no Estado do Rio de Janeiro, correspondendo a 56,5 ocorrências por 100.000 habitantes. Estes números revelam uma média de 685,91 ocorrências por mês. A média aumentou em 2002: 8.407 ocorrências registradas no ano, o que corresponde a 57,1 ocorrências por 100.000 habitantes e 700, 58 ocorrências por mês. Em 2003, novo aumento: 8.861 ocorrências registradas, o que significa 59,6 ocorrências por 100.000 habitantes e 738,42 ocorrências por mês<sup>141</sup>. É, de fato, um fantástico projeto de encarceramento, que aumenta proporcionalmente, ano a ano.

Tanto melhor que assim seja — pensam os conservadores das políticas de “lei e ordem” — pois, se é verdade que as drogas conferiram aos E.U.A. um pretexto para interferir politicamente nos países da América Latina, não é menos verdadeiro que as classes dominantes de cada país encontraram neste “problema de saúde pública” o motivo ideal para lançar a grande rede do controle social<sup>142</sup>. A criminalização das drogas, como vimos com Vera Malaguti Batista, permite não só encarcerar os jovens pobres, como também a aplicação dos mais ferozes instrumentos investigativos, tais como busca e apreensões nas favelas e escutas telefônicas. Existe alguma coisa melhor do que poder espionar, *oficialmente*, o inimigo? É imensurável a ajuda que o combate às drogas concedeu às elites, para neutralizar qualquer anseio revolucionário porventura existente de uma classe oprimida que jamais terá uma existência econômica apreciável, a permanecer o modelo atualmente instalado. Eis a “funcionalidade mítica da droga para

---

<sup>140</sup> Conforme noticiado em 29 de junho de 2004, pelo jornal O Globo (p. 15), em matéria intitulada “Polícia do Rio é a que mais mata civis no país”.

<sup>141</sup> Dados extraídos do *site* do Ministério da Justiça na *internet* ([www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)). Os números relativos ao Estado de São Paulo são mais expressivos: considerado o período de 2001 a 2003, foram registradas em média 33.382 ocorrências, por ano, relacionadas a drogas, o que, proporcionalmente, significa 87,13 ocorrências por 100.000 habitantes.

<sup>142</sup> Luís Francisco Carvalho Filho, a respeito, convida à reflexão: “pense-se em como a criminalização das drogas é diariamente utilizada como pretexto para o exercício da vigilância” (*Mídia, violência e sistema penal*, in RBCCrim, São Paulo, RT, jan.-mar./03, n° 42, p. 252).

o exercício daquele controle social penal máximo sobre as classes marginalizadas”, mencionada por Nilo Batista<sup>143</sup>. No dizer de Salo de Carvalho, “economicamente, percebemos que a ‘guerra às drogas’ tem a função de ocultação dos desequilíbrios e conflitos entre classes”<sup>144</sup>.

Nada se compara, contudo, ao poder de extermínio impune propiciado pela repressão ao tráfico de entorpecentes. Nas cidades brasileiras, as diligências policiais contam um número assustador de jovens mortos, cujas almas se esgotam nos “autos de resistência”. A cada investida policial numa favela, três, quatro ou até mais adolescentes e jovens perdem suas vidas. E os jornais, no dia seguinte, confortavelmente publicam que eram traficantes, embora raramente exista alguma testemunha para dizê-lo, como as estatísticas relativas aos autos de resistência eloqüentemente demonstram.

No Brasil, a “guerra contra as drogas” é assim. A polícia mata por atacado. Não importa, pois no jornal constará que eram traficantes. Dependendo das circunstâncias, prisões são realizadas. Estes jovens criminalizados são processados rapidamente e, com poucas chances de defesa, condenados a penas elevadas. Volta e meia, algumas vezes clamam pela intervenção do Exército nas ruas dos centros urbanos, o que representa o expoente máximo da militarização da segurança pública, que o Estado empreendeu em nome da luta contra as drogas. No plano legislativo, a bancada policialesca do Congresso Nacional freqüentemente agita o cenário com alguma investigação sobre drogas, como ocorreu com a badalada e inquisitorial CPI do Narcotráfico. Combater as drogas é garantia de votos.

Mas, estranhamente, o tráfico ou o consumo de drogas não diminui, o que indica veementemente que todas as medidas, legislativas, militares ou policiais são apenas simbólicas, que escondem o que verdadeiramente está em jogo: o controle penal da população pobre.

Além disso, outra realidade fica devidamente na sombra dos discursos oficiais: a de que inúmeras substâncias químicas necessárias para a produção da cocaína eram importadas pela América Latina. Noam Chomsky relata que o assessor de política sobre drogas do Serviço de Pesquisa do Congresso, Rafael Pearl, no final da década de 80, calculava que “mais de 90% dos produtos químicos usados na produção de cocaína fossem provenientes dos Estados Unidos”. Não bastasse isto, poucos meses antes da

---

<sup>143</sup> BATISTA, op. cit., p. 143.

<sup>144</sup> CARVALHO, op. cit., p. 179.

declaração de guerra às drogas, “a polícia colombiana informou haver capturado 1,5 milhão de galões dessas substâncias (éter e acetona), muitas delas encontradas em tambores que exibiam a logomarca de empresas norte-americanas”. Para arrematar, Noam Chomsky aduz que “um estudo da CIA concluiu que as exportações estadunidenses desses produtos químicos para a América Latina ultrapassaram em muito as quantidades utilizadas para qualquer fim comercial legítimo”. A despeito dessa realidade brutal, “a maioria dos escritórios do DEA tinha apenas um agente trabalhando nos desvios de produtos químicos”<sup>145</sup>. Por outro lado, o relatório de 2003 do *International Narcotics Control Board* revelou que, segundo as estimativas mais realistas, cerca de 10.000 toneladas de maconha foram produzidas no território norte-americano, ao passo que a quantidade oriunda de países estrangeiros, notadamente do México, correspondeu a cerca de metade<sup>146</sup>. Os E.U.A., portanto, além de serem os maiores financiadores do tráfico de drogas, pois são o país que mais as consome — e ainda assim utilizam o seu combate para lançar seus tentáculos na América Latina — contribuem em boa medida para a produção dessas substâncias.

Esta pequena retrospectiva está longe de esgotar todas as iniciativas governamentais, nos E.U.A. e na América Latina, que versaram sobre o tema que ora nos ocupa. No entanto, ela nos permitiu perceber que a questão das drogas não é uma questão de saúde pública, mas uma “cruzada” política, econômica e social norte-americana, que é por nós encampada acriticamente, em razão da funcionalidade desta estratégia no que tange ao controle penal da população excluída. Muitas das polêmicas acerca do tráfico e do consumo de drogas não passam de mitos, invocados, em maior ou menor medida, quando politicamente necessário. Baste-nos lembrar que as mortes ocasionadas pelo consumo de maconha ou cocaína são infinitamente menores do que as ocasionadas pelo consumo de álcool, mas nem por isso existe ou existirá uma “guerra contra o álcool”. Por quê? Investigue o leitor quais são as maiores empresas mundiais produtoras de bebidas alcoólicas e descobrirá a resposta.

---

<sup>145</sup> CHOMSKY, op. cit., p. 155.

<sup>146</sup> Informações constantes do relatório da INCB de 2003, p. 50 (disponível no *site* [www.incb.org](http://www.incb.org)).

### **3. A evolução do procedimento penal relacionado ao tráfico de drogas (e condutas afins)**

Antes do surgimento da lei nº 5.726, de 29.out.71, o procedimento aplicável ao crime de tráfico de drogas era o ordinário, previsto nos artigos 394 e seguintes do Código de Processo Penal, que é o rito, no que tange aos crimes comuns (isto é, aquele para cuja prática não se exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo), que possibilita as maiores possibilidades de defesa ao réu.

O procedimento pode ser assim resumido: uma vez encerradas as investigações policiais — dentro do prazo de 10 dias, caso o inquérito policial tenha sido inaugurado pela prisão em flagrante do indiciado, ou este se encontrar preso preventivamente (assinale-se que, se o delito for de competência da justiça federal, o prazo para encerramento das investigações é de 15 dias, nos termos do que dispõe o art. 66 da lei nº 5.010/66), e de 30 dias, na hipótese de indiciado solto (cf. art. 10 CPP) — os autos do inquérito ou das peças de investigação são remetidos ao Ministério Público para que o Promotor de Justiça com atribuição, a) quando o caso for de difícil elucidação e não existirem elementos suficientes para o oferecimento de denúncia, requeira a realização de novas diligências policiais (art. 10, § 3º, CPP); b) requeira o arquivamento do inquérito policial (cf. arts. 18 e 28 CPP); ou c) ofereça denúncia, no prazo de 5 ou 15 dias, conforme o caso (cf. arts. 39, § 5º ou 46, CPP).

Oferecida a denúncia e encaminhada ao Fórum para livre distribuição a uma das Varas Criminais (nos Foros onde houver mais de uma vara especializada na matéria), os autos são submetidos à autoridade judiciária, que poderá a) rejeitar a denúncia, quando estiverem presentes um ou mais requisitos previstos no artigo 43 do Código de Processo Penal; ou b) recebê-la.

Recebida a inicial acusatória, o juiz “designará dia e hora para o interrogatório” (art. 394 CPP), determinando a citação do réu (ou sua requisição, caso se ache preso, nos termos do art. 360 CPP). Realizado o interrogatório, com observância aos artigos 185 a 196 do Código de Processo Penal, inicia-se o tríduo para o oferecimento da defesa prévia (art. 395 CPP), ocasião em que a defesa técnica do réu poderá, além de estabelecer suas linhas defensivas (caso assim deseje), requerer a realização de

diligências (art. 399 CPP)<sup>147</sup>, bem como arrolar testemunhas até o número máximo de oito (art. 398).

Segue-se, então, a realização da audiência de inquirição das testemunhas de acusação, dentro do prazo de 20 dias (réu preso) ou 40 dias (réu solto), como estabelece o artigo 401 do Código de Processo Penal, contados a partir do esgotamento do tríduo da defesa prévia (art. 401, parágrafo único, CPP). No mesmo prazo, contado a partir da realização da prova de acusação, deverá ser realizada a audiência de inquirição das testemunhas de defesa.

“Terminada a inquirição das testemunhas, as partes — primeiramente o Ministério Público ou o querelante, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, e, depois, sem interrupção, dentro de igual prazo, o réu ou réus — poderão requerer as diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução, subindo logo os autos conclusos, para o juiz tomar conhecimento do que tiver sido requerido pelas partes” (art. 499 CPP). Ao contrário do que sucede no requerimento de diligências do artigo 399 do Código de Processo Penal, nesta fase o juiz pode e deve analisar as providências requeridas pelas partes, no sentido de averiguar se sua necessidade surgiu ou não da instrução criminal.

Esgotados estes prazos sem qualquer requerimento ou realizadas as diligências requeridas e deferidas, abre-se vista dos autos para alegações finais, que deverão ser apresentadas primeiramente pelo Ministério Público e, depois, pela(s) defesa(s) do(s) réu(s), no prazo sucessivo de 3 dias (cf. art. 500, incs. I e III, CPP). Em seguida, os autos serão remetidos à autoridade judiciária para que a) determine a realização de novas diligências, “para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade” (cf. art. 502, que é de constitucionalidade duvidosa, pois representa clara violação ao sistema acusatório); ou b) prolate a sentença, condenando ou absolvendo o réu.

Eis, resumidamente, uma radiografia do procedimento ordinário, que até a edição da lei nº 5.726/71 era aplicável ao crime do artigo 281 do Código Penal. A partir de 29 de outubro daquele ano, contudo, o diploma aludido, não só agregou alguns

---

<sup>147</sup> Cujá conveniência não pode ser questionada pelo juiz, que tampouco pode “exigir que a defesa demonstre sua necessidade”, já que se trata de “ato de discricionariedade das partes”, como entende pacificamente o Supremo Tribunal Federal (v., por exemplo, o HC nº 80.159-5/RJ, 2ª T., rel. Min. Nelson Jobim, j. 15.ago.00, D.J. 13.out.00, de onde foram extraídos os trechos entre aspas).

verbos ao tipo do artigo 281 do Código Penal, como majorou a pena máxima cominada (de 5 para 6 anos), criando um novo procedimento, mais abreviado.

O novo procedimento consistia no seguinte: na hipótese de prisão em flagrante do indiciado<sup>148</sup>, comunicada à autoridade judiciária, o juiz competente designava uma audiência de apresentação para as 48 horas seguintes (art. 15 da lei nº 5.726/71). Deveriam estar presentes na referida audiência de apresentação as testemunhas, o representante do Ministério Público, o réu e seu defensor (cf. art. 15, § 2º, da lei nº 5.726/71).

A referida audiência — quase uma espécie de juizado de instrução — não impedia que fossem realizadas, simultaneamente, as diligências “necessárias ao esclarecimento do fato, inclusive a realização do exame toxicológico” (art. 15, § 3º, da lei nº 5.726/71). Estando todos presentes, o juiz concedia a palavra ao Ministério Público, para que, em 15 minutos, formulasse oralmente a acusação (reduzindo-se tudo a termo). Logo após, recebida a acusação (que podia ser rejeitada, com base no art. 43 e seus incisos, do CPP, em virtude da aplicação subsidiária deste diploma, nos termos do art. 14 da lei nº 5.726/71), o juiz procedia ao interrogatório do réu e à inquirição das testemunhas do flagrante (art. 16 da lei nº 5.726/71).

Caso o auto de prisão em flagrante não fornecesse base para a acusação, o Ministério Público podia, abstendo-se de oferecer a denúncia oral, requerer o arquivamento do inquérito policial ou sua devolução para a delegacia, de modo a realizarem-se mais diligências investigatórias (cf. art. 16, parágrafo único, da lei nº 5.726/71). Retornando os autos ao Ministério Público, e desta vez havendo elementos para o oferecimento de denúncia, o procedimento passava a ser o sumário (arts. 539 ss CPP), aplicável aos crimes não apenados com reclusão, embora ao delito do artigo 281 do Código Penal fosse cominada pena de reclusão. Aliás, havia a previsão de aplicação direta do procedimento sumário nas hipóteses em que não se realizasse a prisão em flagrante do indiciado e posterior acusado (art. 21 da lei nº 5.726/71).

Encerrada a audiência de apresentação, abria-se o prazo *comum* de 3 dias para as seguintes providências: a) o oferecimento de novo rol de testemunhas pelo Ministério

---

<sup>148</sup> A lei criou uma espécie de “seguro excesso de prazo”, ao estabelecer que não seria relaxada a prisão em flagrante “em consequência do retardamento, pela autoridade policial ou judiciária, da prática de qualquer ato”, que, “sendo anterior à apresentação do réu a juízo, tiver sido recebida a acusação do Ministério Público” (cf. art. 19, inc. I, da lei nº 5.726/71), ou, “sendo posterior ao recebimento da acusação, estiverem os autos preparados para sentença” (art. 19, inc. II).

Público, até o máximo de cinco, incluídas neste número as testemunhas do flagrante (àquela altura já devidamente inquiridas), bem como a produção de quaisquer outras provas (art. 17, inc. I, da lei nº 5.726/71); e b) o oferecimento, por parte do defensor do réu, de defesa escrita, do rol de testemunhas (que já não eram mais as oito de procedimento ordinário, mas apenas cinco) e o requerimento de produção de quaisquer outras provas (art. 17, inc. II), ressalvada a possibilidade de indeferimento das provas com caráter meramente protelatório (art. 17, parágrafo único, da lei nº 5.726/71).

Em seguida, alcançava-se a fase do despacho saneador, na qual o juiz, no prazo de 48 horas, além de suprir eventuais nulidades, fazia valer seus poderes instrutórios, a fim de ordenar a realização das “diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade” (cf. art. 18 da lei nº 5.726/71). Em seguida, designava-se, “para um dos 8 (oito) dias seguintes, audiência de instrução e julgamento” (*idem*).

A audiência de instrução e julgamento se iniciava com a inquirição das testemunhas, não esclarecendo a lei se aquelas testemunhas do auto de prisão em flagrante, que haviam prestado depoimento na audiência de apresentação, deveriam repetir o ritual nesta fase. Após a inquirição das testemunhas, era dada a palavra, sucessivamente, ao Ministério Público e ao defensor do réu, pelo tempo de 20 minutos, prorrogáveis por mais 10 (a critério do juiz), tempo durante o qual deveriam ser formuladas as alegações finais orais (cf. art. 18, § 1º, da lei nº 5.726/71).

Encerrava-se a audiência de instrução e julgamento com a prolação da sentença, que poderia ser postergada para os 5 dias seguintes ao da audiência, caso o juiz não se sentisse habilitado a julgar imediatamente o caso (cf. art. 18, §§ 1º e 2º, da lei nº 5.726/71).

Já aqui se pode observar uma tendência que ficaria nítida com a edição da lei nº 6.368/76: a de aumentarem-se as penas dos crimes, abreviando-se, ao mesmo tempo e cada vez mais, o procedimento, quando deveria ocorrer justamente o oposto.

Eis que, ainda sob a égide de governos totalitários, surge a lei nº 6.368/76, que modifica a disciplina dos crimes e do procedimento a eles aplicável.

Quanto aos crimes, a figura do tráfico de drogas foi contemplada no artigo 12, que, além de agregar os verbos “remeter”, “fabricar”, “adquirir” e “prescrever” ao elenco herdado do artigo 281 do Código Penal (com a modificação instituída pelo art. 23 da lei nº 5.726/71), majorou sensivelmente a pena aplicada, que passou a ser de

reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa. A lei nº 6.368/76 contemplou, ainda, a figura da quadrilha, até então prevista no artigo 281, § 5º, do Código Penal (que, por incrível que pareça, tinha uma pena mais severa do que a do próprio tráfico de drogas<sup>149</sup>), ao dispor em seu artigo 14 sobre a associação estável<sup>150</sup> de agentes para a prática dos crimes de tráfico de drogas e assemelhados. A este delito foi cominada a pena, também assustadora, de reclusão, de 3 a 10 anos, e multa. Mesma pena era prevista para o delito de “fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação (...) de substância entorpecente (...) sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (art. 13 da lei nº 6.368/76).

O procedimento criminal, aplicável somente aos delitos dos artigos 12, 13 e 14 da lei nº 6.368/76<sup>151</sup>, pode ser sintetizado da seguinte forma: uma vez preso em flagrante o indiciado<sup>152</sup>, o artigo 21 da lei nº 6.368/76 manda que a autoridade policial remeta os autos, no prazo de 5 dias (30 dias em caso de indiciado solto, de acordo com o art. 21, § 1º, da lei nº 6.368/76), para o juiz competente, que deverá remetê-los ao Ministério Público, a cujo representante designado incumbe oferecer denúncia, arrolando até o máximo de 5 testemunhas e requerendo diligências (art. 22).

Seguem os autos conclusos para o juízo de recebimento da denúncia. Recebida a exordial, o juiz determinará a citação ou requisição do réu para comparecimento ao interrogatório, que deve se realizar dentro dos 5 dias seguintes (art. 22, § 3º). Realizado o interrogatório, “será aberta vista à defesa, para, no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações preliminares, arrolar testemunhas até o máximo de 5 (cinco) e requerer as diligências que entender necessárias” (art. 22, § 6º).

---

<sup>149</sup> Enquanto o delito do art. 281 CP (já com a redação que lhe deu a lei nº 5.726/71) previa uma pena de reclusão, de 1 a 6 anos, e multa, o crime de quadrilha ou bando de traficantes (art. 281, § 5º, CP) previa uma pena de reclusão, de 2 a 6 anos, e multa.

<sup>150</sup> “Estável”, para desgosto do legislador, pois a inserção do elemento temporal “reiteradamente ou não” sugeria claramente que a intenção era de punir mesmo as quadrilhas mais eventuais, o que, felizmente, jamais vingou na doutrina e na jurisprudência.

<sup>151</sup> Isto porque os crimes dos artigos 15, 16 e 17 da lei de tóxicos, após a edição da lei nº 10.259/01, passaram a ser indubitavelmente da competência dos juizados especiais criminais, sendo-lhes aplicável, além da fase preliminar (arts. 69 a 76, da lei nº 9.099/95), o rito sumaríssimo previsto nos artigos 77 e seguintes do mesmo diploma.

<sup>152</sup> Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante (e do oferecimento da denúncia), é prova suficiente da materialidade o laudo, firmado por perito oficial (ou por pessoa idônea, de preferência habilitada tecnicamente) de constatação da natureza da substância, nos termos do art. 22, § 1º, da lei nº 6.368/76.

O rito que, até então, parecia-se com o ordinário, a partir desta fase aproxima-se do rito previsto na lei nº 5.726/71, eis que, após as alegações preliminares, o juiz, no prazo de 48 horas, deve proferir o despacho saneador já previsto anteriormente no artigo 18 da lei revogada (cf. art. 23 da lei nº 6.368/76), designando a audiência de instrução e julgamento para um dos 8 dias seguintes (este prazo dilata-se para 30 dias, caso seja a hipótese de realização do exame de dependência toxicológica, cf. art. 23, § 1º). A audiência de instrução e julgamento repete o modelo da lei nº 5.726/71 (inquirição de testemunhas, alegações finais orais pelo mesmo tempo e sentença, cf. art. 23, § 2º), inclusive quanto à previsão de impossibilidade de imediata prolação da sentença (art. 23, § 3º).

A lei nº 8.072/90 fez acrescentar um parágrafo único ao artigo 35 da lei nº 6.368/76, que dispõe que “os prazos procedimentais deste Capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes previstos nos arts. 12, 13 e 14”, aplicável no que tange à verificação de excesso do prazo de duração da prisão cautelar. Para se defender, o réu conta com prazos exíguos; para ficar preso, os prazos podem ser contados em dobro. Todo cuidado é pouco...

O número de audiências, cotejando-se o procedimento da lei nº 5.726/71 e o da lei nº 6.368/76, permaneceu o mesmo (duas). Houve, contudo, com a sucessão das leis, um aperfeiçoamento, pois, segundo o modelo anterior, a prova acusatória era realizada em duas etapas (iniciando-se na audiência de apresentação e findando-se na audiência de instrução e julgamento), o que à toda evidência não é de melhor técnica. Na lei nº 6.368/76, a produção da prova de acusação (como, de resto, da prova de defesa também) ficou concentrada na audiência de instrução e julgamento. Não nos esqueçamos que a lei nº 5.726/71, em duas hipóteses, fazia remissão ao rito sumário, previsto nos artigos 539 e seguintes do Código de Processo Penal. O rito sumário, grosseiramente, é composto por três audiências (interrogatório do réu, prova de acusação e audiência de instrução e julgamento).

Sendo assim, pode-se concluir que o rito instituído pela lei nº 6.368/76 abreviou um pouco mais o processo dos réus acusados de tráfico de drogas e condutas assemelhadas. A abreviação do rito, contudo, não é o detalhe mais marcante da lei nº 6.368/76. O detalhe mais marcante, que mostra muito bem o caráter repressivo da legislação tanto no âmbito do direito material quanto em âmbito processual, é que o

legislador de 1976 não estabeleceu um rito mais garantidor ao acusado, embora tenha cominado penas gravíssimas para os crimes de tráfico de drogas, de posse ou guarda de instrumental destinado à produção de drogas e da associação estável para a prática do tráfico de drogas e afins. Não seria estranho que o legislador, ao prever uma pena gravíssima aos delitos em questão, condicionasse a aplicação desta pena gravíssima à prática de vários atos, encadeados entre si com observância de prazos razoáveis, ao final dos quais a culpa ou a inocência do réu ficasse completamente livre de dúvidas e o juiz tivesse a serenidade necessária para decidir num ou noutro sentidos. Mas o discurso oficial não permitia, como não permite, tais temperamentos.

Surge, então, a lei nº 10.409, de 11.jan.02, que renovaria, não tivesse sido ela abundantemente vetada, a disciplina legal no que tange ao problema das drogas. Todavia, analisemos o procedimento penal, que não foi vetado pela Presidência da República. Antes de qualquer coisa, o artigo 27 da nova lei deixa claro que o procedimento que virá a seguir aplica-se “aos processos por crimes definidos nesta Lei”, com a utilização subsidiária do Código Penal, Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Não há, contudo (e felizmente), nenhum crime previsto na lei nº 10.409/02, o que, por si só, torna questionável a subsistência do novo procedimento penal.

A parte procedimental da lei nº 10.409/2002 vinculada “aos processos por crimes definidos nesta Lei” é aquela contida somente no Capítulo IV, denominado impropriamente “Do Procedimento Penal”. A denominação é imprópria porque a expressão “procedimento penal” — sinônimo de “rito”, na técnica processual, designando a seqüência de atos processuais realizados em juízo — foi utilizada para abrigar toda a parte atinente à tramitação do inquérito policial e diligências investigatórias. Deste modo, é inaplicável aos crimes da lei nº 6.368/76 apenas esta parte policial da nova lei, uma vez que a garantia do procedimento penal tipificado, emanção do princípio constitucional do devido processo legal, impede “a inversão da ordem processual ou **a adoção de um procedimento por outro**”<sup>153</sup>. O Capítulo V (art. 37 ss da lei nº 10.409/2002), também impropriamente denominado “Da Instrução Criminal” (pois designa todo o procedimento em juízo, até a prolação da sentença, sendo que, na tradição processual penal, “instrução criminal” significa a parte do

---

<sup>153</sup> FERNANDES, A. S. Processo Penal Constitucional. São Paulo: RT, 1999, p. 105.

procedimento judicial em que se dá apenas a colheita das provas), não possui a cláusula vinculante do capítulo anterior, o que levou a doutrina majoritária até o momento a postular sua aplicabilidade aos crimes previstos na lei nº 6.368/76. Evidentemente, não foi este o objetivo do legislador. Talvez a intenção fosse criar um capítulo destinado ao “procedimento penal”, no qual a primeira seção, abarcando os artigos 27 a 36 da lei nº 10.409/2002, seria intitulada “das providências investigatórias” e a segunda seção (arts. 37 a 45) seria chamada “do procedimento judicial”. O dispositivo genérico do atual artigo 27, que dispõe sobre o âmbito de aplicação de todo o procedimento, investigatório e judicial, estaria, logo no início, regendo toda a parte procedimental, conjuntamente. Tal como está, com apenas metade aplicável, a lei nº 10.409/2002 só tende a criar polêmicas, pois há dispositivos da parte inaplicável que conferem sentido a dispositivos da parte em tese aplicável, como, por exemplo, o artigo 37, inciso IV, que só pode ser compreendido com a leitura do art. 32, § 2º.

Prossigamos, descrevendo integralmente o novo procedimento. Havia uma previsão, no artigo 30 do PL nº 1.873/91 (com a incorporação do substitutivo do Senado Federal, tal dispositivo passou a figurar no art. 28, dos PLs nº 1.873-B/91 e nº 1.873-C/91<sup>154</sup>) de que “ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade policial, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, fará comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado”. Tal dispositivo, no entanto, foi vetado pela Presidência da República, por recomendação do então Ministro da Justiça, que ponderou com inteira propriedade o seguinte: “a Constituição exige, no art. 5º, LXII, que a prisão de qualquer pessoa seja imediatamente comunicada ao juiz competente. Por ser norma restritiva de direito, não pode o legislador ordinário ampliar-lhe o âmbito de aplicação. Além disso, com a ressalva do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, o veículo adequado para a alteração proposta seria projeto de emenda à Constituição” (cf. Mensagem nº 25, de 11.jan.02).

Concluído o inquérito policial — no prazo máximo de 15 dias, em caso de indiciado preso, e de 30 dias, quando solto, podendo tais prazos ser duplicados, “mediante pedido justificado da autoridade policial” (cf. art. 29 e parágrafo único da lei nº 10.409/02) — os autos devem ser remetidos ao juízo competente, “sem prejuízo da

---

<sup>154</sup> Para uma resenha do processo legislativo dos projetos de lei que resultaram nesta lei nº 10.409/2002, v. José Silva Júnior, A “nova” lei antidrogas. Boletim IBCCrim, São Paulo, fev.2002, ano 10, nº 111, pp. 11-12.

realização de diligências complementares destinadas a esclarecer o fato” (art. 31, *caput*, da lei nº 10.409/02), cujo resultado poderá ser juntado ao processo até “o dia anterior ao designado para a audiência de instrução e julgamento” (art. 31, parágrafo único, da lei nº 10.409/02).

“Recebidos os autos do inquérito policial em juízo, dar-se-á vista ao Ministério Público para que, no prazo de 10 (dez) dias, adote uma das seguintes providências” (art. 37, *caput*, da lei nº 10.409/02): a) requerer o arquivamento (inc. I)<sup>155</sup>; b) requisitar mais diligências investigatórias; c) oferecer denúncia, arrolando até 5 testemunhas e requerendo “as demais provas que entender pertinentes” (inc. III); ou d) deixar, justificadamente, de propor ação penal contra os agentes ou partícipes de delitos (inc. IV)<sup>156</sup>.

Uma vez oferecida a denúncia, dispõe o artigo 38 da lei nº 10.409/02 que a autoridade judicial deverá, antes de recebê-la, no prazo de 24 horas, ordenar a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias, “contado da data da juntada do **mandado**<sup>157</sup> aos autos ou da primeira publicação do edital de citação”, bem como deverá designar data e horário para o interrogatório do réu, que deverá ser realizado dentro dos 5 dias seguintes (caso esteja o acusado preso) ou dos 30 dias seguintes (caso esteja solto).

Na defesa prévia anterior ao recebimento da denúncia, que será mais detalhadamente estudada adiante, o defensor do réu, além de oferecer as exceções, argüir preliminares, oferecer documentos e justificações e indicar as provas que pretende produzir, deve “invocar todas as razões de defesa” (art. 38 da lei nº 10.409/02). Juntada aos autos a defesa, o juiz deve conceder vista do processo ao Ministério

---

<sup>155</sup> Caso a autoridade judiciária discorde da promoção de arquivamento, os autos são submetidos ao Procurador-Geral de Justiça, em sistemática idêntica à prevista no artigo 28 do Código de Processo Penal para qualquer inquérito policial (cf. art. 37, §§ 2º e 3º, da lei nº 10.409/02).

<sup>156</sup> O inciso citado, como dito acima, cuida de uma hipótese de arquivamento do inquérito policial. Sua compreensão pressupõe a leitura do artigo 32 e de seu § 1º, que foram vetados pela Presidência da República. O artigo 32 dispunha que “antes de iniciada a ação penal, o representante do Ministério Público ou o defensor poderão requerer o arquivamento do inquérito ou o seu sobrestamento, atendendo às circunstâncias do fato, à personalidade do indiciado, à insignificância de sua participação no crime, ou à condição de que o agente, ao tempo da ação, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, em razão de dependência grave, comprovada por peritos”. A redação do § 1º era, por sua vez, a seguinte: “a solicitação, qualquer que seja a natureza ou a fase do processo, também poderá se basear em qualquer das condições previstas no art. 386 do Código de Processo Penal”.

<sup>157</sup> Deixemos a referência a “mandato”, constante do artigo 38 da lei nº 10.409/2002, na conta do entusiasmo dos parlamentares que discutiram a lei.

Público, para que, no prazo de 5 dias, manifeste-se a respeito do teor da peça defensiva (cf. art. 38, § 4º, da lei nº 10.409/02).

Não obstante recente, a lei nº 10.409/2002 já gera outra discussão no que pertine à alusão, constante do artigo 38, *caput*, à designação de “dia e hora para o interrogatório” do réu. O referido dispositivo, como vimos, cuida das providências anteriores ao recebimento da denúncia, isto é, anteriores à instauração completa da ação penal. Sendo assim, a menção à designação de data para a realização do interrogatório do réu no artigo 38, *caput*, poderia fazer crer que se trata do interrogatório a ser realizado no início da audiência de instrução e julgamento (art. 41), estando implícito que tal providência é de ser adotada somente na hipótese de ser a denúncia recebida. Como diz Eduardo Reale Ferrari<sup>158</sup>, “não há sentido (...) na exigência de um interrogatório judicial antes do recebimento da denúncia, sendo a última parte do art. 38 um equívoco legislativo, porquanto suficiente será a prova técnica insculpida na defesa escrita”<sup>159</sup>.

Parece estar com a razão, contudo, a corrente que preceitua a existência de dois interrogatórios no procedimento da lei nº 10.409/2002 — um antes do recebimento da denúncia e o outro, no início da audiência de instrução e julgamento<sup>160</sup>. O interrogatório do acusado, inequivocamente um meio de defesa, agrega-se à defesa escrita, no objetivo de convencer o juiz que a denúncia deve ser rejeitada ou da inocência que ao final da instrução criminal será confirmada. Como explica Jorge Vicente Silva, “o interrogatório previsto no art. 38 (...) tem por finalidade a colheita do depoimento pessoal do acusado, cuja prova também poderá servir para embasar o juiz quanto ao recebimento ou rejeição da denúncia”<sup>161</sup>.

É bem verdade que escapa à cultura processual penal brasileira a inquirição judicial de um mero denunciado, mas nem por isto deve ser refutado tal entendimento. Não nos esqueçamos que, como ensina Karl Larenz, “entre os princípios ético-jurídicos,

---

<sup>158</sup> FERRARI, op. cit., p. 292.

<sup>159</sup> No mesmo sentido, da existência de somente um interrogatório na nova lei, v. Marcão, R. F. *Anotações pontuais sobre a Lei 10.409/2002 (nova lei antitóxicos) – procedimento e instrução criminal*, in RT 797/492-505; e Guimarães, I. S. *Tóxicos: Comentários, Jurisprudência e Prática*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 218.

<sup>160</sup> Neste sentido, v. Rios Gonçalves, V. E. *Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70; Carvalho Pacheco, J. E. *Tóxicos*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 54; Vicente Silva, J. *Tóxicos: Manual Prático*. Curitiba: Juruá, 2003, pp. 137-138; e Chemin Guimarães, R. R. *A nova lei de tóxicos – lei 10.409/2002 – aspectos polêmicos*. In *Revista dos Tribunais*, volume 813, p. 487.

<sup>161</sup> VICENTE SILVA, op. cit., p. 139.

aos quais a interpretação deve orientar-se, **cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional**. Estes são, sobretudo, **os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição**<sup>162</sup>. Um dos direitos individuais consagrados na Constituição da República é o da amplitude de defesa (art. 5º, LV). A interpretação do artigo 38, *caput*, da lei nº 10.409/2002 que mais o harmoniza com este princípio constitucional é a de que o denunciado deve ser ouvido pelo juiz antes do recebimento da denúncia. Larenz esclarece que a interpretação conforme a Constituição “não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei”<sup>163</sup>. Em nenhum momento o entendimento de que a nova lei estabeleceu dois interrogatórios fere o sentido literal do artigo 38, *caput*, da lei nº 10.409/2002, ou seu contexto, que é o de estabelecer um contraditório prévio ao recebimento da denúncia.

Prossigamos. Dependendo do teor da defesa (escrita e oral) e da manifestação ministerial, o juiz — antes de apreciar a denúncia, tudo leva a crer —, “se entender imprescindível, determinará a realização de diligências, com prazo máximo de 10 (dez) dias” (cf. art. 38, § 5º, da lei nº 10.409/02). Este dispositivo indica que, mesmo passados 15 anos desde a promulgação da Constituição da República, o legislador ainda não se acostumou com os postulados do sistema acusatório.

Segue-se, então, a fase de apreciação da denúncia. Recebida a inicial, “o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, e ordenará a intimação do acusado, do Ministério Público e, se for o caso, do assistente” (art. 40 da lei nº 10.409/02). A audiência de instrução e julgamento se processa de maneira idêntica à prevista na lei nº 5.726/71, com a ressalva de que todos os atos instrutórios estão concentrados nesta fase: em primeiro lugar, o segundo interrogatório do acusado; em segundo lugar, inquirição das testemunhas (de acusação e de defesa, nesta ordem); em terceiro lugar, alegações finais orais pelo tempo de 20 minutos, prorrogáveis por mais 10, iniciando-se pela sustentação da acusação; e, em quarto e último lugar, a prolação da sentença (art. 41 da lei nº 10.409/02). Caso o juiz não esteja preparado para prolatar sua decisão de mérito, poderá fazê-lo nos 10 dias seguintes (art. 41, parágrafo único).

---

<sup>162</sup> Cf. LARENZ, K. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamego. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997, p. 479 (grifos nossos).

<sup>163</sup> *Idem*, pp. 480-481.

O atual procedimento, cuja aplicabilidade aos processos pela infração aos delitos dos artigos 12, 13 e 14 da lei nº 6.368/78 ainda é duvidosa, conseguiu concentrar toda a fase instrutória apenas num único ato processual. A única novidade bem-vinda foi a instituição da defesa prévia anterior ao recebimento da denúncia. Mesmo assim, esta novidade legislativa raramente importará em algum benefício real ao acusado, uma vez que os delitos de tráfico de drogas e assemelhados são praticamente indefensáveis. Da mesma forma, os réus são normalmente pessoas pobres, que sempre terão muitas dificuldades em arregimentar provas.

É significativo o fato de que o procedimento penal relativo aos crimes de drogas ilícitas tenha, durante os anos, paulatinamente sido cada vez mais abreviado, na razão direta do interesse que a comunidade internacional e a imprensa vêm dedicando ao assunto. Como explica Dinamarco, “as diferenças de procedimento refletem, somente, o juízo do legislador sobre a forma e intensidade de participação do próprio agente do poder e das pessoas interessadas”<sup>164</sup>. Pode-se concluir, que, para o legislador, esta sumarização significa respostas rápidas à demanda social sobre o crime, sem falar nas exigências midiáticas de divulgação do crime<sup>165</sup>. Nilo Batista explica que uma das conseqüências da fé na equação penal (“se houve delito, tem que haver pena”), “reside no incômodo gerado pelos procedimentos legais que intervêm para a atestação judicial de que o delito efetivamente ocorreu e de que o infrator deve ser responsabilizado penalmente por seu cometimento. Tensões graves se instauram entre o delito-notícia, que reclama imperativamente a pena-notícia, diante do devido processo legal (apresentado como um estorvo), da plenitude de defesa (o *locus* da malícia e da indiferença), da presunção de inocência (...) e outras garantias do estado democrático de direito, que só liberarão as mãos do verdugo quando o delito-processo alcançar o nível de delito-sentença”<sup>166</sup>, com uma condenação, de preferência. João Ricardo W. Dornelles, por seu turno, observa que “o eficientismo penal busca dar celeridade à resposta penal para os conflitos sociais, renunciando às garantias legais processuais da

---

<sup>164</sup> Cf. DINAMARCO, C. R. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79 (nota de rodapé nº 17).

<sup>165</sup> A leitura do artigo 41, § 1º, inc. I, do PL nº 7.134/02, em vias de aprovação, que preconiza que um dos **efeitos do recebimento da denúncia** será a **prisão preventiva do acusado**, deixa evidente a importância do fetiche da resposta imediata.

<sup>166</sup> BATISTA, N. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*, in RBCCrim. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./03, nº 42, pp. 245-246.

tradição do direito penal liberal e presentes nos princípios constitucionais modernos e nos tratados internacionais”<sup>167</sup>.

Os anseios conservadores de endurecimento penal procuram se aproveitar de alguns postulados da matriz metodológica da instrumentalidade, que, na dicção de Dinamarco, “vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores”<sup>168</sup>. O problema é que estas pressões axiológicas exteriores, no que tange ao processo penal, estão impregnadas da idéia de que o processo deve ser ligeiro, eficiente, para evitar-se a impunidade de criminosos. Impõe-se a noção de que o processo penal (*rectius*, a atividade jurisdicional penal) possui uma missão social de servir como instrumento de conquista da confiança da sociedade nas agências estatais, através da demonstração de sua efetividade. Em outras palavras, acredita-se que o processo deve, através de sua eficiência, conquistar a confiança da sociedade. Na verdade, trata-se de um equívoco: a jurisdição penal, ainda que seja uma atividade estatal, não deve ter sua legitimidade aferida com base em sua efetividade, mas sim com base na capacidade que possui, através dos mecanismos legalmente instituídos, de refrear o poder punitivo, pois é este o seu objetivo no Estado democrático de direito. A partir do momento em que o processo começou a utilizar a rica tábua axiológica do *due process of law*, deixou de lado o caráter de simples ritual para encarnar a função de escudo do indivíduo contra o abuso estatal. Portanto, é o processo penal quem deve conseguir alcançar o reconhecimento, enquanto instituição, daqueles que se submetem a ele. É bem verdade que, no arbitramento de uma solução ao conflito penal, o processo penal jamais será o promotor da paz social. No entanto, quanto mais ele se legitimar perante aqueles que caem na sua malha, isto é, quanto mais o processo permitir que o indivíduo exponha livremente seus argumentos, menos crítica será sua relação com os jurisdicionados.

O processo penal deve ficar infenso às tolices conservadoras do tipo “brechas na lei”, que, uma vez exploradas, acarretam a impunidade de criminosos, razão pela qual deve ser alterada a lei, de modo que tais “brechas” sejam suprimidas. Isto não quer dizer, porém, que o processo penal deva ficar à margem das importantes conquistas metodológicas da instrumentalidade, que, neste particular, funciona como um

---

<sup>167</sup> DORNELLES, J. R. W. Conflito e Segurança – Entre Pombos e Falcões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 49.

<sup>168</sup> DINAMARCO, C. R. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

permanente lembrete ao operador do direito de que ele deve aperfeiçoar o processo e seus institutos. Deve, sim, se aperfeiçoar, através da incansável atividade dos seus operadores, mas sempre na direção da tutela da liberdade individual. Lamentavelmente, as últimas novidades legislativas, como esta lei nº 10.409/02, constituem um retrocesso inexplicável nesta evolução política em direção a um Estado capaz de afirmar sua autoridade, não pela força, mas por sua aptidão de prover os meios necessários ao desenvolvimento individual e coletivo. É triste constatar que, por ora, marchamos de volta para o passado.

E qual será o próximo passo? Neste ritmo, chegaremos brevemente ao dia em que não existirá procedimento nenhum para os crimes relacionados ao tráfico de drogas e aos demais cuja repressão esteja na ordem do dia. Tudo se processará entre os gabinetes do Juiz e do Promotor de Justiça, que já não necessitarão olhar nos olhos do pobre diabo submetido a julgamento. Hoje em dia, já são elogiadas pela mídia as iniciativas que tendem a desumanizar o processo. Estas medidas são normalmente relacionadas à inserção das conquistas informáticas nos atos do processo. Assim, aplausos para o juiz que, a mais de 400 quilômetros de distância do presídio onde o réu está preso, interroga-o de seu gabinete, olhando-o através de um monitor de TV, como se estivesse a assistir à sessão da tarde. Constrangimento do advogado, que não sabe onde deve ficar: ou perto do juiz, para que possa consignar seu protesto com maior eficiência (sabe-se lá se o juiz, após intervenção mais veemente do advogado, não vai desligar a TV?); ou perto do seu constituinte, impedido de ver a face de quem vai julgá-lo. Nada disto importa, porque só naquela audiência foram economizados alguns reais com deslocamento de policiais (que, deste modo, podem estar nas ruas, prendendo bandidos), viaturas etc.

O procedimento previsto na lei nº 10.409/02 após o recebimento da denúncia, com sua audiência única, lembra o procedimento sumaríssimo dos juizados especiais criminais. Há, contudo, uma diferença enorme: o réu do crime de menor potencial ofensivo, se condenado, amargará, na pior das hipóteses, uma condenação máxima de 2 anos. O réu do crime de tráfico de drogas, por outro lado, está sujeito a condenações que podem alcançar até 15 anos de reclusão (a serem cumpridos em regime integralmente fechado, graças à lei de crimes hediondos). Será isto permitido pelo princípio constitucional do devido processo legal? Pode o legislador abreviar um procedimento,

independentemente das penas cominadas ao crime cuja persecução observará o novo procedimento abreviado?

Estas e outras questões serão respondidas a partir deste momento, em que se pretende fazer a análise de alguns aspectos relacionados ao procedimento penal previsto pela lei nº 10.409/02.

## 4. Algumas considerações a respeito do procedimento da lei nº 10.409/02

### 4.1. A defesa escrita anterior ao recebimento da denúncia

Como dito acima, a instituição da defesa escrita e do interrogatório do denunciado anteriores ao recebimento da denúncia talvez tenham sido as únicas inovações positivas da lei nº 10.409/2002<sup>169</sup>. Entre os muitos absurdos que a nova lei previa e prevê, a da defesa escrita e a inquirição do denunciado anteriores ao recebimento a denúncia são medidas que atendem à rápida resolução dos conflitos penais — na medida em que podem municiar o juiz com maiores elementos a respeito da inviabilidade da ação penal proposta —, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de uma ampla e eficaz defesa por parte do denunciado. São medidas, sem dúvida, saudáveis, desde sempre aspiradas pela doutrina processual nacional, que as incluam e incluem — ao menos no que tange à resposta escrita — em quaisquer anteprojetos e projetos de lei de reforma do Código de Processo Penal.

Todavia, há uma condição a ser observada. É necessário que ambas as medidas sejam aplicadas na prática em toda a sua amplitude, com estrita observância à sua finalidade, qual seja, de proporcionar a maior chance de defesa possível ao denunciado, evitando-se que a prática desnature ou burocratize estas etapas procedimentais, principalmente no que concerne ao interrogatório do denunciado (por exemplo: o segundo interrogatório não deve se tornar uma mera ratificação do primeiro).

A defesa escrita anterior ao recebimento da denúncia é instituto conhecido no direito processual penal pátrio. Já é aplicado, *verbi gratia*, no processo por crimes afiançáveis praticados por funcionários públicos (art. 514 ss CPP), nas ações penais por crimes de imprensa (art. 43 ss da lei nº 5.250/67) e nas ações penais de competência

---

<sup>169</sup> Esta medida, aliás, atende a uma tendência processual vista com bons olhos por Ada Pellegrini Grinover, que expressa sua opinião da seguinte forma: “em nosso entender, o procedimento comum deveria iniciar-se sempre por uma fase preliminar, em que se estabelece o contraditório sobre o recebimento da acusação, conduzido por juiz diverso do juiz do mérito” (*Procedimentos sumários em matéria penal*. GRINOVER, A. P. O Processo em Evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 276).

originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (art. 4º ss da lei nº 8.038/90), entre outros<sup>170</sup>.

É entendimento unânime que, na defesa escrita anterior ao recebimento da denúncia (independentemente do nome que a lei lhe atribua), pode o denunciado esgotar todas as razões de defesa. Na resposta escrita do funcionário público, leciona Eduardo Espínola Filho, “a manifestação do acusado pode visar, tanto à negação terminante da existência do ato, ou omissão argüidos, ou à demonstração de não constituir crime o fato imputado, por faltar-lhe algum elemento ou circunstância, essenciais à sua configuração legal, quanto à prova cabal de que, existindo infração penal, dela não participou o acusado, ou para ela concorreu, em condições tais que a própria lei lhe exclui, categoricamente, a criminalidade, a responsabilidade ou a punibilidade”<sup>171</sup>. Todavia, a defesa do denunciado terá efetividade desde que, segundo a observação de Antonio Scarance Fernandes, não proporcione “dilação probatória”, isto é, as alegações e os documentos aduzidos pelo denunciados “devem constituir prova suficiente da inviabilidade da acusação”<sup>172</sup>.

A referência de Espínola Filho à “responsabilidade ou a punibilidade” da infração indicam que todos os elementos do crime podem ser objeto da defesa escrita, e não somente a (a)tipicidade, a existência ou não de ação ou omissão ou a antijuridicidade. Esta é a razão pela qual o artigo 516 do Código de Processo Penal permite a rejeição da denúncia, quando o juiz estiver convencido da “improcedência da ação”, demonstrando que lhe é lícito fazer um julgamento antecipado do mérito da acusação em favor da defesa.

Quanto à impossibilidade de dilação probatória, o procedimento da lei nº 10.409/2002 inovou ao instituir a defesa escrita do denunciado. Permite a lei que o juiz realize diligências (art. 38, § 5º)<sup>173</sup>, após a defesa do denunciado e após a réplica do Ministério Público (art. 38, § 4º), “voltadas à formação da convicção do juízo no tocante

---

<sup>170</sup> Para um rol completo das hipóteses, v. Fernandes, A. S. A Reação Defensiva à Imputação. São Paulo: RT, 2002, pp. 172-174.

<sup>171</sup> ESPÍNOLA FILHO, E. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, vol. 5, p.1 81.

<sup>172</sup> FERNANDES, op. cit., pp. 169 e 170.

<sup>173</sup> Afirmamos anteriormente que este dispositivo é um ranço inquisitorial. E é mesmo, desde que as diligências sejam determinadas *de ofício*. A realização de diligências pelo juiz, nesta fase processual, é positiva, desde que e somente quando as tais diligências **sejam requeridas pelas partes**.

ao recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa”<sup>174</sup>, ou seja, que podem ter por objetivo a cabal comprovação de alguma alegação deficientemente deduzida ou demonstrada na defesa escrita ou oral do denunciado. Em outras palavras, está prevista uma fase de produção de prova, muito sumária, é bem verdade, mas está.

Como se disse, a exemplo do que ocorre com outras defesas anteriores ao recebimento da denúncia, a defesa escrita da lei nº 10.409/2002, “envolve o questionamento de toda e qualquer matéria defensiva”, inclusive “o mérito da acusação”<sup>175</sup>. Mas, repita-se, é importante que esta oportunidade conferida pela lei ao denunciado seja respeitada em sua inteireza, não caracterizando uma medida meramente simbólica, o que só poderá ser aferido no dia-a-dia do foro. Em todo o caso, qualquer tentativa de frustração à plena realização do exercício do direito de defesa, seja na defesa escrita, seja no interrogatório do denunciado, caracterizará nulidade absoluta, posto que atentatória à garantia constitucional da ampla defesa.

A imposição de defesa escrita anterior ao recebimento da denúncia exige inexoravelmente que a decisão que receba a exordial possua fundamentação vinculada. O juiz terá, caso se decida por instaurar a ação penal, que demonstrar como a acusação formulada pelo Ministério Público, globalmente considerada (levando-se em conta a moldura acusatória, os elementos informativos do inquérito policial, bem como as provas a serem realizadas na instrução criminal), pode ser capaz de demonstrar que a condenação do réu é um resultado possível, ou seja, terá que demonstrar como o conjunto acusatório pode confutar as razões defensivas. Ressalte-se que o juiz estará obrigado a isto, sem, contudo, poder aprofundar-se demais no exame das provas e indícios, característicos de uma decisão (prematura) de mérito. Agindo desta forma, o julgador estará não só abstendo-se de prejudicar o caso, como também estabelecendo os limites da acusação, evitando, na medida do possível, que o réu seja pego de surpresa com mudanças radicais no horizonte acusatório (algo que especialmente os tipos com múltiplos núcleos propiciam).

Neste sentido, esta opção da lei nº 10.409/2002 em estabelecer a defesa escrita antes do recebimento da denúncia representa mais um passo no sentido de exigir-se, para todo e qualquer procedimento, a fundamentação da decisão judicial que recebe a

---

<sup>174</sup> MARCÃO, R. F., *op. cit.*, p. 499.

<sup>175</sup> Marcão, R. F., *op. e loc. cit.*, p. 497. No mesmo sentido, Carvalho Pacheco, J. E. *In op. cit.*, p. 57; e Vicente Silva, J. *In op. cit.*, p. 138

denúncia, escoimando-se de vez mais este ranço inquisitorial do recebimento imotivado, que inacreditavelmente subsiste até hoje na prática processual penal brasileira, não obstante a claríssima redação do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República<sup>176</sup>.

Espera-se, também, que o exemplo fornecido pela lei nº 10.409/2002 sirva para corrigir de vez o entendimento corrente na jurisprudência de que, nos casos de crimes afiançáveis cometidos por funcionários públicos, quando a denúncia é precedida de inquérito policial, dispensa-se a defesa escrita prevista no artigo 514 do Código de Processo Penal. Já tivemos a oportunidade de sustentar o equívoco desta opinião<sup>177</sup>, e a partir da lei nº 10.409/2002, que instituiu a defesa escrita antes do recebimento da denúncia nos casos em que esta vem instruída pelo inquérito policial, não será muito difícil, analogicamente, fazer-se o mesmo com a fase procedimental do artigo 514 do diploma citado, mesmo quando a denúncia esteja amparada em autos de investigação policial.

Seja como for, é possível afirmar que a defesa prévia anterior ao recebimento da denúncia é medida bem inspirada pela instrumentalidade do processo. Em tempos nos quais se preconiza a eficiência da atividade judicial, nada mais coerente do que estabelecer uma oportunidade legal de demonstrar-se que o processo não deve ser instaurado. Nas palavras do já citado Scarance Fernandes, “a resposta da defesa antes de o juiz avaliar se receberá a denúncia ou queixa representa importantíssima consagração legislativa dos textos analisados (referência aos procedimentos em que o instituto é aplicado), pois é de pouca valia a reação inicial à imputação depois de ter sido aceita a acusação”<sup>178</sup>. Representa, por isso, antiga aspiração dos processualistas, como relata o mesmo autor, tendo constado no anteprojeto Tornaghi (art. 549) de reforma do Código de Processo Penal, mantido e aprimorado no PL nº 633/75, de Frederico Marques. Da mesma forma, voltaria a figurar em trabalho desenvolvido em 1984 por comissão constituída pela Escola Superior da Magistratura e pelo Instituto Brasileiro de Direito

---

<sup>176</sup> A respaldar esta afirmação, veja-se o interessante estudo de Cláudio Costa e Diogo Malan, que afirmam que em qualquer processo deve o recebimento da denúncia ser fundamentado, tendo em vista que esta decisão é provida de inequívoca carga decisória, o que a torna submissa ao imperativo constitucional insculpido no artigo 93, inc. IX, da Constituição da República (Cf. COSTA, C. e MALAN, D. R. *A inconstitucionalidade da ausência de fundamentação na decisão de recebimento da denúncia*. In *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 1º e 2º sem.2000, nº 9/10, p. 222).

<sup>177</sup> V. NASCIMENTO, A. *Defesa preliminar do funcionário público e denúncia precedida de inquérito policial*. In *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2º sem.2002, nº 12, pp. 377-385.

<sup>178</sup> Cf. FERNANDES, A. S. *A Reação...*, cit., p. 174.

Processual, que apresentou projeto de modificação dos artigos 395 e 396 do Código de Processo Penal. No mesmo ano outra comissão, desta feita constituída pelo Ministério da Justiça com membros do mesmo IBDP, voltaria a contemplar a defesa anterior à instauração da ação penal no Anteprojeto sobre Procedimentos<sup>179</sup>.

A questão da aplicabilidade ou não do saudável instituto vem variando, na prática forense, na mesma proporção da polêmica acerca da incidência do rito da lei nº 10.409/02 para o processo dos crimes da lei nº 6.368/76. Para aqueles que preconizam a subsistência do rito da lei nº 6.368/76, a supressão da etapa do artigo 38 da lei nº 10.409/02, por questão de lógica, não representa nulidade alguma. Por outro lado, os que acreditam vigente o novo rito vislumbram apenas nulidade relativa na supressão da etapa procedimental em análise, sendo obrigatória a demonstração de prejuízo. No âmbito da jurisprudência, como não poderia deixar de ser, o tema da não apresentação da defesa prévia a que se refere o artigo 38 da lei nº 10.409/02 vem sendo tratado juntamente com a questão da aplicabilidade ou não do novo procedimento, assunto tratado no item imediatamente anterior à conclusão. Por isto, deixaremos para aquela oportunidade a transcrição de alguns julgados. Baste-nos, por ora mencionar que os tribunais brasileiros parecem pender para o segundo entendimento. Veja-se, a título de ilustração, julgado que sintetiza bem a opinião predominante no Superior Tribunal de Justiça: “conforme decidiu esta Turma, por ocasião do julgamento do HC nº 26.900/SP, conquanto aplicável o art. 38 da lei 10.409/02, a nulidade em razão da ausência de defesa preliminar, prevista no referido dispositivo legal, deve vir acompanhada de efetivo prejuízo à defesa”<sup>180</sup>. No mesmo sentido, vale a pena transcrever outro acórdão do mesmo Superior Tribunal de Justiça:

“a inobservância do procedimento estabelecido no art. 38 da lei nº 10.409/02, quando do processamento de ação penal cujo objeto é a prática de delito previsto no art. 12 da lei nº 6.368/76, por si só, não importa em nulidade. Com efeito, a declaração de eventual nulidade advinda da não-aplicação do referido dispositivo reclama a prova do efetivo prejuízo sofrido pelo réu”<sup>181</sup>.

A classificação dessa nulidade como tendo caráter apenas relativo é um equívoco que dá espaço a graves arbitrariedades. Em sendo a defesa prévia a única peça

---

<sup>179</sup> *Idem*, pp. 175 e 176.

<sup>180</sup> 5ª Turma, RHC nº 14.403-SP, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 23.set.03, D.J. 19.dez.03, p. 499.

<sup>181</sup> 5ª Turma, RHC nº 14.416-RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. 12.ago.03, D.J. 28.out.03, p. 299.

escrita no procedimento da lei nº 10.409/02, a sua supressão significa relegar à defesa técnica uma solitária oportunidade de expor sua avaliação da prova dos autos e as conseqüências jurídicas dessa avaliação. E mesmo assim, essa única oportunidade é oral. Não se nega que, em âmbito doutrinário, o sistema da legalidade das formas esteja dando espaço ao sistema da instrumentalidade, na qual, de acordo com a lição de Ada Pellegrini Grinover *et alii*, “se dá mais valor à finalidade pela qual a forma foi instituída e ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal”<sup>182</sup>. É preciso, entretanto, salientar que, diferentemente do que ocorre no procedimento ordinário, em que a defesa técnica possui duas oportunidades para apresentar suas razões escritas ao juiz, no procedimento da lei nº 10.409/02, a defesa possui apenas uma chance, e que se faz presente justamente na defesa prévia. Destarte, não é preciso muito esforço para concluir-se que, caso esta chance seja sonogada ao réu, resta mortalmente ferida a garantia constitucional da ampla defesa. Sendo assim, a natureza da nulidade decorrente daquela anomalia procedimental é absoluta, pois “toda vez que houver infringência a princípio ou norma constitucional-processual que desempenha função de garantia, a ineficácia do ato praticado em violação à Lei Maior será a conseqüência que surgirá”<sup>183</sup>. Estamos muito distantes de um árido culto às formas, mas como afirmam Paulo Sérgio Leite Fernandes e Geórgia Bajer Fernandes,

“não se pode permitir que a legalidade das formas seja desprezada, ainda que se tenha em linha de conta ter o ato atingido a finalidade colimada. Aqui é preciso distinguir entre o ato desvestido de legalidade (nulo, portanto) e ato praticado de forma diversa da prescrita, mas não de forma contrária à lei e que tenha atingido o fim objetivado”<sup>184</sup>.

O reconhecimento da nulidade absoluta na supressão de oportunidades procedimentais é a tradição da jurisprudência brasileira, que os precedentes acima buscam romper. Analisando a hipótese em que um indivíduo, processado por crime apenado com reclusão, viu-se impossibilitado de requerer diligências finais e de oferecer alegações finais (arts. 499 e 500 CPP), a Suprema Corte decidiu que, “sendo

---

<sup>182</sup> GRINOVER, A. P., FERNANDES, A. S. e GOMES FILHO, A. M. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 22.

<sup>183</sup> GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; e GOMES FILHO, A. M. *As Nulidades no Processo Penal*, cit., p. 20.

<sup>184</sup> Cf. FERNANDES, P. S. L. e FERNANDES, G. B. *Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 1994, p. 19.

indisponível o rito processual, sua alteração constitui violação ao direito de ampla defesa e é causa de **nulidade absoluta do processo**”<sup>185</sup>.

A par do evidente desrespeito à garantia constitucional da ampla defesa, a observância das formas processuais é corolário de outra garantia constitucional, a do devido processo legal, da qual emanam as garantias do contraditório e a da própria ampla defesa. Neste ponto, avulta a importância do sistema da legalidade das formas, segundo o qual, como nos ensina Aragonese Alonso, “*las actividades que conducen al pronunciamiento de la resolución jurisdiccional, no pueden ser realizadas en el modo y en el orden que a juicio discrecional de los interesados pueden parecer más apropiada al caso singular, sino que deben, para poder tener eficacia jurídica, ser realizadas en el modo y con el orden que la ley ha establecido de una vez y para siempre*”<sup>186</sup>. De fato, o princípio da legalidade é fundamental, pois, segundo Diogo Malan, “a higidez desse sistema é consubstanciada na segurança jurídica que ele proporciona”, uma vez que “há determinação prévia de todos os atos processuais que serão inexoravelmente cumpridos até o deslinde do procedimento”<sup>187</sup>. A legalidade das formas, em verdade, é ínsita à idéia de devido processo *legal*, em sua dimensão processual.

Uma das emanações do *procedural due process* é exatamente o direito ao procedimento integral, por força do qual, de acordo com Scarance Fernandes, “não se permite que o juiz possa suprimir atos ou fases do procedimento”<sup>188</sup>. Lauria Tucci complementa esta lição, asseverando que o direito ao processo se materializa “num procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários”<sup>189</sup>. Quanto à questão do prejuízo, cuja demonstração é tida pela experiência pretoriana como *conditio sine qua non* para a proclamação da nulidade, Scarance Fernandes coloca-a em termos corretos:

---

<sup>185</sup> STF, 2ª Turma, HC nº 68.599-4/DF, rel. Min. Célio Borja, j. 23.abr.91, D.J. 7.jun.91, ementário nº 1.623-1.

<sup>186</sup> Cf. ALONSO, P. A. *Proceso y Derecho Procesal*. Madri: Aguilar, 1960, p. 139.

<sup>187</sup> Cf. MALAN, D. R. A Sentença Incongruente no Processo Penal. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 42.

<sup>188</sup> Cf. FERNANDES, A. S. *Processo Penal Constitucional*, São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 105.

<sup>189</sup> Cf. TUCCI, R. L. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 68-69.

“quando se cuidar de supressão de fase procedimental, **o prejuízo é imanente à falha, pois ofende-se o devido processo legal. Em regra, haverá cerceamento ao direito de ação ou de defesa e, muito comumente, ao direito à prova**”<sup>190</sup>.

Assim, ao instituir a defesa anterior ao recebimento da denúncia, quis-se que o acusado se manifestasse a respeito da acusação, facultando-lhe apresentar um largo espectro de argumentos aptos a impedir sua instauração. Suprimir esta etapa processual significa impedir o acusado de fazê-lo, significa mutilar o procedimento estabelecido legalmente em desfavor do réu. A violação, pois, também à garantia do devido processo legal é óbvia e direta, e de natureza insanável.

De qualquer forma, não se pode prestar ao instituto da defesa prévia anterior ao recebimento da denúncia uma reverência absoluta e incondicional. A apresentação prematura de todos os argumentos defensivos pode esconder perigos para a defesa do réu, no medida em que permite que o Ministério Público possa recolher elementos que confutem a defesa (não nos esqueçamos que a lei nº 10.409/2002 prevê, em seu artigo 38, § 4º, uma “réplica” da acusação à defesa prévia, de constitucionalidade, no mínimo, duvidosa). Por isto, a dedução de toda a matéria defensiva antes do recebimento da exordial deve ser encarada como uma **faculdade do réu**. Não se desconhece que, dentro do direito de defesa, está abrigada a garantia da elaboração da defesa **estrategicamente direcionada e executada**, isto é, alguns fatos ou provas podem ser revelados em momentos oportunos, a critério da defesa técnica, desde que assegurada a ciência da parte contrária. Assim, a não apresentação de todas as razões de defesa não pode importar em **preclusão** (ressalvadas, evidentemente, a arguição de nulidades verdadeiramente relativas e a dedução da exceção de incompetência *ratione loci*), mantendo-se a possibilidade de que tais razões sejam validamente apresentadas durante a instrução criminal.

Há outro inconveniente, não diretamente relacionado à concepção do instituto do contraditório antecipado, mas inequivocamente ligado a ele, que é o subsequente encurtamento do procedimento em juízo. Existe uma tendência legislativa, que encontra apoio em muitos doutrinadores, de que a instituição da defesa prévia anterior ao recebimento da denúncia dispensa que o procedimento posterior ao recebimento da peça acusatória seja muito dilargado. Trata-se de uma decisão técnica e politicamente

---

<sup>190</sup> Cf. FERNANDES, A. S. Processo..., cit., p. 105.

equivocada, além de inconstitucional, como poderemos observar do próximo item, no qual cuidaremos da sumarização do procedimento.

#### **4.2. A paulatina sumarização do procedimento**

Vimos no terceiro capítulo (*supra*) deste trabalho como a sucessiva edição de leis de combate ao uso, fabricação e venda de drogas ilícitas coincidiu com a paulatina sumarização do procedimento judicial de julgamento daqueles acusados de tráfico de drogas ou condutas assemelhadas. É importante frisar, desde já, que, quando se fala em sumarização do procedimento, não se está aludindo ao critério da duração, em dias, do procedimento, mesmo porque no cotidiano forense raríssimamente um procedimento é concluído dentro dos prazos, esteja o réu solto ou não. Faz-se referência às oportunidades do réu comparecer em juízo, de dialogar, através de si próprio e de seu defensor constituído, com a parte acusadora e com o juiz, de impugnar as provas produzidas pela parte adversária, enfim, referimo-nos à possibilidade de efetivamente exercer o réu sua defesa. O critério da soma aritmética dos prazos estabelecidos na lei, pelo qual alguns têm predileção, é evidentemente ilusório, pois é perfeitamente possível a existência de um procedimento mais longo do que o outro, só que com previsão de noventa dias para conclusão do inquérito policial, quarenta e cinco dias para o oferecimento de denúncia etc., e nem por isto garantirá maior chance de defesa para o acusado.

A sumarização do procedimento não é um evento isolado da política brasileira de drogas. Ao contrário, está em perfeita consonância com ela, porquanto provém de suas entranhas. Não nos esqueçamos das palavras de Julio Maier, citado na introdução, de que o processo penal é um dos campos mais sensíveis, se não o mais sensível, às decisões políticas, pois é (somente) através dele que o Estado pode exercitar o *jus puniendi*. Ao sumarizar o procedimento, o legislador demonstra que, também na área processual, a intolerância com o tráfico de drogas deve ser a tônica do tratamento estatal. Desde a época do revogado artigo 281 do Código Penal, a legislação brasileira de drogas adotou quatro procedimentos, a saber: o procedimento ordinário, o procedimento da lei nº 5.726/71 (que remetia, em algumas hipóteses, ao procedimento sumário do Código de Processo Penal), o da lei nº 6.368/76 e, finalmente, este da lei nº

10.409/2002. Das três audiências previstas no rito ordinário, encontramos no estágio do procedimento da audiência de instrução e julgamento única.

Poder-se-ia argumentar que o novo procedimento, cuja aplicabilidade ou não aos processos pelos crimes dos artigos 12, 13 e 14 da lei nº 6.368/76 será analisada no próximo item, é mais garantidor do que todos os outros, tendo em vista que possui uma fase prévia, na qual o denunciado, por si e por seu defensor constituído, pode apresentar antecipadamente amplas razões de defesa.

É inegável, contudo, que esta conquista, no que se refere aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, é apenas relativa. Na prática, os denunciados — em sua maioria pessoas miseráveis, que responderão ao processo, via de regra, presas — encontrarão enormes dificuldades para reunir testemunhas e documentos. Assim, raramente apresentarão uma peça que consiga efetivamente ilidir uma denúncia. Esta, porém, é uma razão de fato, que não pode olvidar a conquista legislativa que lhe subjaz. Já é alguma coisa que a lei faculta ao denunciado defender-se desde o nascedouro de uma acusação criminal. É uma conquista relativa, também, como a nulidade que os tribunais que reconhecem em sua supressão, neste exemplo de perigosa transigência com a garantia constitucional da ampla defesa e, em última instância, com a do *due process of law*.

Agora, ultrapassada a fase anterior ao recebimento da denúncia, o que se segue é simplesmente a audiência de instrução e julgamento, na qual deverão ser realizados o (segundo) interrogatório do denunciado, a inquirição das testemunhas de acusação e de defesa, os debates orais e, por fim, a prolação da sentença. Não possui tempo a defesa de desmentir eventual testemunha que minta em juízo, nem de requerer diligências, cuja necessidade tenha surgido da prova oral. Tampouco poderá a defesa refletir com tranqüilidade a respeito de toda os elementos de convicção reunidos ao longo do processo para expor suas razões defensivas por escrito.

Cabe, aqui, a seguinte indagação: pode a lei estabelecer um procedimento tão exíguo, a ponto de dificultar sobremaneira a defesa do réu? Será que, como antecipado acima, o contraditório anterior ao recebimento da denúncia significa que, superada aquela fase, nada mais haja para ser feito? Como se vê, o objeto de estudo não é o direito ao procedimento integral, que, conforme visto no item antecedente, resta vilipendiado pela supressão da oportunidade do réu apresentar sua defesa prévia. O

objeto de estudo, aqui, é a legalidade (ou não) da instituição legislativa de um procedimento abreviado.

A doutrina processual penal reconhece cinco etapas na sua evolução, segundo a organização sugerida por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que são as seguintes: a) período primitivo; b) escola judicialista; c) tendência dos práticos (praxismo); d) procedimentalismo; e e) processualismo científico ou moderno, estágio no qual atualmente nos encontramos. Carreira Alvim explica que “o procedimentalismo é um produto fundamentalmente francês”<sup>191</sup>, sendo que sua causa política “foi a Revolução Francesa e a causa jurídica, a codificação napoleônica, que, ao separar a legislação processual civil (1806) da legislação processual penal (1808) (...), marca um roteiro que é logo seguido pelas demais nações”<sup>192</sup>. Os procedimentalistas, afirma Carreira Alvim, preocupavam-se apenas com a “análise exegética dos textos legais e com uma descrição dos fenômenos processuais, com base na regulamentação legal”<sup>193</sup>. Não obstante a pobreza teórica, “o procedimentalismo constituiu um importante passo na evolução do direito processual, pois o processo deixou de ser realizado segundo a praxe e passou a encontrar na lei a sua regulamentação”<sup>194</sup>. Esta etapa da evolução da doutrina processual seria superada somente em 1868, com a publicação da célebre obra de Oskar von Bülow (“Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”), na qual vislumbra-se o início da etapa do processualismo científico, que toma “como ponto de partida o estudo do próprio processo, segundo a sua natureza jurídica, e, assim, todos os institutos básicos do direito processual”<sup>195</sup>.

Com efeito, Bülow plantou a semente da autonomia científica do processo, que não se resumia ao encadeamento de atos ao final dos quais era ditada a norma jurídica material aplicável ao conflito intersubjetivo. Como toda evolução do conhecimento humano é marcadamente dialética, não seria de se estranhar que o procedimentalismo, no período que o substituiu, ficasse um pouco esquecido, já que na época a preocupação científica era a de caracterizar o direito processual como uma ciência autônoma, com método e objeto próprios, distinta do direito material ao qual servia. O estudo das

---

<sup>191</sup> ALVIM, J. E. C. Elementos de Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 39.

<sup>192</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>193</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>194</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>195</sup> *Idem, ibidem*.

formas, da expressão exterior do processo, ganhou uma importância marginal<sup>196</sup>. Criou-se a distinção conceitual entre processo e procedimento, que é enunciada por Rogério Lauria Tucci, com o auxílio dos sempre preciosos escólios de João Mendes de Almeida Jr.: o processo “corresponde ao movimento no seu aspecto intrínseco, com uma projeção ideal”, enquanto que o procedimento “representa o mesmo movimento, visualizado, todavia, em sua forma extrínseca, concretamente, ‘tal como se exerce pelos nossos órgãos corporais e se revela aos nossos sentidos’<sup>197</sup>”.

O processualismo científico, na tentativa de encontrar um método adequado para o direito processual, estabeleceu três fases metodológicas diferentes, expostas por Ada Pellegrini Grinover *et alii* da seguinte forma: 1) uma primeira fase, em voga até meados do século XIX, em que “o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos”<sup>198</sup>, que não reconhecia a autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de direito material; 2) a segunda fase, denominada “autonomista”, na qual “tiveram lugar as grandes teorias processuais”; e finalmente 3) a fase “instrumentalista”, cujo foco é o desenvolvimento da crítica com relação à ciência processual que, a despeito do seu desenvolvimento científico, “continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade”<sup>199</sup>. O direito processual, ao invés de somente analisar suas próprias entranhas, deve preocupar-se com os resultados práticos.

A consideração instrumental do processo levava em conta a realidade de que a prestação jurisdicional estava se tornando uma atividade essencialmente lenta, fosse qual fosse o juízo ou a instância. Sabia-se que a realização de uma justiça tardia equivalia à própria denegação da justiça. Uma sentença prolatada muitos anos (até décadas) depois de iniciado o processo não era capaz de satisfazer nem mesmo à parte vencedora, que àquela altura muitas vezes sequer possuía mais interesse no que postulava. O método da concepção instrumental do processo era a simplificação das

---

<sup>196</sup> Cândido Rangel Dinamarco conta a história da “proclamação da independência da relação jurídica processual e proscrição científica do procedimento”, que levou os processualistas a imaginar que “ele e o processo fossem entidades distintas, conceitual e funcionalmente”. O eminente autor assevera que a questão só ganhou contornos claros a partir de Benvenuto, quando “passou-se a perceber que o processo é uma entidade complexa, onde o procedimento é visto como algo sensível, atrás do qual estão as posições jurídicas ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual”. Arrematando, Dinamarco esclarece que “processo é, assim, o procedimento animado pela relação processual” (*in A Instrumentalidade..., cit.*, pp. 152-153, nota de rodapé nº 179).

<sup>197</sup> Cf. TUCCI, R. L. *Processo e procedimentos penais*. In Revista Forense, volume 345, p. 146.

<sup>198</sup> GRINOVER, A. P., FERNANDES, A. S. e GOMES FILHO, A. M., *op. cit.*, p. 42.

<sup>199</sup> *Idem*, p. 43.

formas procedimentais, a supressão de recursos, a diminuição dos prazos, providências através das quais conseguir-se-ia alcançar o objetivo de agilizar a prestação jurisdicional.

Importantes conquistas daqueles arautos do método instrumental podem ser identificadas, por exemplo, na edição da lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, que incrementou significativamente a legislação sobre pequenas causas cíveis (amparada nos pilares da ampla assistência jurídico-judiciária, na simplificação das formas e na maior acessibilidade popular), ou na inserção do artigo 98, inciso I, na Constituição da República, que dispõe sobre os “juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de **menor complexidade** e infrações penais **de menor potencial ofensivo**, mediante os procedimentos oral e **sumaríssimo**, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”. Este dispositivo, sabe-se muito bem, abrigou a edição da lei nº 9.099/95, que instituiu o procedimento sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo, cujo rol foi ampliado para os delitos cuja pena máxima não seja superior a dois anos pela lei nº 10.259/01, que cuida dos juizados especiais em âmbito federal.

As técnicas de sumarização do procedimento certamente não são contemporâneas à edição da lei nº 9.099/95, mas é fora de questão de que foi naquele período que encontraram sua expressão máxima. Estas técnicas partem da idéia de que “a eficiência e a efetividade do processo dependem, em última análise, da **adequação das formas procedimentais à natureza da controvérsia** subjacente”, como explica Ada Pellegrini Grinover<sup>200</sup>. Resulta disto que somente o julgamento das infrações penais de menor gravidade, conforme o parâmetro legal, pode estar sujeitos a procedimentos sumários, como também preceitua a processualista paulista<sup>201</sup>. Aliás, um dos argumentos que legitimavam a instituição dos juizados especiais criminais era precisamente o de que era imperioso que os juízes criminais deixassem de cuidar de assuntos de pequena magnitude, que soterravam as varas criminais, para que pudessem se preocupar com os crimes mais graves. O que se ponderava era o absurdo de que pouquíssimas sentenças condenatórias conseguiam não ser atingidas pela prescrição.

---

<sup>200</sup> CRINOVER, A. P., op. cit., p. 272.

<sup>201</sup> *Idem*, p. 279.

A presteza na dicção do direito, porém, encontra limites na cláusula do devido processo legal, cuja história está ligada íntima e indissolivelmente ao direito processual, especialmente ao direito processual penal. De acordo com Carlos Roberto de Siqueira Castro, “a natural identificação da cláusula do devido processo legal com as solenidades da jurisdição criminal deve-se não apenas à evolução dialética do processo penal, em cujas cercanias floresceu o instituto”<sup>202</sup>. É bem verdade que, segundo o mesmo autor, o conteúdo desta garantia constitucional se expandiu, surgindo uma dimensão substantiva que, atualmente, convive com a tradicional dimensão processual. Este “abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase substantiva na evolução desse instituto (*substantive due process*) retratam a entrada em cena do Poder Judiciário como árbitro autorizado e conclusivo da legalidade e do próprio mérito axiológico das relações do governo com a sociedade civil”<sup>203</sup>. O Poder Judiciário, pois, pode vestir o manto de fiscal dos atos estatais, esquadrinhando cada um deles com a lupa do devido processo legal.

E o que se deve entender por devido processo legal?

Responder a esta indagação não é fácil. Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos, “trata-se de uma cláusula de relativa elasticidade”<sup>204</sup>. Siqueira Castro, por seu turno, ponderando a impossibilidade de conceituação apriorística da garantia em comento, esclarece que, “em verdade, somente através da aplicação reiterada e casuística, segundo o método de aproximação por inclusão e exclusão que caracteriza o *case system*, poder-se-á concluir em cada hipótese o que seja, e o que não seja, um ato normativo ou decisão administrativa consentânea com a exigência do devido processo legal”<sup>205</sup>.

Apesar da relativa impossibilidade de conceituação da garantia constitucional, disfruta de unanimidade o vigor teórico de sua dimensão processual e procedimental. Para Lauria Tucci, o devido processo legal se consubstancia, sobretudo, “numa garantia

---

<sup>202</sup> CASTRO, C. R. de S. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 264.

<sup>203</sup> CASTRO, C. R. de S. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 80.

<sup>204</sup> Cf. BARROSO, L. R. e BARCELOS, A. P. de. *Presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e outro tópicos de direito processual penal à luz da constituição de 1988*. In *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, n° 4, ano 2, 2° sem.97, p. 66.

<sup>205</sup> CASTRO, C. R. de S. A Constituição Aberta..., cit., p. 79.

conferida pela Lei das Leis, Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos fundamentais, mediante a efetivação do **direito ao processo**<sup>206</sup>.

Todavia, o objetivo deste trabalho não é o de discutir a inconstitucionalidade (porque violadora do princípio do devido processo legal), em que pese o rito sumaríssimo tenha abrigo constitucional, da sumarização dos procedimentos atinentes aos crimes de menor potencial lesivo. Esta discussão versaria a questão da norma constitucional inconstitucional, tema que foi enfrentado pelo professor da Universidade de Tübingen Otto Bachof<sup>207</sup>. O objetivo, aqui, é analisar a constitucionalidade da paulatina sumarização do procedimento atinente aos crimes de tráfico de drogas e afins, que inequivocamente fazem parte do rol dos crimes de **maior** potencial ofensivo.

A premissa sobre a qual têm assento as técnicas de sumarização é a de que, em certas hipóteses, pode o réu dispor da pena e, conseqüentemente, dispor do procedimento. É inseparável a idéia do consenso entre parte acusadora (Ministério Público) e acusado, cabendo a ambas as partes fazer concessões cuja finalidade é a de pôr termo ao processo com a maior brevidade possível. O legislador constituinte acreditava que somente nas infrações de menor potencial ofensivo a equação garantismo x eficiência do processo era possível através do rito sumaríssimo. A impossibilidade de encarceramento, aliada a alguns benefícios legais, viabilizava e legitimava algumas transigências com o direito de defesa e com o devido processo legal, assegurados constitucionalmente. No processo por tráfico de drogas (e condutas afins), como se sabe, não há benefícios despenalizadores ou desjudicializadores aplicáveis. Além disto, a punição por estes crimes sempre pressupõe o encarceramento e, diga-se de passagem, em regime integralmente fechado, excluída a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, como vaticina jurisprudência completamente dominante.

Sendo assim, não é possível qualquer transigência com o direito de defesa, que só satisfaz o espírito constitucional se exercida em sua plenitude. É, portanto, inconstitucional a lei que institua um procedimento, que, por sua incompatibilidade com a gravidade da infração penal de que cuida, frustre a realização efetiva do direito de defesa com todos os meios possíveis. No binômio segurança jurídica-celeridade do processo, deve preponderar o primeiro valor em detrimento do segundo. É esta a opção

---

<sup>206</sup> TUCCI, R. L. Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 205.

<sup>207</sup> Normas Constitucionais Inconstitucionais? Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

política tomada por nosso legislador constituinte, ao consagrar a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, C.R.), que possui, como visto, dimensão procedimental ligada ao seu próprio surgimento.

O já citado Cândido Rangel Dinamarco frisa que “em tempos recentes, presencia-se uma reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância”<sup>208</sup>, acrescentando que “no cenário das instituições jurídicas do país, o procedimento tem o valor de penhor da legalidade no exercício do poder”<sup>209</sup>. É claro que o autor faz referência ao procedimento que permita o exercício das cláusulas constitucionais, de maneira que, como ressalva, “se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional”<sup>210</sup>.

Maria Rosynete Oliveira Lima esclarece que o procedimento é “uma sucessão ordenada de atos intermediários, *orderly proceedings*, estabelecida pelo Estado”, que tem por objetivo “minimizar o risco de decisões que provoquem a restrição indevida de algum dos bens tutelados pela cláusula”<sup>211</sup> constitucional. Dentro deste enfoque procedimental, Maria Rosynete esclarece, amparada em lição de Muga Muñoz, que “não basta proporcionar ao cidadão um procedimento correto, é preciso que este procedimento esteja com base em requisitos intrinsecamente justos”<sup>212</sup>. Esta ênfase sob o aspecto intrínseco do devido processo legal procedimental “significa que o concretizador da norma deverá realizar as salvaguardas procedimentais previstas da melhor maneira possível (...) na busca do objetivo primordial da norma constitucional, qual seja, evitar ou minimizar o risco de decisões errôneas do Estado, quando priva alguém da liberdade ou de seus bens”<sup>213</sup>, o que só poderá ser feito através de um procedimento que proporcione “uma participação significativa e satisfatória do indivíduo na tomada da decisão que o afeta”<sup>214</sup>. Nas palavras de Peter Häberle, “só

---

<sup>208</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 152.

<sup>209</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>210</sup> *Idem*, p. 158.

<sup>211</sup> LIMA, M. R. O. Devido Processo Legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 239.

<sup>212</sup> *Idem*, p. 243.

<sup>213</sup> *Idem*, pp. 244-245.

<sup>214</sup> *Idem*, p. 246.

assegurando aos cidadãos um *status activus processualis* se conseguem garantias efetivas de realização e proteção dos direitos fundamentais”<sup>215</sup>.

Cruz e Tucci, inclusive, observa que foi a partir da concepção formulada por Häberle do *status activus processualis* que se passou “a reconhecer nos direitos fundamentais um ‘prisma processual’, cuja realização prática é condição de efetividade da respectiva proteção constitucional à tutela jurisdicional”<sup>216</sup>.

Inegavelmente, um dos “requisitos intrinsecamente justos” que devem nortear a elaboração legal do procedimento é o da sua compatibilidade com a gravidade do crime, de acordo com a lição de Maurício Zanoide de Moraes: “a indicação do procedimento pelo interessado **deve ser condizente com o delito irrogado ao acusado**”, isto é, “segundo a **natureza do crime**, a peculiaridade do imputado, ou ambas as circunstâncias”<sup>217</sup>. Embora Frederico Marques lamentasse que a nomenclatura e a classificação das formas procedimentais no Código de Processo Penal fosse “absolutamente empírica e sem sistema”<sup>218</sup>, é possível localizar no estatuto processual penal as marcas do critério da gravidade do crime, no que tange à designação do procedimento. Aos crimes apenados com reclusão — os mais graves, de acordo com a sistemática do Código Penal — aplica-se o rito mais solene. Talvez hoje em dia seja difícil perceber esta harmonia entre os dois estatutos repressivos, em virtude da profusão de leis penais extravagantes, que cominam penas alérgicas ao princípio da proporcionalidade<sup>219</sup>, mas é evidente que este foi o critério aplicado. Há, no mesmo Código de Processo Penal, outros procedimentos, distinguidos daqueles que compõem o “Processo comum” em razão de certas especificidades do próprio delito ao qual se aplicam. Veja-se, por exemplo, o rito do Tribunal do Júri, com sua tradicional divisão entre *judicium accusationis* e *judicium causae*, ou o rito aplicável aos crimes contra a honra (art. 519 ss CPP), cuja particularidade está na previsão de uma audiência de (re)conciliação (art. 520 CPP), completamente compatível com sua natureza. Seja qual

<sup>215</sup> *Apud* CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 899.

<sup>216</sup> TUCCI, J. R. C. e. *Garantia do processo sem dilações indevidas*. In TUCCI, J. R. C. e (coord.). Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: RT, 1999, p. 259.

<sup>217</sup> MORAES, M. Z. Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 85.

<sup>218</sup> Cf. MARQUES, J. F. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I, p. 365.

<sup>219</sup> Exemplos disto são os crimes do artigo 89 da lei nº 8.666/93, ao qual é prevista a grave pena privativa de liberdade de 3 a 5 anos, na modalidade de **detenção**, e os dos nove incisos do artigo 7º, da lei nº 8.137/90, também puníveis com **detenção**, de 2 a 5 anos.

for a razão, nota-se uma sistemática no Código de Processo Penal de aplicar o rito de acordo com a gravidade do crime, especificando determinados ritos tão somente em virtude das peculiaridades de alguns delitos.

É razoável que a lei estabeleça procedimentos distintos para crimes de gravidade diferentes, prevendo para delitos punidos com penas mais elevadas ritos mais solene, e para crimes menos graves, ritos mais céleres. Por outro lado, é irrazoável que, sem qualquer justificativa racional, que não a do combate ao crime, o legislador crie um rito expedito para delitos de penas gravíssimas, como o tráfico de drogas e a associação para o tráfico. O combate ao crime não é missão da atividade jurisdicional, ao contrário do que se poderia supor. A missão da jurisdição está explícita no próprio conceito de jurisdição, que, na definição de Dinamarco, é a “função do Estado, destinada à **solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito** em casos concretos”<sup>220</sup>.

Levando estas lições em consideração, podemos concluir, em caso de crimes graves<sup>221</sup>, que um procedimento criminal qualquer deve ser amplo o suficiente para que o réu possa expor com totais chances sua defesa. Ainda que esta não fosse uma garantia já conquistada por nós, com a introdução da cláusula do *due process of law* no texto constitucional, poder-se-ia invocar o Pacto de São José da Costa Rica<sup>222</sup>, incorporada ao direito positivo brasileiro através do dec. nº 678, de 6 de novembro de 1992, cujo artigo 8º, item nº 2, alínea “c”, preceitua ser garantia processual **mínima**, entre outras, a de “concessão ao acusado **do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa**”. Neste diapasão, o movimento de sumarização do procedimento só pode ser considerado legítimo na medida em que contém o poder punitivo estatal, isto é, para beneficiar o réu. Assim, não há ilegalidade alguma se o juiz resolver suprimir etapas do procedimento para decretar antecipadamente a absolvição do réu, com base numa inocência que, mesmo inconclusa a trilha processual, já lhe pareceu suficientemente clara.

---

<sup>220</sup> DINAMARCO, C. R. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, vol. I, p. 309.

<sup>221</sup> Aferida esta gravidade única e exclusivamente com base na escala penal cominada.

<sup>222</sup> Embora os tratados sejam tratados, entre nós, com desprezo realmente notável, Luiz Flávio Gomes desenvolve notável exposição para demonstrar que, a rigor de esquadro jurídico, eles constituem fonte normativa, assegurada a força vinculante e imperativa de suas normas (v. GOMES, L. F. Direito de Apelar em Liberdade. São Paulo: Ed. RT, 1994, pp. 66-67).

É assim, diga-se de passagem, que deve ser entendida a nova garantia constitucional do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, cuja redação é a seguinte: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Esta garantia, por sinal, já estava incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, através da mesma Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, que a contempla no artigo 7º, item nº 5 (“toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e **tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável** ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo”) e no artigo 8º, item nº 1 (“toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente”). Além disso, o direito à duração razoável do processo já constava da cláusula do devido processo legal, conforme explicação de Lauria Tucci, parcialmente transcrita acima e agora complementada: o devido processo legal se consubstancia

“numa garantia conferida pela Lei das Leis, Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, mediante a efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus componentes e corolários, e **num prazo razoável**”<sup>223</sup>.

Portanto, é de ver que a (primeira parte) da reforma do Poder Judiciário não inovou no assunto. Não deverá o processo, doravante, colocar-se a correr, em busca da sonhada produtividade, independentemente da decisão que vier a propiciar. A doutrina processual mais abalizada é unânime em reconhecer os malefícios da aceleração imoderada do processo, como revela a lucidez de José Carlos Barbosa Moreira, que pondera, com sua autoridade de magistrado, que “se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente boa”<sup>224</sup>. Com efeito, nada impede que o juiz proceda ao julgamento antecipado da causa, se o objetivo é fazer com que o réu se livre daquele fardo pesado, que é o processo criminal. Da mesma forma com que garante a integralidade do procedimento,

---

<sup>223</sup> Cf. TUCCI, R. L. Teoria..., cit. P. 205.

<sup>224</sup> Cf. MOREIRA, J. C. B. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In MOREIRA, J. C. B. Temas de Direito Processual – 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

o devido processo legal preceitua que todas as pessoas têm o direito de ser julgadas num prazo razoável. Neste ponto, é de se lastimar que o julgamento antecipado da causa ainda encontre tanta resistência na comunidade processual penal brasileira. Por outro lado, seria monstruoso que um juiz efetuasse o julgamento antecipado da causa para *desfavorecer* o réu. Estaríamos diante de um rosário de violações aos princípios constitucionais mais básicos.

J. J. Gomes Canotilho leciona que “do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo”<sup>225</sup>. Essas garantias gerais do processo devem visar uma proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada. Sua admirável exposição impõe a transcrição: “ao demandante de uma proteção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil (‘adequação temporal’, ‘justiça temporalmente adequada’), obter uma sentença executória com força de caso julgado — ‘a justiça tardia equivale a uma denegação de justiça’<sup>226</sup>. Porém, o constitucionalista português faz uma advertência oportuna: “note-se que a exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente ‘justiça acelerada’. A ‘aceleração’ da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recursos, supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta mais materialmente injusta”<sup>227</sup>.

A idéia de procedimento acelerado significa pouco tempo de reflexão acerca do caso concreto. Aproveitemos, neste particular, a lição de Cruz e Tucci, que tão bem discorreu sobre a difícil equação “tempo x processo”. O referido autor pondera inicialmente que “o *slogan* da justiça rápida e segura (...) contém, lamentavelmente, uma contradição *in adjecto*: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura”<sup>228</sup>, acrescentando que “o processo judiciário (de cognição) (...) resolutório de conflitos de alta relevância social (no campo penal), reclama, em homenagem a um

---

<sup>225</sup> *Idem*, p. 268.

<sup>226</sup> *Idem*, pp. 466-467.

<sup>227</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>228</sup> TUCCI, J. R. C. e, op. cit., p. 27.

elementar postulado de segurança jurídica, o respeito a uma série de garantias das partes (*due process of law* em senso processual), cuja observância se faz incompatível com a precipitação”<sup>229</sup>. Sua exposição é encerrada com o auxílio de Jean Pradel: “a celeridade não se traduz em precipitação, que constitui um grande mal... a celeridade visa a proporcionar ao processo penal um ritmo tão rápido quanto possível, sem desatender aos princípios fundamentais da ordem jurídica, como a presunção de inocência ou o direito de defesa”<sup>230</sup>. De fato, tão nocivo quanto um processo cuja prolação de sentença se dê 2, 3, 4 ou mais anos após o fato (dependendo da complexidade da matéria, do número de réus etc.) é a açodada prolação de sentença em 100 dias, durante os quais o juiz teve contato físico com o processo por três ou quatro vezes. A pressa é irmã gêmea da imperfeição. Não há um catalisador mais eficiente de intranqüilidade social do que uma justiça essencialmente injusta. Cabe, aqui, a advertência formulada por Hélio Tornaghi, citado por Cruz e Tucci: “o acerto da decisão prima sobre a sua presteza. É preciso que a ligeireza não se converta em leviandade, que a pressa não acarrete a irreflexão. O juiz deve buscar a rápida solução do litígio, mas tem de evitar o açodamento, o afogadilho, a sofreguidão. Deve ser destro, sem ser precipitado; pontual, sem imprudência. O juiz inconsiderado é ainda pior que o vagaroso. A observância rigorosa das formas e prazos legais é a melhor receita para conciliar a rapidez e a segurança”<sup>231</sup>.

No que tange ao tema das drogas ilícitas, o legislador tem recorrido à técnica da sumarização do procedimento, sob os efeitos da campanha de combate geral à criminalidade<sup>232</sup>. Em sendo a criminalização de problemas sociais o fio condutor desta campanha, o processo penal passou a ser visto como perverso núcleo de favorecimentos ao réu, razão pela qual, esclarece Aury Lopes Jr., incutiu-se nele o mito da eficiência e da velocidade. O processo vive sob a égide da urgência, para que este possa acompanhar a velocidade da sociedade, que não quer esperar pelo processo e exige respostas rápidas e simbólicas (daí a proliferação das prisões cautelares, que dão a visibilidade de uma

---

<sup>229</sup> *Idem*, pp. 27-28.

<sup>230</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>231</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>232</sup> De fato a campanha de combate à criminalidade é geral, porém, aparentemente, a severidade processual só vale para o tráfico de drogas, pois mesmo para um dos delitos mais em evidência nos dias que correm — a lavagem de dinheiro — estabeleceu-se que “o processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular” (art. 2º, inc. I, da lei nº 9.613/98).

punição imediata). Nesse cenário, adverte Aury, “juízes são pressionados para decidir ‘rápido’<sup>233</sup> e, as comissões de reforma, **para criarem procedimentos mais ‘acelerados’**, esquecendo-se que o tempo do direito sempre será outro, por uma questão de garantia”<sup>234</sup>. Aury Lopes Jr. chega ao ponto de dizer, com inteira propriedade, que “o processo nasce para demorar (racionalmente, é claro), como garantia contra julgamentos imediatos, precipitados e no calor da emoção”<sup>235</sup>. Crimes com penas tão elevadas não podem ser aplicadas após o cumprimento de tão poucas etapas procedimentais e em tão pouco tempo. Já é questionável a opção política de estabelecer-se um rito sumaríssimo para delitos de menor potencial ofensivo, pois ninguém ignora que uma condenação criminal traz consigo inúmeros outros efeitos práticos, que certamente não são considerados. Em todo o caso, a comunidade processual tem aceitado a idéia de “desburocratizar” as varas criminais, subtraindo delas o tratamento de conflitos penais de baixa gravidade, deixando-lhes o tratamento de assuntos mais sérios. Exemplo disto é a afirmação de Ada Pellegrini Grinover de que “as infrações penais que devem ser submetidas às diversas técnicas da sumariedade (...) são as de menor potencial ofensivo”<sup>236</sup>. Porém, outra assertiva da eminente processualista da USP — a de que o aumento do número de procedimentos sumários no Brasil “é uma exigência impostergável”<sup>237</sup> — deve ser encarada com muitas reservas, principalmente se ponderarmos que o fundamento da sumarização do procedimento, como dito acima, é precisamente a disponibilidade da pena e a disponibilidade do procedimento. O termo “disponibilidade”, como também dito acima, traz ínsita a idéia de consenso do réu, de transação entre as partes, algo que, em termos de drogas, considerada a sistemática atual, é impossível.

Não se pode sequer cogitar em disponibilidade de pena e disponibilidade do procedimento em crimes cujas penas podem alcançar o patamar brutal de quinze anos

---

<sup>233</sup> Isto nunca foi tão verdadeiro como nos dias atuais, em que a péssima Emenda constitucional nº 45/2004 instituiu como um dos “princípios” regentes da atividade jurisdicional a “aferição do merecimento conforme o desempenho e **pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição** e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”. Presteza na frente do aproveitamento... Quem disse que a pressa é inimiga da perfeição se equivocou redondamente: a pressa é mais importante que a perfeição!

<sup>234</sup> LOPES JR. A. *(Des)velando o risco e o tempo no Processo Penal*. In GAUER, R. M. C. (org.). *A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2004, p. 166.

<sup>235</sup> *Idem*, pp. 166-167.

<sup>236</sup> GRINOVER, op. cit., p. 279.

<sup>237</sup> *Idem*, p. 277.

de reclusão. A disponibilidade da ampla defesa tem limites. Convém invocar, aqui, a noção do “processo devido”, que, para a processualista paulista citada, “nesse quadro de eficiência da justiça penal”, significa “o procedimento aderente à realidade social e consentâneo com a complexidade dos fatos e com **a gravidade da infração penal**”<sup>238</sup>. Na dicção de Canotilho, a concepção de processo devido, segundo sua teoria substantiva, quer dizer “um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa”<sup>239</sup>.

Sendo assim, a sumarização do procedimento no que tange aos processos por tráfico de drogas e condutas afins viola o princípio do devido processo legal. É, sem sombra de dúvida, louvável a instituição do contraditório anterior ao recebimento da denúncia. Não havia nenhuma razão de ordem prática, contudo, que impedisse que, recebida a denúncia, o procedimento observado fosse o ordinário (suprimida a defesa prévia, evidentemente), com audiências separadas, possibilitando-se ao réu arrolar mais do que cinco testemunhas, bem como possibilitando-se-lhe deduzir suas razões finais de defesa com tempo suficiente para refletir sobre toda a prova produzida. Aliás, era mais recomendável que assim fosse, pois estar-se-ia reduzindo a possibilidade de erros judiciais. Ao não prever a lei nº 10.409/2002 estas oportunidades, em sua fase posterior ao recebimento da denúncia que contempla uma só audiência, expõe-se o novo estatuto aos riscos de perder sua vigência, através do controle de constitucionalidade difuso, por violar o princípio do devido processo legal, sob o ângulo procedimental.

É completamente censurável a disseminação de procedimentos especiais<sup>240</sup>, cuja função é a de subtrair os processos que versem determinadas matérias do procedimento ordinário. Calmon de Passos, em belíssimo artigo direcionado ao processo civil, sustenta que “a perda de perspectiva da dimensão democrática do processo (...) é que leva a identificar o procedimento ordinário como algo negativo”<sup>241</sup>. Adiante, o eminente autor baiano argumenta que “se não é bom o nosso procedimento ordinário, isso só pode

---

<sup>238</sup> *Idem*, p. 273.

<sup>239</sup> *Idem*, p. 462.

<sup>240</sup> A propósito, Lauria Tucci (*in Processo...*, cit., pp. 152-153) critica a multiplicidade de procedimentos do Código de Processo Penal, movimento no qual vislumbra a orientação fascista do aludido diploma. Para superar este paradigma fascista e evitar confusões decorrentes de muitos procedimentos, fornece uma proposta de elaboração legislativa, em que há a previsão de um rito comum (de aplicação residual, dividido em ordinário, sumário e sumaríssimo) e de apenas três ritos especiais: para crimes falimentares, crimes contra a propriedade imaterial e para crimes dolosos contra a vida).

<sup>241</sup> PASSOS, J. J. C. de. *Teoria geral dos procedimentos especiais*. In FARIAS, C. C. de. DIDIER JR., Fredie (coords.). *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 3-4.

ocorrer por força de vícios de origem, que fazem dele um péssimo procedimento”<sup>242</sup>. Estes vícios de origem, que estão na base da explicação da demora na resolução de um processo, podem ser classificados em três ordens de fatores, segundo a classificação de Cruz e Tucci, a saber: fatores de ordem institucional (a preterição do Poder Judiciário, em benefícios dos Poderes Executivo e Legislativo), fatores de natureza técnica e subjetiva (relacionados ao preparo técnico e presteza na atuação dos juízes) e fatores derivados da insuficiência material (de recursos, de instalações adequadas, de mão de obra suficiente etc.)<sup>243</sup>. Nenhum deles, como se vê, está ligado à própria estruturação do procedimento ordinário em si<sup>244</sup>. A solução para este impasse, contudo, é a de dar ao procedimento ordinário a melhor feição possível, de preferência com respeito aos prazos nele previstos. O que não se pode fazer, prossegue Calmon de Passos, é deixá-lo como está, “tentando-se a escapatória pelo que é desigualizador e complicador — gerar miríades de procedimentos especiais, ao sabor de cada comichão processual e sempre acobertando algum tratamento privilegiado”<sup>245</sup>. A diversidade de procedimentos gera insegurança e desigualdades que não se coadunam com os postulados da Constituição da República. Por isto, “a especialidade do procedimento deve ser (...) uma exceção, só justificável em face da absoluta necessidade de se atender a algo tão específico que seria disfuncional e até lesivo adotar-se na sua inteireza o procedimento ordinário”<sup>246</sup>. Não há nada nos processos por tráfico de drogas e condutas afins, salvo uma necessidade política e econômica por punições às quais o Poder Judiciário deve ignorar, que recomende a adoção de um procedimento especial. Nenhum prejuízo existiria, assim, se fosse adotado o procedimento ordinário após o recebimento da denúncia, muito pelo contrário: a certeza de que o réu teve amplas possibilidades de desenvolver sua defesa só serviria aos interesses da justiça penal, que sairia fortalecida pela diminuição estatística de decisões injustas.

Nada impede, aliás, que o rito ordinário seja adotado após o recebimento da denúncia. Atualmente, apesar do ordenamento processual consagrar o princípio da

---

<sup>242</sup> *Idem*, pp. 7-8.

<sup>243</sup> *Idem*, p. 99.

<sup>244</sup> Por isso é de se estranhar a conclusão de Cruz e Tucci de que “o procedimento ordinário do processo civil, como técnica universal de solução de litígios, deve ser substituído, na medida do possível, por outras estruturas procedimentais, mais condizentes com a espécie de direito material a ser tutelado” (*in* Tempo..., cit., p. 120).

<sup>245</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>246</sup> *Idem, ibidem*.

legalidade das formas, a dogmática procura se afastar da legalidade estrita, em prol de um sistema que preconize a prática de atos que reflitam o efetivo asseguramento das garantias constitucionais fundamentais do processo. Neste ponto, invoquemos o magistério de Dinamarco: “a liberdade das formas, deixada ao juiz entre parâmetros razoavelmente definidos e mediante certas garantias fundamentais aos litigantes é que, hoje, caracteriza os procedimentos mais adiantados”<sup>247</sup>. Seja como for, arremata o eminente processualista, “o que precisa ficar muito claro, como fator de segurança para as partes e como perene advertência ao juiz, é a substancial exigência de preservação das fundamentais garantias constitucionais do processo”<sup>248</sup>. É bem de ver que a segurança jurídica é, em boa medida, tributária da legalidade das formas. Porém, no momento em que a própria lei renega as garantias constitucionais que deveriam ter inspirado sua elaboração — como o faz a lei nº 10.409/02 —, deve-se buscar na atividade judicial garantista a proteção aos valores políticos fundamentais.

O direito ao desfecho do processo em prazo razoável é uma garantia do indivíduo, que jamais poderá ser utilizada para desfavorecê-lo. Teve seus primeiros contornos traçados a partir da idéia de mora jurisdicional, que deu foro jurídico à realidade de que o simples fato de uma pessoa responder ao processo já é uma pena, refletida em diversos aspectos de sua vida: no aspecto emocional, no aspecto financeiro, entre outros. Esta garantia deve servir como instrumento para obrigar que as instituições policiais e judiciais do sistema penal se modernizem, aumentem seus recursos (humanos e materiais), de modo a eliminar o que, hoje em dia, são verdadeiramente as principais fontes de demora: distribuição de processos a órgãos julgadores, obtenção de documentos de outras instituições, realização de perícias e remessa do laudo respectivo aos autos, obtenção de folhas de antecedentes criminais etc. Como explica Aury Lopes Jr., “a perpetuação do processo penal, além do tempo necessário para assegurar seus direitos fundamentais, se converte na principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui”<sup>249</sup>. O modo correto de emprego da nova garantia constitucional da razoável duração do processo é aquele constante de recente acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: “é de arquivar-se o inquérito policial se, após

---

<sup>247</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 155.

<sup>248</sup> *Idem*, p. 156.

<sup>249</sup> Cf. LOPES JR. A. Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, p. 95.

três anos de diligências e investigações, não concluem a autoridade policial e o Ministério Público pela existência de fato típico a ensejar a propositura de ação penal”<sup>250</sup>.

Sobre a designação de um prazo para o que seja entendido por “prazo razoável” ou, em contrapartida, “duração indevida”, Aury Lopes Jr. informa que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem trabalhando com três critérios: a) a complexidade do caso; b) a atividade processual do imputado; e c) a conduta das autoridades judiciárias<sup>251</sup>. Aury Lopes se queixa dessa “indefinição e vagueza de conceitos”, a partir da qual consolidou-se a censurável doutrina do “não-prazo” (que fica à mercê do amplo espaço discricionário conferido ao julgador), sendo necessário o estabelecimento de “limites (temporais) ordinários para o processo”<sup>252</sup>. A regulamentação é efetivamente necessária, para que a nova garantia ganhe alguma realidade prática, mas o método de definição de marcos temporais é, em nosso entender, inadequado. O objeto de regulamentação, na verdade, não deve ser apenas o lapso temporal, mas sim as atitudes processuais que podem ser entendidas como “dilação indevida”, isto é, como indevida postergação da marcha processual, que devem ser minuciosamente enumeradas em lei.

Em conclusão, não nos esqueçamos que os argumentos da demora na prestação jurisdicional ou da necessidade de eficiência da justiça penal, como justificativas para sumarizar procedimentos de crimes com penas gravíssimas, são falsos e só servem para legitimar o que está por trás da sumarização do procedimento para os crimes de tráfico de drogas e afins: a de que o processo destes réus não tem outra finalidade, senão a confirmação de uma decisão condenatória já tomada.

No entanto, o devido processo legal não pode ser encarado como um ritual incômodo, que só existe para atrapalhar (ou legitimar) decisões que já estão tomadas. Sua eficácia no plano da realidade deve ser máxima, sob pena de prestigiarmos um Estado punitivo, policial, autoritário e, sobretudo, antidemocrático.

#### **4.3. A aplicabilidade do novo procedimento aos crimes da lei nº 6.368/76**

---

<sup>250</sup> Cf. TRF-1, 3ª Turma, RHC nº 1997.33.00.013902-0/BA, rel. Juiz Tourinho Neto, j. 14.dez.04, D.J. 25.fev.05, p. 10.

<sup>251</sup> LOPES JR. Introdução Crítica..., cit., p. 105.

<sup>252</sup> *Idem*, pp. 105 e 106.

Antecipamos acima que o Capítulo IV (impropriamente designado “Do Procedimento Penal”) da lei nº 10.409/02 é iniciado por um dispositivo que prevê que “o processo relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei” (art. 27). Sabemos que na lei nº 10.409/2002 não há crime algum previsto. Deste modo, imediatamente concluímos que o referido capítulo não tem aplicação, já que se refere exclusivamente a crimes inexistentes.

Quanto ao Capítulo V da lei nº 10.409/2002, cuja aplicabilidade não está vinculada aos crimes nela (não) previstos, doutrina majoritária preceitua que pode ser utilizada, sem maiores problemas, para os processos que têm por objeto a violação aos artigos 12, 13 e 14 da lei nº 6.368/76<sup>253</sup>.

Efetivamente, da forma com que a matéria procedimental foi disposta na lei nº 10.409/2002 — a metade policial e investigatória vinculada aos crimes nela (não) previstos e a outra metade judicial, sem vinculação alguma — as regras interpretativas conhecidas impõem a aplicabilidade imediata das normas existentes no Capítulo V aos crimes previstos na lei nº 6.368/76. Esta aplicabilidade, contudo, importa no reconhecimento de que a parte procedimental judicial da lei nº 6.368/76 está revogada, porque o artigo 2º, § 1º, da LICC estabelece que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Os casos omissos da lei nº 10.409/2002 devem ser resolvidos pelo Código Penal, Código de Processo Penal e pela Lei de Execução Penal, como estabelece explicitamente seu artigo 27. Não pode a lei nova, por outro lado, socorrer-se da lei nº 6.368/76, no que concerne à parte procedimental, tendo em vista a revogação desta. Hipóteses não previstas pela nova lei, mas que eram reguladas pela lei nº 6.368/76, deve ser solucionadas recorrendo-se ao Código de Processo Penal, excetuada a parte relativa à tramitação dos autos do inquérito policial, que continua encontrando abrigo na lei nº 6.368/76.

---

<sup>253</sup> Neste sentido, v. GUIMARÃES, R. R. C. *A nova lei de tóxicos – lei 10.409/2002 – aspectos polêmicos*. In *Revista dos Tribunais*, volume 813, pp. 481-484; GONÇALVES, V. E. R. *Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 68; PACHECO, J. E. de C. *Tóxicos*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 43; GUIMARÃES, I. S. *Tóxicos: Comentários, Jurisprudência e Prática*. Curitiba: Juruá, 2003, p.172; SILVA, J. V. *Tóxicos: Manual Prático*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 30; e CAPEZ, F. e GONÇALVES, V. E. R. *Questões polêmicas da nova lei de tóxicos*. In *Boletim IBCCrim*. São Paulo, abr.2002, ano 10, nº 113, p. 7.

Em 8 de julho de 2002, foram publicados no D.O. do Estado do Rio de Janeiro (Aviso da Presidência nº 29/2002, p. 1) três enunciados consolidados no I Encontro de Juízes de Varas Criminais de Entrância Especial, sendo que o primeiro deles prega que “aplica-se o procedimento previsto na Lei 10.409/02 aos crimes previstos na Lei 6.368/76, da competência da justiça Criminal Comum”, sem, contudo, fazer qualquer distinção quanto aos Capítulos IV e V da lei nº 10.409/2002, o que leva a crer que o enunciado se refere à aplicação integral das novas regras procedimentais. A questão já começou a ser enfrentada pela 2ª instância, que até agora não pacificou um entendimento. Em 11 de março de 2003, o Desembargador Eduardo Mayr denegou ordem de *habeas corpus* que postulava a aplicação do novo rito, sob o argumento de que “não é possível amalgamar-se a lei 6.368/76 em sua parte material com a Lei 10.409/02 em sua parte procedimental, pois em assim procedendo estaria o Magistrado criando uma ‘terceira lei’, invadindo competência do Poder Legislativo. Assim é que para as infrações penais tipificadas na Lei 6.368/76 continua em vigor o procedimento previsto no mesmo diploma legal, ressalvando-se que eventual reconhecimento de nulidade por adoção do rito indevido estará sujeito a comprovação de efetivo prejuízo, não presumível, nos termos do art. 563 do CPP”<sup>254</sup>. Em outra ocasião, o Juiz Marcus Quaresma Ferraz estabeleceu que “o Capítulo V da Lei nº 10.409/02, que trata da instrução criminal, não vinculou as regras nele estabelecidas aos crimes daquele diploma legal, ao contrário do Capítulo IV. Ao ser adotado o procedimento ali previsto, permitiu-se de forma mais ampla o exercício do direito de defesa, em comparação com o rito previsto na Lei nº 6.368/76”<sup>255</sup>.

Numa primeira análise, assiste razão ao segundo entendimento, pelas razões constantes do acórdão transcrito. Aplicar-se o rito da lei nº 10.409/02 aos crimes previstos da lei nº 6.368/76 não implica a criação judicial de uma “terceira lei”. Trata-se, apenas, de uma questão de sucessão de leis no tempo, que se resolve pela regra do artigo 2º, § 1º, da LICC. Se levássemos este argumento a sério, não poderíamos aplicar os procedimentos do Código de Processo Penal aos crimes previstos no Código Penal, pois, cada vez que isto fosse feito, estaria sendo criada uma nova lei, o que, em realidade, não ocorre. A proibida criação judicial de uma “terceira lei” somente se dará

---

<sup>254</sup> TJRJ, 7ª C.Crim., HC nº 480/2003, j. 11.mar.03, D.O. 25.jun.03, p. 340.

<sup>255</sup> TJRJ, 2ª C.Crim., Ap. crim. nº 4925/2002, j. 11.fev.03, D.O. 20.ago.03, p. 352.

se dispositivos procedimentais (que integram, portanto, a mesma “matéria”) das duas leis forem aplicados concomitantemente.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça podem ser encontrados precedentes para ambas as teses. A 6ª Turma, por exemplo, em certa ocasião, decidiu que “o rito especial previsto na Lei nº 10.409/02 aplica-se apenas aos crimes nela previstos, os quais, insertos nos artigos 14 a 26, que integram a seção única do Capítulo III, foram integralmente vetados por vício de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade de tais dispositivos no caso concreto, que continuam regidos pelo rito da Lei nº 6.368/76”<sup>256</sup>. Em sentido oposto, a 5ª Turma do mesmo tribunal uniformizou entendimento no sentido de que

“a Lei nº 10.409/2002, no que concerne o rito procedimental previsto aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, revogou parcialmente a Lei nº 6.368/76, encontrando-se, inclusive, em vigência. Consoante o entendimento da colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (...) a inobservância do art. 38, da Lei nº 10.409/2002, substanciada na falta de oportunidade ao acusado de apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da peça inicial acusatória, não constitui nulidade absoluta, mas relativa, dependendo, para o seu conhecimento, de efetivo prejuízo”<sup>257</sup>.

Embora aplicável o novo rito, o Superior Tribunal de Justiça não reconhece nulidade absoluta na adoção do procedimento da lei nº 6.368/76, como se observa do seguinte acórdão: “a não aplicação da Lei 10.409/2002 à ação penal instaurada contra o paciente, por si só, não enseja nulidade, pois depende da comprovação do prejuízo”<sup>258</sup>.

Em todo o caso, a polêmica persiste no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como demonstrou a publicação da “Carta do Rio de Janeiro”, elaborada por ocasião do evento chamado “Justiça contra as drogas”, que traz uma série de recomendações, sendo que a décima-quarta diz o seguinte: “a coexistência de duas leis sobre tóxicos (Leis 6.368/76 e 10.409/02), está acarretando problemas exegéticos quanto ao procedimento para a aplicação do direito material e, com isso, **beneficiando agentes do tráfico de entorpecentes (?)**, sendo urgente e necessária a edição de um

<sup>256</sup> STJ, 6ª Turma, HC nº 31.568-GO, rel. Min. Paulo Medina, j. 16.mar.04, D.J. 12.abr.04, p. 238.

<sup>257</sup> STJ, 5ª Turma, HC nº 29.549-SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.set.03, D.J. 13.out.03, p. 393. No mesmo sentido e da mesma relatora, v. HC nº 29.005-TO, j. 16.set.03, D.J. 13.out.03, p. 392, HC nº 28.545-GO, j. 16.set.03, D.J. 13.out.03, pp. 389-390, HC nº 28.659-MG, j. 16.set.03, D.J. 13.out.03, p. 390, HC nº 27.395-MG, j. 16.set.03, D.J. 13.out.03, p. 388 e RHC nº 14.533-RJ, j. 16.set.03, D.J. 13.out.03, p. 383.

<sup>258</sup> STJ, 5ª Turma, RHC nº 15.346, rel. Min. Gilson Dipp, j. 25.maio.04, D.J. 2.ago.04, p. 422. No mesmo sentido e do mesmo relator, v. RHC nº 15.681-SP, j. 25.maio.04, D.J. 2.ago.04, p. 425, e RHC nº 15.629-SP, j. 25.maio.04, D.J. 2.ago.04.

novo diploma legal”<sup>259</sup>. Há decisões, inclusive, que, corroborando o quanto se disse neste trabalho, não reconhecem nulidade alguma na adoção do rito da lei nº 6.368/76: “inexiste nulidade a declarar quando o Juiz de primeiro grau imprime ao feito o rito mais solene, dando plena defesa aos acusados, não lhes causando qualquer prejuízo”<sup>260</sup>.

Deve-se reconhecer não ser recomendável a aplicação de uma lei que foi amplamente vetada pela Presidência da República, pois as polêmicas já são muitas e inevitáveis, ao passo que na lei nº 6.368, em vigor desde 1976, todos os problemas interpretativos já encontraram alguma solução — ainda que não a mais correta tecnicamente — pela doutrina e jurisprudência. Ocorre que a vigência e revogação de leis, por afetarem diretamente o valor “segurança jurídica” que inspira o Estado de direito, são assuntos nos quais o bom senso e as razões práticas devem ficar de fora, em favor de critérios estritamente jurídicos. E os critérios jurídicos postulam a aplicação do rito, por assim dizer, policial da lei nº 6.368/76 e do rito judicial da lei nº 10.409/02, sempre com a complementação das lacunas pelo Código Penal e pelo Código de Processo Penal.

Caso tivesse sido submetida à aprovação da Presidência da República a redação original do PL nº 1.873, de autoria do Deputado Elias Murad, não estaríamos discutindo este assunto. Isto porque, ao menos no que tange à organização dos artigos sobre procedimento em capítulos e seções, este projeto de lei dispunha de técnica infinitamente superior à do substitutivo do Senado Federal (que redundou na lei nº 10.409/02). O procedimento penal vinha regulado no Capítulo IV, que era subdividido em quatro seções, a saber: 1) das regras gerais; 2) da fase pré-processual; 3) da instrução criminal; e 4) outras disposições processuais. Na seção das regras gerais, isto é, que informam todas as demais regras seguintes, localizava-se o artigo 27, que possuía redação semelhante à do artigo 27 da lei nº 10.409/2002<sup>261</sup>. Uma vez vetados todos os crimes, como fatalmente seriam, dúvida alguma haveria de que todo o Capítulo IV seria inteiramente inaplicável, e assim subsistiria íntegra a parte procedimental da lei nº 6.368/76.

---

<sup>259</sup> A “Carta do Rio de Janeiro” foi publicada no D.O.E.R.J de 15.ago.03, pp. 1 e 2.

<sup>260</sup> TJRJ, 8ª Câmara Criminal, Ap. crim. nº 1498/2004, rel. Des. Valmir Ribeiro, j. 17.jun.04, D.O. 23.fev.05, p. 448.

<sup>261</sup> Eis a redação do artigo 27 do PL nº 1.873/91 originário: “O procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se subsidiariamente as disposições do Código de Processo Penal”.

Na forma atual, fica evidente que a intenção era a de fazer o mesmo, ou seja, de que os Capítulos IV e V fossem seções, inseridas dentro do Capítulo destinado às disposições procedimentais. Lamentavelmente, para a desgraça dos intérpretes, isto não foi feito.

A Presidência da República e o Poder Legislativo, cientes da péssima lei que juntos criaram, cuidaram de remediar a situação. Estava tramitando nas casas legislativas o PL nº 6.108/02, de autoria do Poder Executivo, que modifica a lei nº 10.409/02, cujo objetivo é o de inserir novos dispositivos — inclusive os crimes — no lugar dos que foram vetados, revogando, de uma vez por todas e completamente, a lei nº 6.368/76. Com um método um pouco diferente, uma Comissão Mista do Senado Federal elaborou o PL nº 7.134/2002, que, se aprovado, disciplinará em sua totalidade a questão das drogas, com a previsão de crimes, de novo procedimento (que quase repete o procedimento da lei nº 10.409/2002), revogando expressamente não só a lei nº 6.368/76, como também a própria recém-nascida lei nº 10.409/2002.

É bom que o Congresso Nacional já esteja se mexendo, pois, caso o procedimento judicial da lei nº 10.409/2002 (art. 37 a 45) seja declarado inconstitucional como deveria (por violar o devido processo legal procedimental), poderemos vir a ter a situação de crimes sem procedimento (já que a lei nº 6.368/76 não poderá ser ressuscitada), por cuja prática, evidentemente, ninguém poderá ser processado. Estamos falando da descriminalização forçada (e involuntária, naturalmente) de todas as condutas relacionadas às drogas ilícitas...

## 5. Conclusão

O presente trabalho permite alcançar algumas conclusões, oferecidas à reflexão dos juristas e dos formuladores das políticas de drogas. A política de drogas praticada no Brasil, como de resto na América Latina, é importada dos Estados Unidos da América, sem que se dê atenção às particularidades regionais, bem como sem que se discuta seriamente as relevantes questões relacionadas ao seu uso. Como afirma categoricamente Rosa Del Olmo, a possível periculosidade das drogas “*no es lo que está en juego y mucho menos el interés por la ‘salud pública’ sino más bien poderosos intereses de tipo económico y político*”<sup>262</sup>.

Os interesses que estão por trás da política criminal de drogas norte-americana consistem na interferência política, seja através do envio de soldados, seja através do fornecimento de recursos bélicos, seja simplesmente por intermédio de campanhas ideológicas, nos países latino-americanos. Neste diapasão, a associação de movimentos insurgentes com o narcotráfico, propicia que um conflito essencialmente político, como o que está atualmente em curso na Colômbia, seja criminalizado, turvando-se, deste modo, a correta compreensão acerca dele. Deixa-se de lado o paradigma político de tratamento do assunto, para introduzir-se o paradigma criminal de repressão. Além da interferência política, o narcotráfico serve de pretexto para que os Estados Unidos da América mantenham permanentemente agentes infiltrados nos órgãos de inteligência nacionais, assim como embrenhados na Amazônia, cujas inigualáveis riquezas naturais sempre foram objeto de cobiça internacional.

O discurso bélico norte-americano de “ameaça à segurança nacional”, protagonizado pelo “inimigo interno”, há décadas vem sendo praticado no âmbito da segurança pública brasileira, que passou a aplicar as táticas militares de repressão. Neste universo, o tráfico de drogas assumiu um protagonismo natural, da atividade a ser reprimida, pois dela emanam todas as outras, típicas do crime organizado: tráfico de armas, roubos, seqüestros, lavagem de dinheiro etc. Este protagonismo se deve à circunstância de que o comércio ilegal é praticado pelos excluídos do neoliberalismo, configurando uma das principais estratégias de sobrevivência da pobreza. Os conflitos

---

<sup>262</sup> ¿Prohibir o Domesticar?, cit., p. 35.

sociais, assim, restam criminalizados. Não mais se discute a origem de tais conflitos sociais, mas somente a necessidade de reprimi-los.

Como revela Vera Malaguti, “estatísticas apontam hoje a droga como principal fator de criminalização da juventude”, sendo que “cerca de 49% dos adolescentes que entram no sistema estão envolvidos com drogas (38% por tráfico, 11% por consumo). A maioria desses meninos vem dos morros, favelas e bairros pobres cariocas e 38% são analfabetos”<sup>263</sup>. O pressuposto dessa cruzada criminal contra as drogas é o processo de desumanização e de demonização, que, como visto, foi tão caro ao nazismo na tarefa de arregimentar a simpatia ou, na pior das hipóteses, a indiferença de todos com o extermínio de milhões de judeus. Traficantes são retratados como pessoas naturalmente perversas, que vitimizam os usuários, ao vender-lhes as substâncias mortíferas; vitimizam a sociedade, ao disseminar a violência pela cidade afora; vitimizam a economia, ao lavarem o dinheiro decorrente de sua mercancia espúria<sup>264</sup>, e assim por diante. O processo de demonização permite que políticas sociais genocidas sejam utilizadas a pretexto de combate ao tráfico de drogas. Muitas pessoas perdem suas vidas em razão disto, como demonstram as estatísticas oficiais sobre homicídios praticados pela polícia.

Uma das principais armas para comover a população e deixá-la indiferente ao genocídio de pobres e negros é o medo, que se aproveita da já instalada situação de insegurança existencial, decorrente da redução do número de empregos, da flexibilização de direitos trabalhistas, da mundialização da economia. A população, porém, é induzida a pensar que sua segurança existencial se resume à segurança individual, cuja maior ameaça é o crime. Não encontram muita dificuldade, assim, políticos conservadores para convencer o eleitorado de que a solução de todos os males é a repressão contínua e total de qualquer fato criminoso, mesmo os mais inofensivos. Estabelece-se, na classe política a noção de que a criminalização dos conflitos sociais é o caminho a ser seguido, pois esta estratégia ocultamente assegura a parcela de poder que possuem, e que, em outros setores, já lhes escapou.

---

<sup>263</sup> Díficeis Ganhos Fáceis – Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e ICC, 1998, p. 27.

<sup>264</sup> Representativo do discurso da vitimização da economia é o artigo de Giovanni Quaglia (publicado no jornal O Globo, de 6 de setembro de 2004, seção “Opinião”, p. 7), no qual afirma que “a lavagem de dinheiro ameaça a integridade e a confiabilidade dos sistemas financeiro e de comércio. Também afeta a cadeia econômica dos países, pois o dinheiro lavado subsidia negócios de fachada que oferecem produtos a preços abaixo do mercado, distorcem a concorrência e prejudicam negócios legais”.

Enraizados na classe política os equívocos oriundos da doutrina de “lei e ordem”, o endurecimento penal vai avançando pouco a pouco sobre a legislação penal, distendendo-a ao máximo. Nem mesmo a Constituição da República passou incólume pela onda repressiva que nos domina. O processo penal, reflexamente, vai assumindo contornos repressivos, muito por causa de sua íntima relação com o direito penal. Se a decisão política preconiza o direito penal máximo, não poderíamos ter um processo penal, por assim dizer, mínimo. Este fatalmente seguirá o destino daquele.

Neste compasso, a produção legislativa vem seguindo uma tendência de transformar o estado de emergência em regra, com legislação marcadamente repressiva. Um dos sinais do estado de emergência, em âmbito processual penal, é a lei nº 10.409/2002, que sumarizou o procedimento para os crimes de tráfico de drogas (e condutas afins). A tendência de sumarização, aliás, é perceptível desde que se retirou sua disciplina do Código de Processo Penal, lançando-a nos braços da legislação extravagante. O novo procedimento, tributário da justiça ligeira, é inconstitucional, pois não assegura apropriadamente as possibilidades de defesa. Se é verdade que, como afirma Aury Lopes Jr., “o processo penal é uma das expressões mais típicas do grau de cultura alcançado por um povo no curso da sua história”<sup>265</sup>, a atual feição do processo nos indica que temos muito ainda a fazer, antes de merecermos o título de civilizados. A nova cláusula constitucional da garantia ao desfecho do processo em tempo razoável não alterou o panorama. Além de se tratar de valor já incluído no espectro do devido processo legal, bem como de norma já inserida no ordenamento jurídico pátrio através da promulgação do Pacto de São José da Costa Rica, trata-se de garantia do indivíduo, que, por conseqüência, não pode ser utilizada para prejudicá-lo.

Nem tudo na lei nº 10.409/02, é ruim. A instituição da defesa preliminar anterior ao recebimento da denúncia constitui inovação importante, na medida em que propicia ao réu a oportunidade de demonstrar ao juiz a ilegalidade da instauração da ação penal. No entanto, os tribunais, lamentavelmente, vêm transigindo com a exigibilidade de apresentação da defesa, vislumbrando mera nulidade relativa na decisão que não oportuniza ao réu o oferecimento da peça defensiva. São os efeitos da “lei e ordem” no âmbito do Poder Judiciário, que consente com que se realize do processo penal apenas um simulacro de tutela às garantias constitucionais do indivíduo.

---

<sup>265</sup> LOPES JR., Introdução Crítica..., cit., p. 39.

Os juristas efetivamente incorporaram os equívocos dos discursos de “lei e ordem”, tornando-se reprodutores, em sua área de atuação, dos mesmos abusos e violências. No que concerne às drogas, a demonização está presente, seja quanto ao uso<sup>266</sup>, seja quanto ao tráfico.

No que concerne ao procedimento penal da lei nº 10.409/02, enquanto não for declarada sua inconstitucionalidade, apenas a parte relativa à instrução criminal (art. 37 ss) deve ser aplicada aos crimes dos artigos 12, 13 e 14 da lei nº 6.368/76, que foi parcialmente revogada. Na parte policial, continua a valer a lei nº 6.368/76, sendo que, de qualquer forma, as omissões são supridas pela utilização subsidiária do Código de Processo Penal.

Diga-se, para encerrar, que o objetivo principal deste trabalho foi demonstrar como o direito está ligado à política, principalmente à política econômica. Procurou-se demonstrar a urgência da necessidade de pensar-se politicamente o direito, principalmente nos tempos atuais, em que as classes conservadoras se empenham tanto em retratar a situação atual como caso de polícia, e não como o resultado de políticas econômicas subservientes aos países centrais do planeta. Só o amadurecimento da nossa reflexão política fará com que nossas instituições se aprimorem, na direção da promoção do desenvolvimento individual. É preciso, pois, retirar com rapidez a população brasileira do estado de idiotização preocupante em que se encontra, e injetar nela doses generosas de conscientização política. Isto vale também para os juristas. É preciso que nos recordemos sempre da advertência de Roberto Mangabeira Unger:

“não podemos mudar o Brasil dentro de uma democracia sonolenta como aquelas que existem hoje nos países ricos do Atlântico Norte. Uma democracia de alta energia, servida por um nível elevado de mobilização política dos cidadãos e dotada de mecanismos que resolvam, prontamente, os impasses entre os poderes políticos do Estado, é o que precisamos ter”<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> Chama a atenção, neste particular, o “decálogo contra a liberação ou discriminação das drogas”, de autoria de Menna Barreto, onde se encontram absurdos do tipo “os jovens passariam a autodrogar-se nas ruas, transformando o país num vasto hospital”, ou como “o país estaria comprometido na sua própria força e trabalho nacional” ou, ainda, como “o uso de drogas não é opção de liberdade democrática. Aos regimes de forças ditatoriais é que interessa uma sociedade intoxicada e amorfa, incapaz de discernir sobre o seu destino” (Lei de Tóxicos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, pp. 13-14).

<sup>267</sup> A Segunda Via. São Paulo: Boitempo Ed., 2001, p. 16.

## 6. Referências bibliográficas

ALONSO, Pedro Aragonese. *Proceso y Derecho Procesal*. Madri: Aguilar, 1960.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *As relações perigosas: Brasil-Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

BAPTISTA, Marcos. *Drogas, Estado, sociedade*. In BAPTISTA, Marcos; CRUZ, Marcelo Santos; MATIAS, Regina. (orgs.). *Drogas e Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Ed. Uerj, 2003, vol. 1, pp. 25-33.

BARATTA, Alessandro. *Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas*. Trad. Francisco Inácio Bastos. In GONÇALVES, Odair Dias e BASTOS, Francisco Inácio. *Só Socialmente...* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992, pp. 35-49.

BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. *Lei de Tóxicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELOS, Ana Paula de. *Presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e outro tópicos de direito processual penal à luz da constituição de 1988*. In *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, nº 4, ano 2, 2º sem.97, p. 59-68.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

\_\_\_\_\_. *Política criminal com derramamento de sangue*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, out.-dez./97, nº 20, pp. 129-146.

\_\_\_\_\_. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, jan.-mar./03, nº 42, pp. 242-263.

\_\_\_\_\_. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_. *Difíceis Ganhos Fáceis – Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e ICC, 1998.

\_\_\_\_\_. *A construção do transgressor*. In BAPTISTA, Marcos; CRUZ, Marcelo Santos; MATIAS, Regina (orgs.). *Drogas e Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Ed. Uerj, 2003, 2º vol. , pp. 157-163.

\_\_\_\_\_. DUMANS, Alexandre Moura. *Drogas: nada de novo no front*. Revista Ciência Hoje. Vol. 31, nº 181, abr./02, pp. 36-39.

BAUMAN, Zygmunt. *Em Busca da Política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

\_\_\_\_\_. *Modernidade e Holocausto*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *Mídia, violência e sistema penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, jan.-mar./03, nº 42, pp. 225-235.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. Niterói: Luam, 1996.

CASTELLAR, João Carlos. Lavagem de Dinheiro – A questão do bem jurídico. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

\_\_\_\_\_. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHOMSKY, Noam. Contendo a Democracia. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1995.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. *Produzindo o mito da “guerra civil”: naturalizando a violência.* In BAPTISTA, Marcos; CRUZ, Marcelo Santos; MATIAS, Regina (orgs.). Drogas e Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: Ed. Uerj, 2003, 2º vol. , pp. 165-173.

COSTA, Cláudio Figueiredo; MALAN, Diogo Rudge. *A inconstitucionalidade da ausência de fundamentação na decisão de recebimento da denúncia.* In Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 1º e 2º sem.2000, n<sup>os</sup> 9/10, pp. 221-227.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia do processo sem dilações indevidas.* In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: RT, 1999, pp. 234-260.

\_\_\_\_\_. Tempo e Processo. São Paulo: RT, 1997.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, vol. I.

DORNELLES, João Ricardo Wanderley. Conflito e Segurança – Entre Pombos e Falcões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, vol. 5.

FERNANDES, Antonio Scarance. A Reação Defensiva à Imputação. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. Processo Penal Constitucional. São Paulo, RT, 1999.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite e FERNANDES, Geórgia Bajer. Nulidades no Processo Penal. São Paulo: Ed. RT, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Trad. Rocío Cautarero Bandrés *et alii*. Madri: Ed. Trotta, 2000.

FERRARI, Eduardo Reale. *Nova lei de tóxicos: ausência de política preventiva e suas aberrações jurídicas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, jan.-mar./2003, nº 42, pp. 281-294.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. São Paulo: RT, 1994.

GALEANO, Eduardo. De Pernas Pro Ar – A Escola do Mundo ao Averso. Sérgio Faraco (trad.). Porto Alegre: LP&M, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Direito de Apelar em Liberdade. São Paulo: Ed. RT, 1994.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Crimes Hediondos, Tóxicos, Terrorismo, Tortura. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Procedimentos sumários em matéria penal*. In GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em Evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, pp. 272-285.

\_\_\_\_\_; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Tóxicos: Comentários, Jurisprudência e Prática. Curitiba: Juruá, 2003.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemin. *A nova lei de tóxicos – lei 10.409/2002 – aspectos polêmicos*. RT 813/478-491.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. José Lamago (trad.). Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido Processo Legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *(Des)velando o risco e o tempo no Processo Penal*. In GAUER, Ruth M. Chittó. (org.). *A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, pp. 139-177.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: *Editores del Puerto*, 2002, Tomo I - Fundamentos.

MARCÃO, Renato Flávio. *Anotações pontuais sobre a Lei 10.409/2002 (nova lei antitóxicos) – procedimento e instrução criminal*. In *Revista dos Tribunais*, volume 797, pp. 492-505.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Ed. Estampa, 1994.

MORAES, Maurício Zanoide. *Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo, Ed. RT, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 1-13.

NASCIMENTO, André. *Defesa preliminar do funcionário público e denúncia precedida de inquérito policial*. *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2º sem./2002, nº 12, pp. 377-385.

NEDER, Gizlene. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1995.

OLMO, Rosa Del. *A Face Oculta da Droga*. Teresa Ottoni (trad.). Rio de Janeiro: Revan, 1990.

\_\_\_\_\_. *¿Prohibir o Domesticar?* Caracas: Ed. Nueva Sociedad, 1992.

\_\_\_\_\_. *Drogas y Conflictos de Baja Intensidad en América Latina*. Santa Fé de Bogotá: Ed. Forum Pacis, 1994.

PABÓN, Mauricio Avedaño. *O processo de produção das deliberações sobre a política de drogas e a implementação da política de redução de danos na Colômbia*. Trad. Regina Matias. In BAPTISTA, Marcos; CRUZ, Marcelo Santos; MATIAS, Regina (orgs.). *Drogas e Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Ed. Uerj, 2003, 2º vol. , pp. 41-55.

PACHECO, José Ernani de Carvalho. *Tóxicos*. Curitiba: Juruá, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Teoria geral dos procedimentos especiais*. Farias, Cristiano Chaves de. Didier Jr., Fredie (coords). *Procedimentos Especiais Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 1-10.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Introdução do Instituto da Transação Penal no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1999.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

SILVA, Jorge Vicente. *Tóxicos: Manual Prático*. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA JÚNIOR, José. *A “nova” lei antidrogas*. Boletim IBCCrim. São Paulo, fev.2002, ano 10, nº 111, pp. 11-13.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência – Uma Contribuição à Teoria do Crime Culposos*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

TÓRTIMA, Pedro. Crime e Castigo Para Além do Equador. Belo Horizonte: Inédita, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: Ed. RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Processo e procedimentos penais*. In Revista Forense, volume 345, pp. 141-154.

UNGER, Roberto Mangabeira. A Segunda Via. São Paulo: Boitempo Ed., 2001.

WACQUANT, Loïc. Punir os Pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: ICC e Freitas Bastos, 2001.

YOUNG, Jock. A Sociedade Excludente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: ICC e Revan, 2002.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)