



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATHEUS CAMPOS DE FREITAS

**A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NOS PROCESSOS DE
TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE DA FRAGILIDADE
DA PROVA PELA MAXIMIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE
VERACIDADE DOS ATOS POLICIAIS PARA O
ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006**

Salvador
2018

MATHEUS CAMPOS DE FREITAS

**A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NOS PROCESSOS DE
TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE DA FRAGILIDADE
DA PROVA PELA MAXIMIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE
VERACIDADE DOS ATOS POLICIAIS PARA O
ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Profº Roberto de Almeida Borges Gomes

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

MATHEUS CAMPOS DE FREITAS

A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NOS PROCESSOS DE TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE DA FRAGILIDADE DA PROVA PELA MAXIMIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS POLICIAIS PARA O ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2018.

Ao
Meu avô Carlos Alberto, que não se encontra mais neste plano, mas sempre idealizou meu ingresso na carreira jurídica e de longe está vibrando e emanando vibrações positivas por mim.

AGRADECIMENTOS

A Deus,

Pela vida e pela oportunidade de evolução.

A minha mãe Viviane e aos meus avós Carlos Alberto e Gracia,

Pelo apoio incondicional em todos os momentos da minha vida, pela base educacional, afetiva e assistencial,

Ao meu irmão Tiago, a minha tia Verena e ao meu tio Fernando,

Por fazerem parte da minha vida e estarem sempre ao meu lado, me preenchendo com amor e carinho,

A minha amada Natália,

Pelo companheirismo, cumplicidade, amor incondicional e pelo amparo na minha trajetória acadêmica,

Ao Professor Roberto Gomes,

Pelos ensinamentos e por ter me orientado a construir esse trabalho, sempre me atendendo e auxiliando com presteza e profissionalismo,

Em nome do caro amigo Alex Lins, a todos servidores da 3ª Vara de Tóxicos por tornarem possível e contribuírem para a pesquisa empírica do presente trabalho,

A todos os meus amigos,

Por sempre estarem ao meu lado sempre e compartilhar momentos comigo.

“Agradeço todas as dificuldades que enfrentei; não fosse por elas, eu não teria saído do lugar. As facilidades nos impedem de caminhar. Mesmos as críticas nos auxiliam muito”.

Chico Xavier.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como escopo analisar a fragilidade da prova dos processos de tráfico de drogas pela maximização da presunção de veracidade dos atos policiais. Para tanto, discorrer-se-á brevemente no primeiro capítulo sobre o histórico e pontos importantes da legislação brasileira no cenário de previsão às drogas ilícitas e ao tráfico de entorpecentes, perpassando-se pelo rito da Lei de Droga e pelos meios de provas que podem ser utilizados para comprovar a prática do crime tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006, ressaltando-se também o papel e atuação da polícia judiciária no cenário investigativo e probatório. Será analisado através de pesquisa empírica de processos da 3ª Vara de Tóxicos de Salvador/BA como são originados e instruídos os processos e procedimentos relacionados ao crime de tráfico de drogas para verificar quais os meios de provas são comumente utilizados para provar a existência do fato e a autoria do crime, e como vem sendo sentenciadas as ações penais. Nesse contexto, será dado ênfase à participação policial no momento pré-processual e no decorrer das ações penais relativas ao crime supracitado, em razão do resultado encontrado na pesquisa empírica. Diante disso, em razão da maximização da presunção de veracidade dos atos policiais analisar-se-á as implicações legais e possíveis violações que podem ser causadas ao ordenamento jurídico, colocando-se de um lado corrente doutrinária defensiva da legitimidade das condenações com base em depoimentos policiais e de outro lado parcela da doutrina que entende por causar violações jurídicas. Com o intuito de desmitificar tal divergência, será trazido o posicionamento crítico do presente trabalho.

Palavras-chave: tráfico de drogas; lei de drogas; instrução probatória; policial; atos policiais; depoimento policial.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

doc.	Documento
VT	Vara de Tóxicos
art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
THC	<i>tetraidrocanabinol</i>
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
JECRIM	Juizado Especial Criminal
TJ	Tribunal de Justiça
PIC	Procedimento Investigatório Criminal
APF	Auto de Prisão em Flagrante

LISTA DE FIGURAS, GRÁFICOS E TABELAS

Gráfico 01	Origem dos procedimentos investigativos preliminares	65
Gráfico 02	De que decorreu o AFP	66
Gráfico 03	Presidência dos procedimentos investigativos preliminares	68
Gráfico 04	Atos investigativos dos procedimentos preliminares	69
Gráfico 05	Das provas produzidas nas ações penais	73
Gráfico 06	Testemunhas inquiridas	75
Gráfico 07	Sentença	76
Gráfico 08	Das condenações por meio de prova da autoria	79
doc. 01	Certidão de processos sentenciados na 3ª VT	
doc. 02	Relação de processos sentenciados na 3ª VT	
doc. 03	Relação de processos distribuídos em 2016 na 3ª VT	
doc. 04	Relação de processos distribuídos em 2017 na 3ª VT	
doc. 05	Relação de processos sentenciados em 2016 na 3ª VT	
doc. 06	Relação de processos sentenciados em 2017 na 3ª VT	
doc. 07	Relação de procedimentos preliminares e ações penais da Vara dos Feitos Relativos a Delitos Praticados por Organização Criminosa	
doc. 08	Relação de pedidos de realização de medidas cautelares na Vara dos Feitos Relativos a Delitos Praticados por Organização Criminosa	

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DO PROCESSO DE TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL	14
2.1 DROGAS ILÍCITAS NO BRASIL E A LEI 11.343/2006	14
2.1.1 Breve histórico sobre drogas	15
2.1.2 Norma penal em branco	19
2.1.3 Diferença entre usuário e traficante	21
2.1.4 Tipo penal alternativo	23
2.2 DA ATUAÇÃO POLICIAL PRELIMINAR NOS CASOS DE TRÁFICO DE DROGAS	24
2.2.1 Do policiamento ostensivo	26
2.2.2 Investigação preliminar pela polícia judiciária	27
2.2.3 Inquérito Policial	29
2.3 DO RITO DA LEI DE DROGAS	31
2.3.1 Instauração da Ação Penal	31
2.3.2 Instrução Processual	33
2.3.3 Interrogatório do acusado	34
3 PROVAS E PRINCÍPIOS	38
3.1 DAS PROVAS	38
3.1.1 Teoria geral das provas	41
3.1.2 Tipos de prova nos procedimentos sobre drogas	43
3.1.3 Diferença entre testemunha e informante	48
3.1.4 Ônus da prova	50
3.2 DOS PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PROVA	53
3.2.1 Princípio do devido processo legal	54
3.2.2 Princípios da ampla defesa e do contraditório	55
3.2.3 Princípio da presunção de veracidade	57
3.2.4 Princípio da presunção de inocência	59
3.2.5 Princípios do “favor rei” e <i>in dubio pro reo</i>	61
4 ANÁLISE EMPÍRICA DE PROCESSOS DA 3ª VARA DE TÓXICOS DE SALVADOR/BA	63

4.1 DOS PROCEDIMENTOS INVESTIGATIVOS PRELIMINARES	64
4.1.1 Da origem dos procedimentos investigativos preliminares	64
4.1.2 Da presidência da investigação preliminar	67
4.1.3 Dos atos investigativos preliminares	69
4.2 DAS AÇÕES PENAIS	72
4.2.1 Das provas produzidas	72
4.2.2 Das testemunhas inquiridas	74
4.2.3 Da sentença	76
4.3 DA RELAÇÃO ENTRE MEIO DE PROVA DA AUTORIA E SENTENÇA	78
5 DA FRAGILIDADE DA PROVA PELA MAXIMIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS POLICIAIS PARA O ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006	81
5.1 DA MAXIMIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS POLICIAIS	81
5.2 DA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS	84
5.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	92
5.4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES	95
6 CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	105

1 INTRODUÇÃO

A área de concentração da presente pesquisa é o direito público e processual. Direito Público, pois se trata de matéria de interesse público, qual seja o poder-dever do Estado de exercer a persecução penal e punir aqueles que cometem crimes e contravenções penais. Direito Processual porque o objeto de pesquisa será voltado ao processo penal, discutindo-se um problema jurídico de matéria processual, mas ressaltando-se que ao se tratar de problemas jurídicos, ainda que processuais, é inevitável passar pelo Direito Material. Assim, a disciplina em que será concentrada a pesquisa é o Direito Penal, com enfoque no Direito Processual Penal.

A presente pesquisa versa sobre um grande problema atual brasileiro, que é o tráfico ilícito de entorpecentes, crime tipificado na Lei 11.343/2006. O tráfico de drogas é atualmente o crime que mais aprisiona no Brasil, sendo responsável diariamente por inúmeros homicídios em razão das disputas pelo controle do tráfico e das facções criminosas.

O tráfico de drogas, todavia, é um mundo onde diversos pontos podem ser discutidos e refletidos. No presente trabalho, têm-se como objetivo demonstrar como vêm ocorrendo os procedimentos investigativos e os processos relacionados às drogas para ao final analisar como tem sido proferidas as sentenças e as condenações por tráfico de drogas. Nesse contexto, na tentativa de evidenciar que o depoimento policial é o meio de prova constantemente utilizado para provar a existência do fato e a autoria do crime, analisar-se-á quais meios de provas são previstos na legislação e quais deles vem sendo utilizados para respaldar as condenações.

Pelo objeto do presente trabalho ser processos, provas e análise de condenações, realizar-se-á pesquisa empírica com base na análise quantitativa de processos de uma das varas de tóxicos desta capital, qual seja a 3ª Vara de Tóxicos de Salvador/BA.

A presente pesquisa científica tem como metodologia o tipo de pesquisa bibliográfica, bem como a pesquisa documental, pois será elaborada a partir de materiais já publicados, a exemplo de livros, artigos, periódicos, internet, bem como a partir de materiais que ainda não foram objeto de análise.

Assim, a pesquisa será na forma qualitativa, realizando-se interpretações de hipóteses através dos materiais supracitados, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, bem como na forma quantitativa, visto que serão trazidos números e índices de processos 3ª Vara de Tóxicos de Salvado/BA.

Para tanto, este trabalho será dividido em seis capítulos, sendo o primeiro deles esta introdução, que busca informar o tema de pesquisa e como a mesma será estruturada.

No segundo capítulo, será exposta uma breve síntese histórica no que se refere à previsão da legislação brasileira sobre as drogas, perpassando pela evolução legislativa até chegar a atual lei vigente, que é a Lei 11.343/2006.

Superada a evolução histórica e a previsão legal do sistema jurídico brasileiro, adentrar-se-á nos pontos que fazem parte do núcleo do presente trabalho, que são os processos de tráfico de drogas e a instrução probatória.

Pelo tema de pesquisa estar relacionado a processos, faz-se mister discorrer sobre os procedimentos investigativos preliminares, que ocorrem em momento pré-processual e que nos casos relacionados às drogas fundamentam a deflagração da ação penal, e sobre provas, dois momentos que são de fundamental importância para ao final da ação ser proferida a sentença.

Ao adentrar nos procedimentos preliminares, discorrer-se-á um pouco sobre a atuação policial, demonstrando-se como a legislação prevê o papel da polícia nos procedimentos preliminares, sobretudo na investigação.

Mais adiante, já no terceiro capítulo, o objeto será provas e os princípios relacionados às provas. Como o tema do presente versa sobre instrução probatória, nada mais justo que uma breve reflexão sobre a teoria geral das provas, sobre os meios de provas que podem ser utilizados nos processos de tráfico de drogas e sobre quem detém o ônus probatório nestes processos. Ademais, os princípios analisados serão aqueles que estão relacionados às provas e ao tema da presente pesquisa.

Após exposição teórica dos temas supracitados, no quarto capítulo, serão demonstrados os dados quantitativos da pesquisa empírica realizada. Estes dados serão sobre os seguintes pontos: origem e presidência dos procedimentos investigativos preliminares; atos investigativos adotados nos procedimentos

investigativos preliminares; meios de provas utilizados na ação penal; testemunhas inquiridas na instrução probatória; prolação da sentença; relação entre meio de prova utilizado e sentença.

Estes pontos serão analisados visando esclarecer como são instruídos os processos e procedimentos relativos a drogas, quais meios investigativos e probatórios são utilizados e como vem sendo decididos os pedidos condenatórios.

Após análise dos meios de provas utilizados nas ações penais, restará evidenciado que um determinado meio de prova é muito utilizado para provar a existência do fato e autoria do crime, em muitos dos casos sendo o único meio de prova, qual seja o depoimento policial.

Nestes casos, o meio de prova para provar a existência do fato e autoria seria o depoimento daquele que realizava a ronda de rotina, que foi informado da prática do tráfico de drogas ou que participou do procedimento investigativo sob o acusado, estando inserido no contexto prévio à instrução processual. Será apontado que o depoimento policial tem presunção de veracidade conferida pela legislação e que por isso ele é comumente utilizado como meio de prova nos processos de tráfico de drogas.

Nesse contexto, após a análise dos pontos da pesquisa empírica e do resultado evidenciado, qual seja o depoimento policial ser utilizado como único meio de prova da existência do fato e da autoria do crime, já no quinto capítulo, analisar-se-á criticamente como a maximização da presunção de veracidade dos atos policiais para o enquadramento no crime de tráfico de drogas pode causar violações aos princípios processuais penais relacionados às provas e ao ordenamento jurídico penal, colocando de um lado a corrente doutrinária que defende a legitimidade destas condenações e de outro a corrente doutrinária que entende que esta prática pode causar violações ao ordenamento jurídico brasileiro.

No sexto capítulo, serão sintetizadas as conclusões acerca do tema e do problema de pesquisa, posicionando-se sobre elas.

2. DO PROCESSO DE TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

O processo de tráfico de drogas no Brasil decorre do exercício do direito de ação por parte do Ministério Público, que é a instituição legitimada para propor ações penais contra indivíduos que cometem ilícitos penais relacionados a drogas ilícitas no país.¹ Tal processo trata-se de ação penal pública incondicionada, que é aquela em que apenas o Ministério Público tem legitimidade para propor, independentemente de representação do ofendido, afinal a vítima dos delitos relacionados a drogas é a sociedade e quem representa os interesses da sociedade em juízo é o referido órgão público.

Aplica-se aos processos de tráfico de drogas toda a teoria geral do Direito Penal e do Direito Processual Penal, bem como os princípios penais e processuais penais. Todavia, ele é regulado por Lei Especial, qual seja a Lei 11.343/2006, o que não afasta a aplicação do Código Penal e Código de Processo Penal Brasileiro.

2.1. DROGAS ILÍCITAS NO BRASIL E A LEI 11.343/2006

Droga é toda substância que provoca alteração ao desempenho natural do corpo, após ingestão, com mudanças físicas ou psíquicas em um indivíduo, seja ela natural ou artificial.² O que define se uma droga é lícita ou ilícita é se o Estado permite ou proíbe o consumo em seu território. O álcool, por exemplo, é uma substância que provoca mudanças físicas e psíquicas no indivíduo, logo é uma droga. Contudo, o seu uso é permitido pelo Estado Brasileiro, sobretudo na fabricação de bebidas, sendo assim uma droga lícita. Já o *tetraidrocanabinol* (THC), substância que produz efeitos alucinógenos, encontrada na maconha³, tem uso proibido no Brasil, sendo assim considerada uma droga ilícita.

¹ SILVA, José Geraldo da. **O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária: doutrina, legislação e prática**. 2 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 53.

² TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil: da Colônia à República**. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-05102016-165617/pt-br.php>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

³ FOGAÇA, Jennifer Rocha Vargas. Mundo Educação. **THC – Principal componente ativo da maconha**. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/quimica/thcprincipal-componente-ativo-maconha.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

Vicente Greco Filho prevê que o artigo 1º, parágrafo único, da Lei de Drogas define drogas como “as substâncias capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Consigna o citado autor que segundo a doutrina droga é toda substância natural ou artificial capaz de criar um efeito sobre o sistema nervoso central, dependência psíquica ou física ou danos à saúde pública e social.⁴

Nesse contexto, diante de diversas condutas relacionadas às drogas ilícitas, a exemplo da aquisição, guarda ou venda, um cidadão pode vir responder processo criminal. O diploma legal que tipifica condutas e regulamenta a matéria atualmente é a Lei de Drogas, promulgada em 23 de agosto de 2006, sob o nº 11.343/2006.⁵

A referida lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, tipificando, entre outras coisas, as condutas de indivíduos que detêm relação com drogas ilícitas.⁶

A Lei de Drogas, então, possui papel fundamental no combate ao uso e comércio ilícito de substâncias entorpecentes, prevendo condutas, estabelecendo sanções, instituindo políticas de prevenção, combate e reinserção social de usuários e dependentes, bem como regulando o procedimento penal.

2.1.1 Breve histórico sobre drogas

Grande questão surge acerca de quando o Estado Brasileiro passou a proibir o uso e o tráfico de drogas no Brasil, ou seja, qual seria o primeiro marco legal sobre drogas. Salo de Carvalho afirma que não existe um momento central acerca do surgimento da criminalização de drogas no Brasil.⁷ O referido doutrinador, todavia, traz que a criminalização do uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes no

⁴ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei De Drogas Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

⁵ BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

⁶ *Ibidem*.

⁷ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

Brasil eclode a partir da formação das Ordenações Filipinas, que começou a trazer influência com o conceito de “substâncias venenosas” e a proibição a todas as pessoas de terem em sua casa para venda rosalgar, opio, entre outras substâncias.⁸

O Código Penal de 1830 foi omissivo quanto ao tema drogas. Por outro lado, o Código Penal de 1890, influenciado pela previsão das ordenações filipinas trazida acima⁹, previu em seu art. 159 pena de multa para quem expusesse a venda ou ministrasse substâncias venenosas sem autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários.¹⁰

Com a chegada do século XX o consumo de substâncias como o ópio e o haxixe se intensificou no Brasil, exigindo a elaboração de novas normas acerca do uso e venda de substâncias entorpecentes. Exemplo disso foi a consolidação das Leis Penais de 1932, que acrescentou condutas incriminadoras e mudou a pena de multa para prisão celular. Nesse contexto, foram sancionados os Decretos 780/36 e 2.953/38, que representaram amplo ímpeto no combate às drogas no Brasil, ocasionando o surgimento da política proibicionista sistematizada às drogas.¹¹

Outro diploma legal paradigma no processo de evolução legislativa para o combate às drogas no Brasil foi o Decreto-Lei 891/38, que foi construído com base nas disposições da Convenção de Genebra de 1936 e passou a regulamentar matérias como a produção, o consumo e o tráfico, vedando a utilização de diversas substâncias tidas como entorpecentes.¹²

O Código Penal de 1940 trouxe o termo “comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes” e a seguir, em seu art. 281, tipificou a conduta¹³, sendo outro diploma legislativo de grande importância na proibição ao uso e comércio de drogas, visto que com um texto legal claro, objetivo e taxativo instituiu diversas condutas

⁸ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11.

⁹ *Ibidem*, p. 12.

¹⁰ BRASIL, **Decreto 847, de 28 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

¹¹ CARVALHO, Salo de. *op.cit.* p. 12.

¹² GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei nº 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 243 *et. seq.*

¹³ BRASIL, **Decreto 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Art. 281. 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 a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis. [...]

para enquadramento no delito de comércio clandestino ou facilitação para uso de entorpecentes com pena privativa de liberdade e pena de multa.

No que se refere ao Brasil no cenário internacional do combate as drogas Daniel Nicory destaca que o primeiro e mais importante tratado internacional sobre drogas foi a Convenção Única sobre Entorpecentes, realizada em 1961, e que foi promulgada no Brasil em 1964, através do Decreto nº 54.216/64. Segundo o citado doutrinador, tal convenção estabeleceu a possibilidade de proibição a determinadas drogas, criminalizando atos preparatórios, associação criminosa, operações financeiras conexas ao tráfico, não impondo, todavia, a abolição total das drogas, de modo que deu aos Estados participantes o poder de regulamentar a produção, uso e comércio de determinadas substâncias em casos específicos nos seus respectivos territórios¹⁴. Veja-se o art. 22 do Decreto que promulgou no Brasil a referida Convenção Internacional:

Quando as condições existentes no país ou num território de uma das partes indicarem a juízo desta último, que a proibição do cultivo da dormideira, do arbusto de coca e da planta da canabis é a medida mais adequada para proteger a saúde pública e evitar que os entorpecentes sejam usados no tráfico ilícito, a Parte em causa proibirá aquele cultivo.¹⁵

Desse modo, a Convenção Internacional de 1961 não estabeleceu o rol das drogas ilícitas, mas deu aos Estados participantes a possibilidade de regulamentar a proibição de determinadas substâncias.

O Decreto-Lei 385/68 foi outra norma importante, passando a criminalizar o usuário com a mesma pena do traficante.¹⁶ Este decreto alterou a redação do art. 281 do Código Penal de 1940, trazendo tal acréscimo, no inciso III do § 1º.¹⁷

¹⁴ NICORY, Daniel. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivim, 2013, p. 19 *et. seq.*

¹⁵ BRASIL, **Decreto 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 abr. 2018.

¹⁶ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 18.

¹⁷ BRASIL, **Decreto-Lei 385/68, de 26 de dezembro de 1968**. Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: [...] Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: [...]

III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica). [...].

A segunda Convenção Internacional sobre drogas, denominada Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, ocorreu em 1971 e foi aprovada no Brasil através do Decreto Legislativo 90/1972, tendo como principal inovação a possibilidade de aplicar “medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social” ao dependente de drogas que pratica delito previsto na Convenção.¹⁸

Nesse contexto foi sancionada a Lei 5.726/71, que deu nova redação ao art. 281 do Código Penal, redefinindo as hipóteses de criminalização, modificando o rito processual, trazendo nova técnica no combate às substâncias entorpecentes¹⁹, e prevendo, em seu art. 1º, o dever de colaboração de toda pessoa física ou jurídica no combate ao uso e tráfico de drogas, bem como medidas para recuperação aos infratores viciados da Lei. Esta lei também aumentou a pena cominada no art. 281 do Código Penal de 1940 para 1 (um) a 6 (seis) anos de reclusão e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente na época no País, mas continuou dando igual tratamento a figura do usuário e do traficante.²⁰

Em 1976 veio a Lei 6.368/76, modificando a redação do art. 318 e inovando em diversos aspectos, como na separação entre usuário e traficante, obrigatoriedade da internação hospitalar de dependentes, aumento da pena cominada para de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão.²¹

Em 1988 acontece a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicoativas, promulgada no Brasil por meio do Decreto 154/91, passando a prever a possibilidade de os países integrantes criminalizarem a conduta de porte, aquisição ou cultivo de drogas para consumo pessoal.²² O Brasil, contudo, já criminalizava a figura do uso muito antes, conforme explicitado anteriormente.

¹⁸ NICORY, Daniel. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivim, 2013, p. 21.

¹⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei De Drogas Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 03.

²⁰ BRASIL, **Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971**. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L5726.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

²¹ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei nº 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 310 *et. seq.*

²² NICORY, Daniel. *op. cit.* p. 22.

A Constituição Federal de 1988 equiparou o tratamento dos crimes relacionados às drogas aos crimes hediondos, de modo que aqueles passaram a ter maior repressão do Estado, a exemplo do aumento do tempo mínimo de cumprimento para pena para progredir de regime. Além disso, os prazos das prisões temporárias e para concessão de livramento condicional aumentaram.²³

Importante citar também a Lei 10.409/02, que fez uma distinção substancial entre as condutas de usuário e traficante, mantendo o caráter delitivo da conduta de porte para uso pessoal, mas adotando medidas descriminalizantes. Em relação ao tráfico, esta lei manteve os parâmetros previstos na Lei 6.368/76.²⁴ A Lei 10.409/02, todavia, não teve muito tempo de vigência, pois logo foi revogada pela Lei 11.343/06, que é o grande marco legal do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere à política sobre drogas ilícitas no país, tendo validade e estando em vigor atualmente. Sobre ela dispensam-se demais comentários, visto que a mesma é objetivo de estudo da presente pesquisa, de modo que será tratada minuciosamente em diversos pontos.

2.1.2 Norma penal em branco

O artigo 1º, parágrafo único, da Lei de Drogas prevê que drogas são substâncias ou produtos que podem causar dependência, previsto em lei ou em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.²⁵

O grande problema surge quando se pergunta quais seriam essas substâncias ou produtos, pois a Lei de Drogas não prevê o rol das substâncias ilícitas. Esse mesmo dispositivo que prevê o que seriam drogas institui que as mesmas podem ser detalhadas em lei ou relacionadas em lista pelo Poder Executivo da União.

Já o art. 66 é mais específico e estabelece que drogas são todas as substâncias previstas na Portaria SVS/MS no 344, de 12 de maio de 1998.²⁶

²³ CARVALHO, Salo de. CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 48 *et. seq.*

²⁴ *Ibidem*, p. 62.

²⁵ BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

Na prática as drogas ilícitas são especificadas pela Portaria nº 344/98 da ANVISA, que prevê o rol taxativo dessas substâncias entorpecentes²⁷, sendo as mais comuns *benzoilmetilecgonina* e *tetraidrocanabinol*, conhecidas como cocaína e maconha.

Por se tratar de lei que necessita de um complemento para determinar o seu alcance e sua aplicação, a Lei de Drogas trata-se de uma norma penal em branco.²⁸ Esse é um dos primeiros aspectos da lei que mais chama a atenção de Daniel Nicory.²⁹ A norma penal em branco é toda norma que precisa de complementação. Ela pode ser classificada em homogênea, tendo como complemento norma de mesmo grau hierárquica, ou heterogênea, tendo como complemento norma de diferente grau hierárquico. À vista disso, a Lei 11.343/06 é uma norma penal em branco heterogênea, afinal sua complementação vem de uma portaria exarada pelo Poder Executivo da União³⁰

Alguns autores criticam essa medida, a exemplo de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, que afirmam que a opção do Poder Executivo da União, em relação ao rol das substâncias, não atende aos interesses sociais.³¹ Já Genivaldo Neiva é mais incisivo:

[...] decisões de organismos internacionais definiram, baseados em interesses econômicos ou geopolíticos, quais as plantas que seriam lícitas ou ilícitas. Neste jogo, aquelas que destilam ou fermentam álcool ou que servem para a fabricação de cigarros de tabaco ficaram de um lado e as que servem para serem mascaradas pelos povos andinos ou fumadas por negros, latinos, pobres ou periféricos ficaram de outro lado. Umam seriam legais e outras ilegais. Então, o código da legalidade ou ilegalidade não está nas plantas, mas na rotulagem que outros interesses lhes dão.³²

²⁶ BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

²⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. **Portaria 344**, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre Substâncias e Medicamentos Sujeitos a Controle Especial. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.

²⁸ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei De Drogas Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

²⁹ NICORY, Daniel. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivim, 2013, p.33.

³⁰ *Ibidem*, p. 34.

³¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Op. cit.* p.13.

³² NEIVA, Genivaldo. **Afinal, maconha faz bem ou mal?** Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2015/01/afinal-maconha-faz-bem-ou-mal.html>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

Desse modo, entende os referidos autores que a definição das substâncias ilícitas fica à mercê dos interesses econômicos do Estado, tipificando substâncias que não conferem retorno financeiro e permitindo as que atendem as classes com maior nível econômico na sociedade.

Não é objeto da presente pesquisa analisar criticamente se a Lei de Drogas é uma norma penal em branco heterogênea, trazendo à baila apenas este fato jurídico.

2.1.3 Diferença entre usuário e traficante

Seguindo adiante, é importante trazer à tona os tipos penais mais relevantes da Lei de Drogas, quais sejam a figura do usuário e a figura do traficante. O artigo 28 da Lei 11.343/2006 prevê a conduta do porte da droga para consumo pessoal³³. Já o artigo 33 da referida lei prevê o tráfico ilícito de entorpecentes:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: [...]

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: [...]

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: [...].³⁴

³³ BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...]

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. [...].

³⁴ BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

Da análise dos dispositivos legais apontados, percebe-se que todas as condutas previstas para a figura do usuário também são previstas para a figura do traficante. Assim, surgiria eventual dúvida se um indivíduo que pratica o verbo “guardar”, por exemplo, seria usuário ou traficante. O enquadramento da conduta em um dos dois dispositivos legais apontados dependerá da finalidade da droga, se para consumo pessoal ou para outros fins. Será enquadrado no art. 28 aquele que tiver como finalidade utilizar a droga para consumo pessoal. Nesse sentido o § 2º do art. 28 prevê os parâmetros de determinação da figura do uso:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: [...]

§2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.³⁵

No que se refere à finalidade da droga para enquadramento na figura do tráfico a lei não é específica, podendo haver finalidades variadas, a exemplo da destinação para o comércio e para o consumo compartilhado.³⁶

Desse modo, um indivíduo pode ter sua conduta enquadrada no referido art. 33 mesmo que a droga não tenha finalidade comercial, visto que o *caput* do artigo supracitado utiliza o termo “ainda que gratuitamente” para que se configure o tráfico ilícito de drogas. Assim, mesmo que o fornecimento da droga seja gratuito poderá restar configurado o tráfico.³⁷ Ademais, os parágrafos do art. 33 preveem outros tipos de condutas que podem configurar o tráfico, como a importação, induzimento de terceiro e o consumo compartilhado.

Por isso, para o enquadramento da conduta do art. 33 será necessário analisar as circunstâncias em que o réu estava inserindo no momento da prisão e até mesmo em contexto prévio, de modo que restará configurado o tráfico diante da destinação comercial, mas podendo ocorrer também diante de circunstâncias diferentes da comercialização, conforme explicitado anteriormente.

³⁵ BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

³⁶ NICORY, Daniel. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivim, 2013, p. 55.

³⁷ *Ibidem*. p. 71.

Diante disso, uma condenação pela prática do delito de tráfico de drogas requer provas concretas de que o réu tenha incorrido em umas das condutas que prevê o art. 33, não sendo necessária apenas a demonstração de que o mesmo portava drogas, afinal, como visto, é possível o enquadramento na figura do usuário. Diante da falta de provas concretas ou eventual dúvida, não poderá ocorrer à condenação pela figura do tráfico, devendo o indivíduo ser enquadrado como usuário, se for o caso, ou a ação ser julgada improcedente.

A produção de provas no sentido de o réu ter incorrido em umas das condutas que prevê o art. 33 da Lei 11.343/2006 é de fundamental importância para que ocorra condenação, afinal diante da condenação poderá haver privação do direito de liberdade do réu com pena de reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, mas com possibilidade da pena ser reduzida e de haver substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos casos do denominado tráfico privilegiado. No enquadramento da figura do usuário não haverá privação da liberdade.³⁸

2.1.4 Tipo penal alternativo

Como trazido à baila anteriormente, os principais tipos penais da Lei de Drogas é a destinação para consumo pessoal e o tráfico. O referido diploma legal, todavia, também prevê outras condutas delituosas relacionadas às drogas, no Capítulo II, “Dos Crimes”, artigos 35 e seguintes, a exemplo da associação para o tráfico e da colaboração como informante à organização criminosa voltada ao tráfico de drogas - popularmente chamada de “facções”.

Luiz Flávio Gomes assevera que o art. 28 prevê cinco condutas sancionadas: “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo”.³⁹ Já no que se refere ao tráfico o mencionado autor prevê que dezoito condutas são contempladas:

[...] importar (trazer de fora), exportar (enviar para fora), remeter (expedir, mandar), preparar (por em condições adequadas para uso), produzir (dar origem, gerar), fabricar (produzir a partir de matérias primas, manufaturar), adquirir (entrar na posse), vender (negociar em troca de valor), expor à venda (exibir para venda), oferecer (tornar disponível), ter em depósito

³⁸ NICORY, Daniel. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivim, 2013, p. 59.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 133.

(posse protegida), transportar (levar, conduzir), trazer consigo (levar consigo, junto ao corpo), guardar (tomar conta, zelar para terceiro), prescrever (receitar), ministrar (aplicar), entregar (ceder) a consumo ou fornecer (abastecer) drogas, ainda que gratuitamente (amostra grátis).⁴⁰

Os parágrafos do art. 33 preveem ainda as chamadas figuradas equiparadas, a exemplo de semear, cultivar ou induzir alguém a utilizar drogas.⁴¹

Os tipos penais relacionados ao uso e ao tráfico, desse modo, são tipos penais alternativos, visto que são crimes que se consumam com a prática de quaisquer dos núcleos previstos tipo penal, e, mesmo sendo realizada mais de uma ação típica, no mesmo contexto fático, o delito somente poderá ser punido uma vez, em razão do princípio da alternatividade. Exemplo é um indivíduo portar drogas embaladas individualmente para venda a terceiros, incorrendo em dois núcleos, quais sejam “trazer consigo” e “vender”.⁴²

2.2. DA ATUAÇÃO POLICIAL PRELIMINAR NOS CASOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Polícia, segundo José Geraldo da Silva, é o conjunto de instituições estatais com a finalidade de exercer a vigilância para garantir a ordem pública, a propriedade e os direitos individuais.⁴³

A atuação policial é de fundamental importância no que se refere aos procedimentos sobre drogas, afinal para que uma ação penal venha a ser deflagrada é necessário que haja em algum momento apreensão de drogas ilícitas ou investigações preliminares acerca de possível cometimento de crimes relacionados às drogas ilícitas, e em ambas as hipóteses há participação policial.

É muito comum atualmente Autos de Prisão em Flagrante serem lavrados a partir de prisões decorrentes da apreensão de drogas. Isso pode ocorrer, tendo como origem notícia crime pelo “disque denúncia” ou através de informação de transeuntes; diante de policiais estarem em ronda ostensiva que culminam na prisão de

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.164 *et. seq.*

⁴¹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **LEI DE DROGAS ANOTADA**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91.

⁴² GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.* p.165 *et. seq.*

⁴³ SILVA, José Geraldo da. **O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária: doutrina, legislação e prática**. 2 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 49.

indivíduos por posse ou tráfico de drogas; diante de investigações que indicam possível flagrante, a exemplo da situação onde há monitoramento policial acerca de possível transporte de cargas de drogas entre Estados, possibilitando o flagrante em determinado ponto; através de revista pessoal para visitação em penitenciárias, entre diversas outras ocasiões.

Por outro lado, também   possível instaura o de inquérito policial previamente   prisão relacionada às drogas ilícitas, buscando-se investigar possível tráfico de drogas, a exemplo de investigações que buscam desarticular grupo de criminosos que lideram o tráfico de drogas em determinada localidade.

Desse modo,   notória a importância da atua o policial, em um momento preliminar, tendo em vista que são eles quem realizam as buscas, prisões, lavram autos de prisão em flagrante, encaminham materiais ilícitos apreendidos à autoridade policial e presidem os inquéritos policiais, sendo estes que embasam e são verdadeiros propulsores para a deflagra o de a o penal.   através do inquérito policial que se busca evidências e se produz elementos para possibilitar a propositura da a o penal, afinal sem o mínimo de indícios da materialidade e autoria torna-se invi vel⁴⁴.

Diante disso, será trazido à baila importantes aspectos da atua o e contribui o policial em um momento pré-processual, ou seja, em momento prévio à propositura da a o penal sobre tráfico de drogas.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar a polícia tem o papel de preservar a paz social e intervir nos conflitos através de investigações, buscando apurar infra es que ocorram.

Diante disso, a polícia pode ser de segurança ou judiciária. A polícia de segurança seria aquela que age ostensivamente, visando coibir o cometimento de delitos, tendo caráter preventivo. Já a polícia judiciária seria aquela que age em caráter repressivo, ou seja, após a ocorrência do delito, buscando elucidar os fatos tidos como crime, através da identifica o da autoria e materialidade delitiva.⁴⁵

⁴⁴ GRECO, Rogério. **Atividade Policial: Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 6 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 45.

⁴⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivim, 2017, p.130.

2.2.1 Do policiamento ostensivo

O policiamento ostensivo consiste na presença policial em locais, sendo vistos pela população, bem como com a realização de rondas e blitz buscando coibir a prática de delitos, passando a sensação de segurança pública aos cidadãos.

Tem função ostensiva a polícia militar, a polícia rodoviária federal e a polícia ferroviária federal. A polícia rodoviária federal atua nas rodovias federais, enquanto que a polícia ferroviária federal atua no âmbito das ferrovias federais. Já a polícia militar tem abrangência nos territórios estaduais. Tais órgãos estão previstos na Constituição Federal, art. 144, II, III e V, sendo prevista a função ostensiva nos § 2º, 3º e 5º do mesmo dispositivo legal.⁴⁶ No âmbito das rodovias estaduais atua um batalhão da polícia militar responsável pela rodovia estadual, de modo que não há uma polícia rodoviária estadual específica. A polícia ferroviária federal, muito embora esteja prevista pela Constituição, ainda não foi criada.

Isto posto, em decorrência do policiamento ostensivo ocorre a lavratura de inúmeros autos de prisão em flagrante relacionados a drogas. Dentre as situações mais comuns, pode-se citar a apreensão de drogas em blitz veiculares; abordagem a indivíduos resultando na apreensão de drogas em sua posse; informação de populares que indicam locais onde ocorrem o tráfico de drogas, resultando no deslocamento policial e conseqüente prisão por tráfico de drogas.

Percebe-se que em todos estes casos não há uma investigação prévia no combate ao tráfico de drogas, resultando todas essas hipóteses de conseqüência da realização de ronda ostensiva.

Nos casos da Lei de Drogas, faz-se mister ressaltar que em muitos casos os policiais que realizam as rondas ostensivas, já conhecem os indivíduos que tem envolvimento com o tráfico de drogas, em razão do tempo que ficam lotados nas suas respectivas unidades de policiamento e do reiterado número de diligências que realizam nas localidades, passam a ter tal conhecimento.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

Nesse contexto, ocorrem situações em que “a autoridade policial elege um suspeito e tenta, a todo custo, provar a sua tese, ou seja, de que aquela pessoa por ele apontada foi, realmente, a autora da infração penal que se está apurando.”⁴⁷

Da lavratura de tais Autos de Prisões em Flagrantes serão instaurados inquéritos policiais visando apurar e elucidar o fato tido como criminoso e servir de base para eventual deflagração da ação penal.

2.2.2 Investigação preliminar pela polícia judiciária

Bruno Caabrich define que investigação criminal é “a atividade pré-processual de produção e colheita de elementos de convicção (evidências) acerca da materialidade e da autoria de um fato criminoso”⁴⁸.

Aury Lopes Junior sustenta que a investigação preliminar se situa na fase pré-processual, sendo um conjunto de atividades que o Estado realiza em caráter prévio e com natureza preparatória com relação ao processo penal, buscando averiguar a autoria e circunstância de um fato tido como criminoso para fundamentar ou não eventual ação penal.⁴⁹

Deve-se destacar que é dever estatal, após receber informação da prática de um fato tido como ilícito penal, apurá-lo através dos seus órgãos constitucionais e legalmente legitimados, buscando confirma-lo ou não e promover a ação penal correspondente.⁵⁰

A polícia judiciária tem a função de investigar os crimes que não puderam ser prevenidos, buscando descobrir os autores, reunir as provas e indícios do fato tido como criminoso, executar mandados de prisão.

⁴⁷ GRECO, Rogério. **Atividade Policial: Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 6 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 69.

⁴⁸ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 51.

⁴⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p.120.

⁵⁰ CALABRICH, Bruno. *op. cit.* p. 50.

Desse modo, sua atividade ocorre após a consumação de um crime, sendo por isso chamada de polícia repressiva.⁵¹ Veja que difere da polícia ostensiva, que age previamente com rondas visando coibir a prática de delitos.

O artigo 4º do Código de Processo Penal prevê a função de apurar as infrações penais e a sua autoria a polícia judiciária⁵². Assim, a polícia judiciária é a instituição estatal responsável por realizar a investigação preliminar⁵³, tendo essa função a polícia civil no âmbito estadual e a polícia federal no âmbito federal, estando previstas no artigo 144, I e IV, CF/88, e suas funções nos § 1º e 4º do citado artigo⁵⁴.

Assevere-se que na investigação preliminar não se busca provar a ocorrência do fato, mas encontrar o mínimo de elementos que possam indicar o possível cometimento do crime. As provas acerca do fato buscam-se oportunamente, no momento da instrução processual.

Deve-se destacar também que não só a polícia judiciária pode realizar investigações preliminares. O Ministério Público também pode ter participação nos atos investigativos, conforme prevê o artigo 129, VIII, CF/88⁵⁵.

A Lei nº 9296/96, por exemplo, através do art. 3º, II, confere competência ao Ministério Público para requerer a realização de interceptações telefônicas⁵⁶, que é um meio de prova bastante eficaz na investigação de crimes.

Nos casos de tráfico de drogas é de fundamental importância que o Estado realize investigação preliminar, sobretudo no que se refere à repressão aos verdadeiros líderes do tráfico de drogas. É através de investigações preliminares que se torna possível o combate ao tráfico de drogas.

⁵¹ SILVA, José Geraldo da. **O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária: doutrina, legislação e prática**. 2 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 50.

⁵² BRASIL. **Código de Processo Penal**. Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p.121.

⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; [...].

⁵⁶ BRASIL. **Lei 9296, de 24 de julho de 1996**. Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Prisões realizadas em decorrência do policiamento ostensivo acabam por combater os chamados “pequenos traficantes”, que são aqueles que trabalham para os chefes do tráfico, seja na função de vender as drogas, de trabalhar como olheiro verificando a chegada de policiais ou de rivais na localidade, como tesoureiro do tráfico, etc.

2.2.3 Inquérito Policial

Inquérito policial segundo Renato Brasileiro é um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa que busca identificar fontes de prova e colher informações quanto à autoria e materialidade da infração penal, visando que o titular da ação penal possa formar seu convencimento para deflagra-la ou não. Desse modo, ele ocorre antes do exercício da pretensão acusatória.⁵⁷

O inquérito policial é presidido pelas autoridades policiais, representadas pelos delegados de polícia. Nos casos relacionados a drogas ele pode ser iniciado por portaria da autoridade judiciária ou por requisição do Ministério Público.⁵⁸

A peça de instauração do inquérito policial é portaria, onde a autoridade policial deve descrever o dia, hora, local do fato, nome da vítima e do indiciado e uma breve síntese dos fatos.⁵⁹

Nos casos da Lei de Drogas o inquérito policial pode ser instaurado em decorrência do policiamento ostensivo, quando é lavrado um auto de prisão em flagrante em razão de drogas ilícitas, ou em decorrência de investigações preliminares, que busca investigar possível realização de tráfico de drogas previamente a uma prisão.

O prazo para conclusão do inquérito policial, nestes casos, é de 30 (trinta) dias se o conduzido estiver preso, e de 90 (noventa) dias se o conduzido estiver solto, podendo-se dobrar em ambas as hipóteses através de pedido fundamentado da autoridade policial judiciária que preside o inquérito policial, ouvindo-se o Ministério Público, por deliberação judicial, conforme prevê o artigo 51º da Lei 11.343/2006.⁶⁰

⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3 ed. Salvador: JusPodivim, 2015, p.109.

⁵⁸ SILVA, José Geraldo da. **O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária: doutrina, legislação e prática**. 2 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 58.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 182.

⁶⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivim, 2017, p.130.

Rogério Greco expõe que no inquérito policial deve-se buscar reunir o maior número de provas para que a ação penal possibilite maior elucidação do fato tido como criminoso.⁶¹

Nos casos relacionados a tóxicos é necessário para lavratura do auto de prisão em flagrante o laudo de constatação da droga apreendida, provando a materialidade do crime. Este laudo pode ser firmado por perito oficial ou, em sua ausência, por pessoa idônea.⁶²

Por outro lado, a ausência do laudo de constatação no Inquérito Policial deve ter como consequência o relaxamento da prisão, pois diante da sua ausência não há confirmação da natureza do material como droga e conseqüentemente torna-se impossível o enquadramento da conduta a quaisquer daquelas previstas como crime. Daniel Nicory destaca essa como uma das irregularidades mais recorrentes nos autos de prisão em flagrante.⁶³

Desse modo, nos casos de prisões sobre drogas, os Inquéritos Policiais comumente são formados pelo Auto de Prisão em Flagrante, termo de depoimento do condutor e das testemunhas que participaram da diligência, termo de interrogatório do(s) conduzido(s), laudo de constatação, guias para realização de perícia nos materiais apreendidos e exames médico-legal, além do relatório elaborado pela autoridade policial que dirigiu o inquérito, indiciando ou não o(s) conduzido(s).

Quando os Inquéritos ocorrem em decorrência de investigações preliminares eles são comumente compostos pelo ato de instauração, relatórios sobre dados do possível crime, representação por busca e apreensão, interceptação telefônica, etc., de modo que as diligências buscando elucidar o fato são mais profundas.

O artigo 6º do Código de Processo Penal Brasileiro prevê os atos que a autoridade policial que preside o inquérito policial deverá proceder:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

⁶¹ GRECO, Rogério. **Atividade Policial: Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 6 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 68.

⁶² BEZERRA FILHO, Aluizio. **Lei Antidrogas aplicada e comentada**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010, 183.

⁶³ NICORY, Daniel. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivim, 2013, p. 112.

- II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
- III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
- IV - ouvir o ofendido;
- V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;
- VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
- VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
- VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
- IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.
- X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.⁶⁴

Todos esses atos previstos no artigo trazido à baila tem natureza investigatória, visando obter elementos para subsidiar o Ministério Público para deflagrar ou não a ação penal. Além deles, diversos outros atos também podem ser buscados pela autoridade policial, a exemplo de interceptações telefônicas e de dados.⁶⁵

2.3 DO RITO DA LEI DE DROGAS

Inicialmente, cumpre salientar que a Lei de Drogas tem um rito especial, existindo diversas peculiaridades em relação ao rito ordinário do processo penal. Nesse contexto, analisar-se-á o passo a passo de uma ação penal fundada no tráfico de drogas, visando esclarecer o desencadear dos processos em questão.

2.3.1 Instauração da Ação Penal

⁶⁴ BRASIL. **Decreto Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 05 jun. de 2018.

⁶⁵ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

O art. 129, I, prevê como função institucional do Ministério a promoção de ação penal pública⁶⁶. A ação penal sobre tráfico de drogas é pública, visto que a Lei de Tóxicos não a declara como de iniciativa privada do ofendido⁶⁷.

Como já mencionado, o ofendido do crime de tráfico de drogas é a sociedade, sendo o Ministério Público o órgão legitimado para representar os interesses sociais em Juízo. Assim, após a conclusão do inquérito policial deve ser dado vistas ao Ministério Público, ente que detém competência para deflagração da ação penal sobre tóxicos.⁶⁸

O art. 54 da Lei de Drogas prevê as três medidas que o Ministério Público poderá adotar após receber os autos com conclusão do inquérito policial: requerer o arquivamento do procedimento, requisitar diligências que entenda necessário ao caso ou oferecer denúncia. O prazo para o *Parquet* adotar uma destas medidas é de 10 (dez) dias.⁶⁹

A deflagração da ação penal ocorre com o oferecimento da denúncia, podendo ser arroladas até 05 (cinco) testemunhas, conforme o artigo supramencionado. Aqui, nota-se uma peculiaridade em relação ao rito ordinário, no qual podem ser arroladas até 08 (oito) testemunhas.⁷⁰

Oferecida a denúncia, o Juízo deverá notificar o denunciado para apresentar defesa prévia por escrito, momento em que poderá arguir preliminares, teses cabíveis, declarar as provas que pretende produzir e arrolar até 05 (cinco) testemunhas de defesa.⁷¹

⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei [...].

⁶⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

⁶⁸ SILVA, José Geraldo da. **O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária: doutrina, legislação e prática**. 2 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 53.

⁶⁹ BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Art. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências:

I - requerer o arquivamento;

II - requisitar as diligências que entender necessárias;

III - oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e requerer as demais provas que entender pertinentes.

⁷⁰ NICORY, Daniel. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivim, 2013, p. 123.

⁷¹ BEZERRA FILHO, Aluízio. **Lei Antidrogas aplicada e comentada**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010, 204.

No que se refere às testemunhas de defesa, a defesa do réu poderá informar o endereço das mesmas para que o Juízo intimem as testemunhas.⁷² Caso o acusado não apresente sua defesa no prazo legal deverá ser dado vistas à Defensoria Pública para apresentar a defesa.⁷³

2.3.2 Instrução Processual

Após a apresentação da defesa preliminar do acusado, o juiz irá decidir acerca do recebimento ou não da denúncia, o que deverá ocorrer no prazo de 05 (cinco) dias. Recebida a denúncia deverá ser designada audiência de instrução e julgamento, para até 30 (trinta) dias após o recebimento da denúncia, quando será dado início a fase da instrução processual.⁷⁴

A instrução processual é uma fase do processo penal que se inicia após o recebimento da denúncia pelo juiz, que ocorre através de uma decisão interlocutória.⁷⁵ Nesta fase processual ocorre a produção e colheita de provas. As partes (Ministério Público e Defesa) buscam produzir provas acerca do fato tido como criminoso, buscando provar o cometimento ou não do crime. Já o Juiz busca colher as provas produzidas pelas partes para posteriormente, no momento de proferir a sentença, formar o seu convencimento acerca do fato.

A audiência de instrução e julgamento é o momento em que ocorre a produção de prova oral com inquirição das testemunhas arroladas na denúncia, testemunhas de defesa, qualificação e interrogatório do acusado.⁷⁶

Para a audiência de instrução e julgamento designada deve haver citação do acusado, intimação das testemunhas arroladas na denúncia e as de defesa.

A oitiva de testemunhas é um momento de grande importância nos processos de tráfico de drogas. Como já explicitado, O Ministério Público e a defesa podem arrolar

⁷² NICORY, Daniel. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivim, 2013, p. 124.

⁷³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivim, 2017, p.1219.

⁷⁴ BEZERRA FILHO, Aluizio. **Lei Antidrogas aplicada e comentada**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010, 214.

⁷⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 821.

⁷⁶ BEZERRA FILHO, Aluizio. *op. cit.* p. 216.

até 05 (cinco) testemunhas na denúncia e na defesa prévia, respectivamente. Essas testemunhas são inquiridas na audiência de instrução e julgamento.

Normalmente as testemunhas arroladas na denúncia são policiais, pelo que deve ocorrer a requisição dos mesmos. Além disso, caso o réu esteja custodiado deve haver requisição do mesmo para que seja conduzido através de escolta policial da unidade prisional à sede do juízo.

Na instrução probatória as partes também podem requerer a juntada de laudos de exames periciais realizados nos objetos apreendidos, como as drogas, celulares, armas, laudo de exame de lesões corporais, que normalmente é feito após a prisão do acusado, visando averiguar possíveis lesões sofridas pelo réu no momento da prisão, ou até mesmo requerer a realização de tais perícias, na hipótese de ainda não ter sido feita.

Finda a instrução processual, passa-se a fase de alegações finais, sendo conferido 20 (vinte) minutos para cada parte realizar sustentação oral, prorrogáveis por mais 10 (dez) minutos, conforme prevê o artigo 57 da Lei de Drogas.⁷⁷ Contudo, o juiz também pode conferir prazo de 05 (cinco) dias sucessivos para as partes apresentarem memoriais escritos em substituição ao debate oral.

Após as partes apresentarem alegações finais o juiz irá proferir a sentença, podendo ser na própria audiência, ou no prazo de 10 (dez) dias.⁷⁸

2.3.3 Interrogatório do acusado

Nas ações penais sobre tráfico de drogas, que são regidas pela Lei de Tóxicos, inicialmente interroga-se o acusado e posteriormente ouvem-se as testemunhas arroladas. Nesse sentido, impõe o art. 57 da referida Lei:

Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada

⁷⁷ BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz. [...].

⁷⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 824.

um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz. Parágrafo único. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.⁷⁹

Esta é mais uma peculiaridade do rito da Lei de Drogas, já que o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Penal prevê que inicialmente deve-se ouvir o ofendido, em seguida as testemunhas, peritos, e por último proceder ao interrogatório do acusado.⁸⁰ Na prática muito se discute acerca desta previsão, de modo que é possível perceber audiências serem realizadas tanto de acordo com a previsão do artigo 57 da Lei de Drogas, como com a chamada “inversão do rito processual”, ouvindo-se primeiramente as testemunhas, aplicando-se o rito do CPP em analogia.

O Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão em 2011 no sentido da aplicação do rito previsto no CPP. *In verbis*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006). NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. **INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO ESPECÍFICA NA LEI DE DROGAS ACERCA DO PROCEDIMENTO A SER SEGUIDO NA TOMADA DE DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.**

1. Ao tratar da fase instrutória do rito previsto para a apuração dos crimes de tóxicos, o artigo 57 da Lei 11.343/2006 não descreveu a forma como as inquirições de testemunhas devem ser feitas.

2. Assim, nos termos do artigo 48 da Lei de Drogas, inexistindo disposição específica na legislação especial acerca do procedimento a ser seguido na tomada de depoimentos das testemunhas, o Código de Processo Penal deve ser aplicado subsidiariamente quanto ao ponto.⁸¹ (grifos)

O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, tem precedente no sentido oposto:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO LIMINAR DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. **MOMENTO PROCESSUAL DO INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. LEI DE DROGAS. RITO PRÓPRIO.** 1. O Supremo Tribunal

⁷⁹ BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁸⁰ BRASIL. **Decreto Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. [...]

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 143968/PE**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 27 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=invers%E3o+rito+t%F3xicos&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

Federal sedimentou o entendimento segundo o qual não é cabível habeas corpus contra decisão que indefere medida cautelar no bojo de idêntico remédio constitucional na instância inferior, ex vi do enunciado n. 691 da Súmula do STF: “[n]ão compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.” 2. A alteração promovida pela Lei n. 11.719/2008 não alcança os crimes descritos na Lei 11.343/2006, em razão da existência de rito próprio normatizado neste diploma legislativo. 3. **A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que as novas disposições do Código de Processo Penal sobre o interrogatório não se aplicam a casos regidos pela Lei das Drogas.** Precedentes: ARE 823822 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014; HC 122229, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014. 4. **In casu, a realização de interrogatório no início da instrução processual não enseja constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, notadamente quando ainda pendente de análise impetração na instância a quo.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento.⁸² (grifos)

Assim, é notória a divergência jurisprudencial acerca da aplicação do rito processual das ações referentes à Lei de Drogas, não havendo ainda pacificação da matéria, podendo-se encontrar, como dito, aplicação dos dois modelos.

O interrogatório do acusado é o momento que o réu tem para expor sua versão dos fatos, todavia, pode o mesmo recorrer ao silêncio, uma vez que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Caso exponha sua versão dos fatos, poderá declarar o que quiser em seu favor, e até mesmo mentir, não sendo responsabilizado, via de regra.⁸³ Adalberto José Aranha, inclusive, assevera que “a lei processual estabelece ao acusado a possibilidade de confessar, negar, silenciar ou mentir”.⁸⁴

Ele se divide em três etapas: qualificação do acusado, sendo o réu qualificado, constando-se nome, estado civil, naturalidade, data de nascimento, filiação, residência, etc.; ciência dos termos da acusação, momento em que o juiz deverá informar ao denunciado o teor da ação penal que responde; e indagações ao acusado acerca do fato e vida pregressa, seguidas das respostas.⁸⁵

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 125094 AgR/MG**. Relator: Luíz Fux. Julgado em 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7915301>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

⁸³ GRECO, Rogério. **Atividade Policial: Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 6 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 103.

⁸⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7 ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 104.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 103 *et. seq.*

Diante disso, os magistrados costumam analisar a versão que o denunciado presta em juízo com cautela, sendo o interrogatório mais uma oportunidade do réu se defender do que de produzir prova a seu favor.

Adalberto José Aranha destaca que o STF já entendeu o interrogatório como meio de defesa, através do RTJ, 73:760. O citado doutrinador, todavia, entende em sentido contrário, afirmando ser o interrogatório meio de prova, devido ao Código prevê-lo como meio de prova, as perguntas poderem serem feitas livremente, poder favorecer ou prejudicar o acusado e pelo silêncio poder atuar como ônus processual⁸⁶.

Já Ronaldo Leite Pedrosa afirma ser o interrogatório meio de defesa, em síntese, pelo fato do acusado ser sujeito de direitos e não um objeto, pelo que não é forçado a colaborar com a tese da acusação; pela opção legislativa em prever como meio de prova não ser suficiente para revelar a essência do instituto; e pelos meios de provas serem submetidos ao contraditório, o que não é o caso do interrogatório⁸⁷.

Uma terceira corrente vem surgindo na doutrina mais moderna, entendendo que o interrogatório do acusado tem caráter misto de meio de defesa e fonte de prova, pelo fato do acusado ter a possibilidade de oferecer a versão que quiser dos fatos e, por outro lado, por permitir também que o juiz colha importantes dados para a formação do seu convencimento, como, por exemplo, no caso da confissão⁸⁸.

⁸⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7 ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 98.

⁸⁷ PEDROSA, Ronaldo Leite. **O Interrogatório Criminal como instrumento de acesso à Justiça Penal: desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2005, p. 138 *et seq.*

⁸⁸ CUNHA, Rogério Sanches; LORENZATO, Gustavo Muller; FERRAZ, Maurício Lins; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal Prático: fundamentos teóricos e modelos de peças de acusação e defesa**. Salvador: JusPodivim, 2006, p. 71.

3. PROVAS E PRINCÍPIOS

Inicialmente, cumpre destacar que a importância de tratar sobre provas e princípios está na direta relação de tais institutos com o tema objeto de pesquisa do presente trabalho.

No que se refere à instrução probatória dos processos de tráfico de drogas faz-se mister discorrer sobre o que é prova, sobre a teoria geral das provas, sobre os meios de prova que são comumente utilizados em tais processos e sobre quem detém o ônus da prova nas ações penais, visto que são temas de extrema importância para o debate em questão.

Ademais, é importante também tratar dos princípios que podem estar relacionados a tal matéria, afinal, em todo e qualquer processo penal não pode haver violação aos princípios processuais, sob pena de nulidade.

O momento da produção de provas é de fundamental importância para o processo penal, pois serão produzidos elementos para formar o convencimento do magistrado no sentido da procedência ou improcedência do pedido constante na denúncia.

Como analisado no capítulo 2, item 2.3.2, o momento propício para produção de provas é na instrução probatória, que se trata de uma fase do processo penal. Todavia, também é possível que seja produzida em um momento preliminar a ação penal, como também explicitado no item 2.2.3 do capítulo 2, ou em fases anteriores a instrução probatória, a exemplo de quando o acusado apresenta defesa preliminar e junta documentos.

Nesse contexto das provas, importante destacar também que diversos princípios devem ser respeitados e em alguns casos aplicados. Exemplo básico para ilustrar tal situação é a prova ser um direito de defesa e dever da acusação, o que está intrinsecamente associado aos princípios da ampla defesa, contraditório e *in dubio pro reo*.

A seguir, serão analisados com maiores detalhes as provas e os princípios processuais penais relacionados às provas.

3.1 DAS PROVAS

Prova é instrumento pelo qual as partes do processo penal demonstram a veracidade do direito material que foi alegado, visando obter o provimento jurisdicional preiteado, permitindo que o magistrado decida no sentido da procedência ou improcedência do pedido.⁸⁹

Aury Lopes Junior destaca que o processo penal é um instrumento destinado a instruir o julgador e proporcionar o seu conhecimento acerca de determinado fato, a partir de uma reconstrução histórica deste fato.

Nesse contexto, o referido doutrinador afirma que “as provas são meios através dos quais se fará essa reconstrução histórica de um fato”, de modo que o magistrado que desconhece o fato passará a conhecê-lo, através das provas produzidas, legitimando assim o poder de decidir.⁹⁰ Nesse sentido, dispõe o artigo 155 do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. [...]⁹¹

O magistrado além de ter o poder decisório também tem competência para a produção de provas, visto que o artigo 156 do CPP⁹² confere iniciativa instrutória ao juiz no processo penal. Assim, em que pese seja da parte responsável pela alegação o ônus de prova-la, o CPP permite aos magistrados a busca por esclarecimentos que julguem necessários, podendo, desse modo, buscar provas durante a instrução processual ou até mesmo antes disso, através da chamada “produção antecipada de provas”.

Essa previsão, todavia, sofre severas críticas. Marcos Alexandre Zilli cita o entendimento do respeitável Tribunal Europeu de Direitos Humanos de que a

⁸⁹ MENDONÇA. Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. 2 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 2

⁹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 341 *et seq.*

⁹¹ BRASIL. **Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 06 ago. 2018.

⁹² BRASIL. **Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

concentração das funções de investigar e decidir por parte do magistrado poderia violar o princípio da imparcialidade.⁹³

O STJ, todavia, tem precedente no sentido da aplicabilidade da previsão do artigo 156 do CPP. Veja-se o julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. **INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO.** PRONUNCIAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE PRELIMINARES SUSCITADAS PELA DEFESA EM ALEGAÇÕES FINAIS. POSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. LICITUDE E NECESSIDADE. REEXAME DE PROVAS. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS. DESNECESSIDADE. MÍDIA DISPONIBILIZADA ÀS PARTES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. COMERCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO ABRANGÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ARTIGO 19. INCIDÊNCIA.
1. Este Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência uniforme no sentido de que é possível que o magistrado, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique em ilegalidade. [...]⁹⁴ (grifos)

A legislação penal também confere às partes iniciativa probatória, possibilitando que arrolem testemunhas, requeiram diligências e perícias, juntem documentos, e assim possam produzir todas as provas que dispõem, visando demonstrar a sua versão dos fatos.⁹⁵

O processo penal, então, busca reunir condições, através das provas produzidas, para que o magistrado possa exercer sua atividade recognitiva de passar a conhecer o fato e assim legitimar o poder contido na sentença.⁹⁶

Nesse contexto, por ser a prova um meio para as partes demonstrarem a sua versão dos fatos, por ser elemento essencial para formar o convencimento do juiz e conseqüentemente sustentar uma possível condenação, faz-se mister analisa-la minuciosamente.

⁹³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p. 141.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 1692637/SC**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1708078&num_registro=201702154473&data=20180516&formato=PDF>. Acesso em 08 nov. 2018.

⁹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997, p. 83 *et seq.*

⁹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 342 *et seq.*

3.1.1 Teoria geral das provas

Na visão de Antônio Magalhães Gomes Filho a prova judiciária é um instrumento de solução dos conflitos sociais, afinal é por meio dela que a coletividade passa a reconhecer como se formou o convencimento judicial. Segundo o citado doutrinador a prova não é destinada a estabelecer “uma verdade circunscrita ao processo”.⁹⁷

Guilherme de Souza Nucci destaca que a verdade absoluta nunca é alcançada e por isso as partes devem buscar convencer o juiz, através da produção de provas, de que a sua verdade é a que corresponde à realidade.⁹⁸

Nesse sentido, Aury Lopes Junior também afirma que a decisão do magistrado não corresponde à realidade material, ou seja, ao que realmente aconteceu, mas a um ato de convencimento formado em juízo a partir do contraditório e das regras do devido processo legal.⁹⁹

Como citado anteriormente, as partes do processo penal possuem o direito à prova, podendo influir ativamente em todas as medidas adotadas para a constituição do acervo probatória que servirá de base para a decisão. O CPP prevê a iniciativa probatória à acusação e à defesa, que podem, por exemplo, indicar testemunhas, requerer diligências, juntar documentos, etc.¹⁰⁰ Por vezes, esse direito passará a ser um dever de determinada parte, qual seja o Ministério Público, em razão do ônus da prova, que será estudado posteriormente.

O magistrado, por outro lado, tem sua função vinculada à atividade probatória e desenvolvida pelas partes, tendo em vista que tem a obrigação de apreciar todas as provas produzidas no processo, justamente em razão do direito à prova que possuem as partes.¹⁰¹

Diante disso, nota-se a importância da produção de prova para as partes do processo sobre tráfico de drogas, Ministério Público e Defesa, seja no sentido da procedência ou improcedência do pedido condenatório.

⁹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1999, p. 46.

⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 376.

¹⁰⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *op. cit*, p. 78 et. seq.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 160.

Serão as provas produzidas que irão gerar a convicção necessária para o magistrado sentenciar, afinal, como visto, a verdade real do que aconteceu não é possível de ser demonstrada detalhadamente nos autos, construindo-se apenas uma verdade processual.¹⁰² Assim, pode-se afirmar que a finalidade da prova é buscar o convencimento do juiz a respeito do fato em litígio.

A verdade processual é aquela formada durante o litígio, em juízo, podendo corresponder ou não a realidade dos fatos. É com base nela que o juiz irá formar o seu convencimento e proferir a sentença. Desse modo, nota-se a importância das provas.¹⁰³

Adalberto José Aranha afirma que a prova é um ônus processual e não uma obrigação, visto que a parte produz prova em proveito próprio, visando obter a pretensão em juízo, a partir da entrega ao magistrado de elementos que possam formar seu convencimento. Seria ônus e não obrigação, pelo ônus ser essa incumbência da parte postulante de provar. Não é obrigação, pois não há determinação legal nem de qualquer outro meio para tanto. A parte produz prova apenas se quiser atingir o seu objetivo. Assim, a produção de provas seria o caminho para o triunfo da parte em juízo, sendo então um ônus e não uma obrigação.¹⁰⁴

Importante distinguir os meios de provas dos chamados meios de busca/obtenção de provas. Os meios de prova oferecem ao magistrado conhecimento direto sobre o fato, a exemplo do depoimento de uma das testemunhas e do laudo pericial definitivo da droga. Já os meios de busca/obtenção de prova são meios para se buscar a obtenção de uma possível prova, como as buscas e apreensões, que podem, por exemplo, encontrar ou não provas de realização do tráfico de drogas em determinado imóvel.¹⁰⁵ Nos processos de tráfico de drogas é admissível a produção tanto de meios de prova como de busca/obtenção de prova, conforme exemplificado, e as partes podem requerer a produção de tais provas tanto no decorrer de um procedimento investigativo como durante a ação penal.

¹⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1999, p. 50.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 51.

¹⁰⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7 ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

¹⁰⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 352.

3.1.2 Tipos de prova nos procedimentos sobre drogas

O título VII do Código de Processo Penal Brasileiro trata “Da Prova” e em seus capítulos prevê os meios de provas: prova pericial, interrogatório do acusado, confissão, inquirição do ofendido e das testemunhas, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, documentos, indícios, busca e apreensão.

Já a Lei de Drogas, em seu artigo 54, III, prevê que o Ministério Público após oferecer a denúncia poderá arrolar testemunhas e requerer as provas que pretende produzir.¹⁰⁶ Em seguida, no artigo 55, impõe que o denunciado na apresentação da defesa preliminar poderá arrolar testemunhas, juntar documentos, justificações e especificar as provas que pretende produzir.¹⁰⁷

Desse modo, pode-se afirmar que nos processos de tráfico de drogas é admitida a produção de todos os meios de provas, sobretudo aqueles previstos no CPP e citados acima.

A prova pericial é um meio de prova frequentemente utilizada nos processos de tráfico de drogas. São tipos de prova pericial encontrados nesses processos o laudo de constatação, que como já explicitado no item 2.2.3 é o laudo firmado por perito oficial ou por pessoa idônea que confirma a natureza do material como droga ilícita; o laudo pericial definitivo da droga, que é o laudo que prova tecnicamente que o material apreendido é droga ilícita, definindo a presença do princípio ativo capaz de causar a dependência física ou psíquica no indivíduo¹⁰⁸; laudo de exame de lesões corporais, visando atestar as condições físicas do acusado e se o mesmo sofreu algum tipo de lesão no momento da prisão; laudo balístico, que busca confirmar a natureza de eventuais armas e/ou munições apreendidas; laudo de perícia realizada

¹⁰⁶ BRASIL. **Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Art. 54. Recebidos em juízo os autos do inquérito policial, de Comissão Parlamentar de Inquérito ou peças de informação, dar-se-á vista ao Ministério Público para, no prazo de 10 (dez) dias, adotar uma das seguintes providências: [...]

III - oferecer denúncia, arrolar até 5 (cinco) testemunhas e **requerer as demais provas que entender pertinentes**. (grifos)

¹⁰⁷ BRASIL. **Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º Na resposta, consistente em defesa preliminar e exceções, o acusado poderá argüir preliminares e invocar todas as razões de defesa, oferecer documentos e justificações, **especificar as provas que pretende produzir** e, até o número de 5 (cinco), arrolar testemunhas. [...] (grifos)

¹⁰⁸ BEZERRA FILHO, Aluizio. **Lei Antidrogas aplicada e comentada**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010, 184.

em aparelhos telefônicos, para averiguar eventuais registros relacionados ao tráfico de drogas.

Cumpra salientar que o laudo pericial definitivo da droga é de fundamental importância para a ação penal, visto que ele prova a materialidade. Na ausência do referido laudo é ação deve ser julgada improcedente, independentemente das provas produzidas no sentido da autoria, afinal, sem prova da materialidade não há que se falar em crime.

O artigo 159 do CPP impõe que os exames periciais devem ser realizados por peritos oficiais, devendo eles responder a quesitos formulados, na forma do art. 160, CPP.¹⁰⁹

O interrogatório do acusado é outro meio de prova previsto pelo CPP. Todavia, há discussão doutrinária sobre a natureza do interrogatório do réu, o que foi tratado no item 2.3.3 da presente pesquisa, pelo que este trabalho compactua com a terceira corrente, da doutrina mais moderna, entendendo pelo caráter misto de meio de defesa e fonte de prova, afinal em alguns momentos o interrogatório do acusado poderá funcionar como meio de prova, como na confissão, e em outros momentos poderá funcionar como meio de defesa, a exemplo de quando o réu mente ou se mantém em silêncio.

A confissão é um meio de prova previsto pelo CPP que consiste no reconhecimento da prática de um ato tido como criminoso por quem o fez, sendo assim uma declaração contrária aos interesses de quem a presta.¹¹⁰

Nos processos de tráfico de drogas a confissão consiste em o acusado admitir que praticou o tráfico ilícito de entorpecentes. Para que seja reconhecida como confissão é necessário que essa declaração seja voluntária, proferida pelo acusado pessoalmente e de forma expressa, reduzida a termo e perante autoridade competente, em ato solene e público.¹¹¹ Desse modo, não pode ser considerada confissão o depoimento de um policial que diz em juízo ter o réu lhe confirmado no momento da prisão a prática do tráfico de drogas.

¹⁰⁹ BRASIL. **Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 06 ago. 2018.

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1999, p. 80 *et seq.*

¹¹¹ *Ibidem*, p. 82 *et. seq.*

Caso a confissão se encaixe nos moldes acima apontados, sendo uma confissão judicial, terá valor absoluto e poderá sustentar a condenação mesmo que seja o único elemento a comprovar a autoria, desde que também esteja comprovada a materialidade. Já a confissão extrajudicial, prestada em delegacia de policial, por exemplo, não poderá sustentar uma condenação caso seja o único elemento indicador da autoria. Todavia, junto com outros elementos probatórios, poderá integrar o conjunto de elementos que sustentam a condenação.¹¹²

Importante registrar que a confissão é um meio de prova previsto com circunstância atenuante da pena pelo artigo 65, III, “d”, CP.¹¹³

As perguntas ao ofendido é um meio de prova previsto pelo CPP que não se visualiza nos processos de tráfico de drogas, visto que o ofendido deste crime é a sociedade.

Já a prova testemunhal é um meio de prova amplamente utilizado nos processos de tráfico de drogas. Como testemunha entende-se a pessoa física que não seja parte processual e nem com as partes tenha nenhum tipo de relação, dotada de capacidade para depor, chamada ao processo para tanto, não podendo emitir opinião, mas apenas reproduzindo os fatos que presenciara e tenha conhecimento, tratando apenas de fatos relacionados ao litígio.¹¹⁴

A testemunha tem o dever de comparecer a juízo no dia e horário designado, identificar-se, prestar o depoimento e dizer a verdade sobre o fato e sobre o que tem conhecimento.¹¹⁵ Como já explicitado no item 2.3.4, a testemunha que falta com a verdade está sujeita as penas do crime de falso testemunho.

No que se refere à prova testemunhal Adalberto José Aranha destaca que embora seja a prova mais comum no âmbito do processo penal, trata-se da prova mais falha, mesmo diante de demonstração de seriedade da testemunha, por ela estar sujeita ao erro, seja pelo modo que presenciou o fato, seja pela sua opinião sobre o fato e o

¹¹² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7 ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 122.

¹¹³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 ago. 2018.

¹¹⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *op. cit*, p. 159.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 168.

envolvido, pela maneira em que é feita a pergunta, seja pelo estado emocional no momento da inquirição.¹¹⁶

Já a acareação consiste em um ato processual de natureza probatória em que é colocado frente a frente duas ou mais pessoas que tiveram depoimentos contraditórios, visando esclarecer quem possa ter falado a verdade e quem tenha mentido.¹¹⁷

A busca e apreensão é um instituto que em pese esteja previsto no CPP como meio de prova, trata-se de meio de obtenção de prova. A busca é um ato da persecução penal que consiste na procura de pessoa, coisas, semoventes ou vestígios de crime, visando reunir elementos para esclarecer ou provar o fato.¹¹⁸ Nos casos relacionados ao tráfico de drogas a busca visa procurar drogas e/ou petrechos relacionados ao tráfico em posse de determinada pessoa ou em determinado local. Já a apreensão ocorre em decorrência da busca. A finalidade da busca é a apreensão. Todavia, a busca pode resultar ou não na apreensão de determinada pessoa, coisa ou vestígios. Por isso, a busca e apreensão é um meio de obtenção de prova e não um meio de prova propriamente dito. Quando a busca resultar em apreensão ter-se-á uma prova.

A busca e apreensão pode ser com mandado judicial ou sem mandado judicial. Determinadas situações necessitam de mandado judicial, como na hipótese da busca em determinado domicílio em que há investigação de que naquele imóvel ocorre preparação e guarda de drogas para venda. Já em outras situações a busca poderá ser realizada sem mandado judicial, a exemplo de quando elementos evadem e os policiais suspeitam que eles se homiziaram em determinado imóvel, havendo permissão do morador para a entrada e busca no imóvel. Outra situação é que a busca pode ser realizada sem mandado judicial é a diante de suspeita de que determinado indivíduo estar em posse de arma e drogas, realizando-se a busca pessoal.¹¹⁹ Neste sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral.
2. **Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão**

¹¹⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7 ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 157.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 144 *et. seq.*

¹¹⁸ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999, p. 96 *et. seq.* – (Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v.2).

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 166 *et. seq.*

domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.¹²⁰ (grifos)

Um meio de prova que também merece destaque é a infiltração de agentes policiais, que não está previsto no rol supramencionado do CPP, tendo previsão justamente na Lei de Drogas, no art. 53, I.¹²¹

A infiltração de agentes policiais, em verdade, trata-se de mais um meio de busca de provas, visto que seu objetivo é justamente encontrar provas a partir da infiltração, de modo que todas as informações obtidas devem ser registradas em relatório. Tal medida pode ser realizada tanto em meio a um procedimento investigativo, quanto durante a instrução processual. Por outro lado, trata-se de uma providência que só

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº R603616/RO**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 05 nov. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>.

¹²¹ BRASIL. **Lei 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: [...] I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; [...]

pode ser realizada a partir de requerimento do delegado de polícia ou do Ministério Público e após autorização judicial.¹²²

Outro meio para obtenção de prova muito importante e que pode levar resultado significativo para a investigação de um crime ou instrução processual é a interceptação das comunicações telefônicas e de dados, tendo previsão expressa na Constituição Federal Brasileira¹²³.

A interceptação deve ser requerida por pedido fundamentado, demonstrando-se a necessidade de sua realização, o seu objetivo e indicando os meios a serem empregados, e só pode ser realizada após autorização judicial, tendo por finalidade a produção de provas e podendo ser decretada no curso de um procedimento investigatório, ou até mesmo durante a ação penal. A interceptação é sigilosa e a sua realização tem prazo de duração de 15 dias, que pode ser renovável por igual período. A competência para condução da interceptação é da polícia judiciária, que ao final da diligência deve encaminhar o resultado ao juiz através de auto circunstanciado resumindo as operações realizadas e resultados obtidos.¹²⁴

3.1.3 Diferença entre testemunha e informante

Conforme explicitado no subtópico anterior, o testemunho é um meio de prova admitido e amplamente utilizado nas ações penais. A testemunha se destaca por ser um terceiro desinteressado da causa e ter o compromisso de falar a verdade sobre o que souber e lhe for perguntado acerca do fato tido como criminoso.¹²⁵

¹²² MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 544.

¹²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

¹²⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: Consideração sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 45 *et seq.*

¹²⁵ MOREIRA. Rômulo de Andrade. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 315.

Segundo o art. 202 do CPP qualquer pessoa poderá ser testemunha¹²⁶. Já o artigo 203 estabelece o dever da testemunha em dizer a verdade sobre o que for questionada¹²⁷, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho, previsto no artigo 342 do Código Penal¹²⁸.

Desse modo, verifica-se que a testemunha é marcada pelo desinteresse na causa e pelo compromisso de falar a verdade. Além disso, a testemunha também possui o dever de comparecer a juízo, sob pena de ser conduzido coercitivamente e até mesmo pagar multa; se identificar, declarando seus dados qualificativos de modo correto; e de depor, prestando as informações que tem conhecimento acerca do fato.¹²⁹

Em uma ação penal, na fase de instrução processual, mais precisamente na audiência de instrução e julgamento, muitas pessoas podem ser inquiridas, afinal, como já exposto, as partes podem arrolar até 05 (cinco) testemunhas. Contudo, algumas delas são dispensadas do compromisso de falar a verdade, sendo inquiridas em termo de declaração, quais sejam: doentes e deficientes mentais, menores de 14 (quatorze anos), além de ascendente ou descendente, afim em linha reta, cônjuge, irmão, pai, mãe ou o filho adotivo do acusado. Estes são os denominados informantes.¹³⁰

Fazendo-se uma singela análise da intenção do legislador em dispensar tais pessoas do compromisso em falar a verdade, pode-se perceber que os doentes, deficientes mentais e menores de 14 (quatorze anos) são abarcados como incapazes e por isso seriam dispensados do compromisso. Já aqueles que possuem vínculo parental ou afetivo com o acusado, por uma questão lógica, possuem interesse na causa, afinal dificilmente irão querer que o acusado entre para o rol de “criminosos”.

¹²⁶ BRASIL. **Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. [...]

¹²⁹ MOREIRA. Rômulo de Andrade. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 316

et. seq.

¹³⁰ *Ibidem, loc. cit.*

Nesse contexto, em um processo de tráfico de drogas, além das testemunhas arroladas na denúncia também pode haver inquirição das testemunhas arroladas pela Defesa, visando à produção de provas em favor do réu. As testemunhas arroladas pelo Ministério Público normalmente são policiais, conforme será demonstrado posteriormente.

Todavia, também é possível que sejam arrolados como testemunha indivíduos que foram conduzidos no momento da prisão do acusado, mas que não foram denunciados, além de pessoas civis que presenciaram os fatos ou que de algum modo pode contribuir com investigação do fato.

A defesa, também pode arrolar como testemunha conduzidos, pessoas que visualizaram a prisão do acusado ou que podem falar sobre o acusado, podendo até mesmo serem arrolados parentes. Estes últimos, no entanto, serão considerados informantes, conforme exposto acima.

O momento de oitiva das testemunhas é um dos momentos mais importantes do processo de tráfico de drogas, pois são ouvidos aqueles que visualizaram e/ou participaram do fato, sendo este o meio de prova mais utilizado para sustentar as absolvições ou condenações.

3.1.4 Ônus da prova

Como exposto no item 3.1.2 a prova é um ônus das partes e não uma obrigação. Gustavo Badaró assevera que o ônus é uma faculdade da parte cujo exercício é necessário para que a mesma obtenha determinado interesse processual.¹³¹

O ônus da prova possui duas acepções, podendo representar um estímulo às partes produzirem provas, buscando demonstrar suas alegações, e também pode funcionar como regra de julgamento para o magistrado em caso de dúvida quanto à ocorrência do fato.¹³²

Na ação penal sobre tráfico de drogas têm-se de um lado o Ministério Público, defendendo os interesses sociais e estatais no sentido da realização de justiça, e de

¹³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p. 171.

¹³² *Ibidem*, p. 194.

outro lado a defesa do acusado buscando a garantia de direitos do indivíduo e aplicação da Lei Penal no sentido de um processo penal democrático, bem como a absolvição ou aplicação da pena mais branda ao denunciado.

Nesse contexto, se uma ação penal vem a ser deflagrada em desfavor de um indivíduo, sob acusação de tráfico de drogas, haverá persecução penal no sentido de averiguar se realmente ocorreu a prática do crime citado.

A persecução penal se divide em dois momentos: a investigação, que é a primeira fase da persecução e ocorre através do inquérito policial, sendo presidida pela polícia judiciária; e a ação penal, que é o instrumento para se requerer a instauração do processo penal e a punição do infrator.¹³³

O artigo 156 do CPP impõe que a prova da alegação incumbe a quem faz a alegação.¹³⁴ Assim, pode-se afirmar que nos processos de tráfico de drogas quem detém o ônus probatório é o Ministério Público, que é quem deflagra a ação penal e, portanto, alega.

Aluizio Bezerra Filho, em sua obra sobre a Lei Antidrogas, destaca trecho de julgado muito interessante para elucidar o tema em questão. *In verbis*:

“Denunciado o réu como traficante de tóxico, à acusação cumpre provar a assertiva. Se essa prova é difícil, tal circunstância não transfere àquele o ônus de provar o contrário, ou seja, que não é traficante, pois nesse caso teria que demonstrar fato negativo. (RT 588/320)”¹³⁵

O Ministério Público é a instituição que irá arrolar as testemunhas que poderão depor em desfavor do acusado e a instituição responsável pela produção da prova judicial, visando comprovar que o indivíduo cometeu o delito.

Caso o Ministério Público não cumpra tal papel o pedido constando na denúncia deverá ser julgado improcedente, com base da regra de ônus da prova, salvo se o acusado confessar a prática do crime, afinal não tem o denunciado o dever de produzir prova contra si mesmo. Neste sentido, *vide* acórdão do STF:

¹³³ SILVA, José Geraldo da. **O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária: doutrina, legislação e prática**. 2 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 53.

¹³⁴ BRASIL. **Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

¹³⁵ BEZERRA FILHO, Aluizio. **Lei Antidrogas aplicada e comentada**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 323.

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. ORDEM DEFERIDA EM PARTE. 1. **Inserido na matriz constitucional dos direitos humanos, o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégica oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado.** 2. Atento a esse marco interpretativo, pontua que, no caso dos autos, as instâncias precedentes recusaram o pedido defensivo de incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 sob o fundamento de inexistir prova da primariedade do acusado. Incorrendo, assim, numa indistigável inversão do ônus da prova e, no extremo, na nulificação da máxima que operacionaliza o direito à presunção de não-culpabilidade: in dubio pro reu. Preterição, portanto, de um direito constitucionalmente inscrito no âmbito de tutela da liberdade do indivíduo. 3. Ordem parcialmente deferida para, de logo, reconhecer a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e determinar ao Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Campo Grande/MS que refaça, no ponto, a dosimetria da pena.¹³⁶ (grifos)

Importante destacar, por outro lado, que o Ministério Público, titular da ação penal de tráfico de drogas, instituição que denuncia o indivíduo por suposta prática do crime de tráfico de drogas, poderá ao final da instrução processual, na fase de alegações finais, conforme acervo probatório produzido, pugnar pela condenação do acusado, conforme o teor da denúncia, pela desclassificação para a conduta de usuário, ou até mesmo requerer a absolvição. Isto porque, o Ministério Público na defesa dos interesses do estado deve sempre agir alinhados aos ideais de justiça, não podendo querer a condenação de indivíduos a qualquer custo.

Assim, o Ministério Público que no início da ação pugnou pela condenação, pode ao final da instrução, conforme a formação do seu convencimento, mudar de opinião no sentido da prática do crime. Paulo Rangel, inclusive, afirma que é função institucional do Ministério Público requerer a absolvição em casos em que o réu for inocente.¹³⁷

O ônus da prova, então, é um tema de extrema importância para o processo penal, visto que após a produção de provas na instrução probatória, diante de dúvida do magistrado, poderá o mesmo julgar a causa com base nas provas produzidas pelas

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97701**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 03 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=97701&classe=HC&codig oClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 27 ago. 2018.

¹³⁷ RANGEL, PAULO. **Direito Processual Penal**. 24 ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 27.

partes e também de acordo com as regras do ônus da prova, de modo que será julgada em desfavor do quanto pugnado pela parte que detém o ônus probatório¹³⁸.

Nos casos dos processos de tráfico de drogas, em caso de dúvida do magistrado, julgando-se de acordo com as regras de ônus da prova, a causa seria julgada improcedente, visto que o ônus da prova era do Ministério Público, parte autora da referida ação penal. Este fator está diretamente ligado ao princípio do *in dubio pro reo*, que será tratado mais adiante.

Assim, pelo exposto, conclui-se ser o ônus da prova uma regra de fundamental importância para o processo penal, visto que ela define quem tem a incumbência de provar o quanto alegado e define que na falta dessa prova o magistrado deverá julgar a ação em sentido oposto ao alegado por quem descumpriu seu ônus probatório.

3.2. DOS PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PROVA

Princípios na visão de Robert Alexy são mandamentos de otimização caracterizados pela possibilidade de satisfação em graus variados e pela medida devida de sua satisfação não depender somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.¹³⁹

Antônio Machado dispõe sobre as importantes funções jurídicas desempenhadas pelos princípios:

[...] asseguram a harmonia e a coerência do ordenamento legal; atuam como critérios hermenêuticos de interpretação dos textos legais; orientam até mesmo o legislador na edição de leis; propiciam a integração do direito, funcionando como mecanismos de colmatação das eventuais lacunas do ordenamento jurídico; e, por fim, no caso do processo penal, atuam como mecanismo de controle do poder de punir.¹⁴⁰

Nesse contexto, têm-se que os princípios têm extrema importância para o processo penal, se amoldando as diversas situações cotidianas com relevância jurídico-criminal, atuando como parâmetro interpretativo e de julgamento, conferindo

¹³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p. 181.

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 90.

¹⁴⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55.

garantias processuais penais e servindo de base para o exercício do poder punitivo estatal.

Na presente pesquisa serão analisados os princípios que estão diretamente relacionados ao tema. O princípio do devido processo legal será tratado, afinal este trabalho perpassa pela seara do direito processual, direito este em que deve ser garantida a ampla defesa e o contraditório.

Ademais, serão discorridos os princípios da presunção de veracidade e da presunção de inocência, além dos princípios do “favor rei” e do *in dubio pro reo*, princípios estão que estão ligados ao núcleo desta pesquisa.

3.2.1 Princípio do devido processo legal

Antônio Machado subdivide os princípios processuais penais em dois grandes grupos: os princípios fundantes e os princípios-regras. Os princípios fundantes são aqueles congregados à clausula do devido processo legal e que constituem a base do sistema processual, de modo que a não observância deles ensejará nulidade processual. Já os princípios-regras funcionam como diretrizes normativas, complementando a clausula do devido processo legal, de modo que casuisticamente podem não ser aplicados, e nestes casos não ocorrerá nulidade processual.¹⁴¹

Nesse contexto, faz-se mister discorrer sobre o princípio do devido processo legal, princípio que fundamenta e assegura a legitimidade de todo o sistema processual penal.¹⁴²

O princípio do devido processo legal é um princípio constitucional, afinal a Constituição Federal o prevê no art. 5º, LIV, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. [...]¹⁴³

¹⁴¹ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 62 *et seq.*

¹⁴² *Ibidem*, p. 63.

¹⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 set. 2018.

O princípio mencionado, então, impõe que para que um indivíduo seja privado de sua liberdade devem ser respeitadas todas as formalidades previstas em lei, afinal, a liberdade é a regra, enquanto que a privação de liberdade é a exceção.¹⁴⁴ Desse modo, tem-se que o princípio do devido processo legal é um princípio processual penal constitucional, sendo também uma cláusula pétrea do sistema jurídico brasileiro.

Nestor Távora afirma que a pretensão punitiva do Estado deve ser realizada dentro de um procedimento regular, que é o processo penal, perante a autoridade competente, em meio à produção de provas e sendo respeitados o contraditório e a ampla defesa.¹⁴⁵

A aplicação de sanções penais, então, dentre as quais pode estar enquadrada a privação de liberdade, só poderá ocorrer se previstas lei e após o transcorrer do processo penal. A Lei de Drogas, por exemplo, estabelece as sanções para indivíduos que são condenados pela prática dos crimes relacionados ao tráfico de drogas e para indivíduos que são enquadrados como usuários de drogas. Essas sanções só poderão ser aplicadas, todavia, após o caminhar de um processo, tendo em vista o devido processo legal.

Por todo o exposto, Paulo Rangel assevera que o devido processo legal é o princípio base de todo o sistema jurídico processual, de modo que todos os demais princípios derivam dele.¹⁴⁶

3.2.2 Princípios da ampla defesa e contraditório

Ampla defesa e contraditório são princípios distintos, mas que estão intrinsecamente associados. O contraditório é um princípio que protege ambas as partes do processo, enquanto que a ampla defesa visa tutelar o direito de defesa do acusado.¹⁴⁷

¹⁴⁴ RANGEL, PAULO. **Direito Processual Penal**. 24 ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 4.

¹⁴⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivim, 2017, p. 87.

¹⁴⁶ RANGEL, PAULO. *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *op. cit.*, p. 77.

Estes princípios também se tratam de princípios constitucionais, tendo previsão no art. 5º, LV, da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]¹⁴⁸

O princípio da ampla defesa impõe que ao acusado devem ser assegurados todos os meios de defesa para resguardar seus direitos, podendo produzir todos os tipos de provas, fazer alegações, interpor recursos, desde que dentro da legalidade.¹⁴⁹

A ampla defesa possui duas acepções: defesa técnica, que se refere ao direito de apresentar defesa escrita por profissional habilitado, nos autos da ação penal; e autodefesa, que é o direito que o acusado tem de ele próprio apresentar a sua versão dos fatos em juízo, o denominado interrogatório, que já fora tratado no item 2.3.3 desta pesquisa.¹⁵⁰

O princípio da ampla defesa no processo penal é tão amparado que a falta de defesa técnica enseja nulidade processual, conforme a Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal.¹⁵¹

A legislação processual é tão forte no que diz respeito a ampla defesa, que se o acusado não apresentar defesa no prazo legal após ser notificado, deverá ser dado vista dos autos a um defensor nomeado para apresentar a defesa do acusado, conforme prevê o art. 396, § 2º do CPP, redação também reproduzida pelo art. 55 § 3º da Lei de Drogas.¹⁵²

Já o princípio do contraditório “impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual”¹⁵³. Antônio

¹⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

¹⁴⁹ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66.

¹⁵⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivim, 2017, p. 77.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 523**: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>>. Acesso em 29 out. 2018.

¹⁵² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *op. cit.*, p. 78.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 75.

Machado assevera que pelo princípio do contraditório autor e réu devem participar de todos os atos processuais, podendo influenciar no resultado final do processo.¹⁵⁴

O contraditório no processo penal deve ser pleno, ou seja, assegurado do início ao fim do processo, e efetivo, permitindo as partes disporem de meios para intervir nos atos processuais que julguem necessário intervir.¹⁵⁵

Nesse contexto, conclui-se que enquanto a ampla defesa está voltada a oportunizar ao acusado resguardar seus direitos de defesa, o contraditório está voltado a possibilitar as partes participarem e interferirem nos atos processuais.

3.2.3 Princípio da presunção de veracidade

Importante tratar também sobre o princípio da presunção de veracidade, afinal, integra o tema do presente trabalho a análise dos atos policiais, sobretudo os atos investigatórios.

A polícia integra a administração pública, atuando no exercício do poder de polícia.¹⁵⁶ Como a polícia integra a administração pública, conseqüentemente, é conferida a ela a presunção de veracidade, pelo que faz-se mister analisar a temática em questão. No capítulo 2, tópico 2.2, foi tratado detalhadamente sobre a polícia e sua divisão.

Presunção de veracidade é a expressão destinada a indicar que determinado fato jurídico é verídico, ou seja, que corresponde a realidade. Essa presunção, todavia, é relativa, de modo que admite prova em sentido contrário. A presunção absoluta é aquela que não se sujeita a anulação.¹⁵⁷

¹⁵⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 66.

¹⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 75 et. seq.

¹⁵⁷ PIRES, Luís Manuel Fonseca. **A presunção de legitimidade e veracidades dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 14, n. 54, jan/mar. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 318 et seq.

Devido à presunção de veracidade, a doutrina tradicional entende que é transferido ao particular não apenas o ônus de impugnar o ato do agente público, mas também de produzir prova da sua invalidade ou inveracidade.¹⁵⁸

Em função do princípio da presunção de veracidade é que decorre a “fé pública”, que é a atribuição conferida às declarações proferidas por autoridades públicas ou agentes delegatários.¹⁵⁹

Diante do exposto, pelos policiais integrarem a administração pública e por ser conferida a esta a presunção de veracidade e conseqüentemente a fé pública, pode concluir que os atos policiais, bem como suas declarações, são dotados de presunção de veracidade e conseqüentemente de fé pública. Por isso, presumem-se verdadeiros os atos e declarações policiais até que se prove o contrário.

Diante disso, contextualizando tal entendimento com o crime de tráfico de drogas, é possível afirmar que com o depoimento de policiais na instrução probatória no sentido da prática do tráfico de drogas pelo acusado, cria-se para a defesa deste o ônus de provar o contrário. Nesse sentido, *vide* o julgado abaixo:

PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGA. PRETENSÃO À RECLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA PORTE DE DROGA PARA AUTOCONSUMO. IMPROCEDÊNCIA. QUANTIDADE EXPRESSIVA DA MACONHA APREENDIDA. PRISÃO EM FLAGRANTE. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA "QUALIFICADA". SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1 Réu condenado por infringir o artigo 33, da Lei 11.343/06, depois de ter sido preso em flagrante quando mantinha em depósito duzentos e vinte gramas de maconha.

2 Testemunhos de policiais sobre fatos observados no desempenho da função usufruem presunção de veracidade e idoneidade ínsita aos atos administrativos em geral, somente derogável mediante prova cabal adversa. À defesa incumbe provar a destinação da droga para consumo próprio, máxime quando a quantidade expressiva da droga apreendida sugere com veemência o tráfico, e não a destinação de consumo próprio.

3 A confissão qualificada deve ser considerada para o fim de atenuação da pena quando serve de subsídio à íntima convicção do Juiz.

4 Apelação parcialmente provida.¹⁶⁰ (grifos)

¹⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos.** Revista de Direito Administrativo, vol. 259, jan.-abr. 2012. Rio de Janeiro: Editora Direito Rio, p. 73 et. seq.

¹⁵⁹ *Ibidem. loc. cit.*

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Criminal nº 20160110544790.** Relator: Desembargador George Lopes. Julgado em 22 jun. 2017. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501039399/20160110544790-df-0015853-2420168070000?ref=serp>>. Acesso em 13 nov. 2018.

Por fim, relevante explicitar que apesar do princípio da presunção de veracidade ter arcabouço de princípio do Direito Administrativo, ele possui intrínseca relação com o Direito Processual Penal, afinal, como já mencionado, a polícia integra a administração pública, mas, por outro, sua atividade está totalmente associada ao Direito Penal e Processual Penal, visto que a polícia labuta diariamente com a prevenção e investigação de crimes.

3.2.4 Princípio da presunção de inocência

A princípio cumpre destacar que há divergência doutrinária quanto ao termo “presunção de inocência”, podendo este princípio ser denominado de outras formas, como “presunção de não culpabilidade”, “liberal inocência”, entre outros. Parte da doutrina entende ser irrelevante tal distinção, corrente que se afilia Nestor Távora.¹⁶¹ Por outro lado, há quem entenda que este o termo “presunção de inocência” é inapropriado, como Paulo Rangel, que entende que “se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente”.¹⁶² Não se pretende adentrar nesta discussão doutrinária, trazendo-se apenas que o princípio em questão pode ser encontrado com outras denominações em razão de tal divergência.

O princípio da presunção de inocência é o princípio que veda a possibilidade de alguém ser considerado culpado pela prática de um crime antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, sendo mais um princípio constitucional e estando previsto na Constituição Federal. Observe-se o que estabelece o artigo 5º, LVII:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. [...]¹⁶³

¹⁶¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivim, 2017, p. 69.

¹⁶² RANGEL, PAULO. **Direito Processual Penal**. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 24.

¹⁶³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 set. 2018.

Devido ao princípio da presunção de inocência é que se impõe a absolvição do acusado diante de inexistência de provas concludentes da subsunção do fato ao tipo penal incriminador.¹⁶⁴

Nestor Távora afirma que o princípio da presunção de inocência deriva de duas regras fundamentais: a primeira está relacionada à prova, de modo que a parte acusatória tem o ônus de comprovar que o acusado cometeu o crime, ao invés do acusado provar que não cometeu o crime; a segunda está relacionada ao incidente processual, de modo que um indivíduo só poderá ser considerado criminoso após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹⁶⁵ Merece ser ressaltado, todavia, que recentemente o STF decidiu que a execução da pena pode ser iniciada após decisão de segunda instância¹⁶⁶, o que vem sofrendo muitas críticas por parte da doutrina, por violar o princípio da presunção de inocência, como entende José Afonso da Silva¹⁶⁷.

Do texto constitucional trazido à baila e diante do entendimento do respeitável doutrinador supracitado, tendo em vista o tema da presente pesquisa, extrai-se que o Ministério Público tem o ônus de provar a ocorrência do crime, não sendo do acusado por tráfico de drogas a incumbência de provar que não cometeu o delito, como já exposto no item 3.1.4 do presente trabalho. Ademais, um indivíduo só poderá ser considerado traficante de drogas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Pela presunção de inocência ser garantida constitucionalmente até o trânsito em julgado da sentença, só podendo um indivíduo ser considerado criminoso após tal marco, pode-se afirmar que o princípio da presunção de inocência é mais um princípio que está intrinsecamente associado ao princípio do devido processo legal, afinal, sem o termo final do processo penal não é possível que um indivíduo seja

¹⁶⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 55.

¹⁶⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivim, 2017, p. 72

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 29 out. 2018.

¹⁶⁷ AFONSO DA SILVA, José. **Limite para presunção de inocência é o trânsito em julgado**. Disponível em: <<https://www.jota.info/docs/jose-afonso-da-silva-execucao-provisoria-02042018>>. Acesso em: 29 out. 2018.

considerado criminoso. Outrossim, sem a existência de processo que resulte em condenação com trânsito em julgado todos são considerados inocentes.

3.2.5 Princípio do “favor rei” e *in dubio pro reo*

Inicialmente, cumpre salientar que os princípios em questão não são sinônimos. Os princípios do “favor rei” e do *in dubio pro reo* serão tratados no mesmo subtópico, primeiramente por serem princípios criados e relacionados ao réu, e por fim, visando manter a simetria estrutural da pesquisa.

O princípio do “favor rei” é o princípio que reconhece o réu como a parte mais frágil do processo penal, assegurando que a interpretação e aplicação das normas processuais penais devem sempre ocorrer de modo favorável aos interesses do réu, e não em seu prejuízo. Por isso, este princípio tem importante função hermenêutica, estabelecendo parâmetros de aplicação e interpretação normativa. Além disso, ele reconhece implicitamente que o réu é a parte mais vulnerável do processo penal, ratificando que o cerceamento de liberdade só pode ocorrer em última instância.¹⁶⁸

Em razão do “favor rei”, o magistrado, diante de interpretações antagônicas da lei, deve aplicar aquela que seja menos prejudicial ao réu. Uma situação que demonstra na própria lei a presença do princípio do “favor rei”, é o §1º do artigo 615 do CPP, que impõe que em caso de empate em julgamento de recursos, caso o presidente não decida, deve prevalecer a decisão mais favorável ao réu.¹⁶⁹

O princípio do *in dubio pro reo* impõe que a dúvida acerca da prática ou não da conduta tipificada milita em favor do réu, de modo que a acusação tem o ônus de provar a culpabilidade do acusado.¹⁷⁰ Desse modo, o magistrado no momento da prolação da sentença tendo dúvida acerca do cometimento do tráfico de drogas por parte do acusado não poderá julgar a o pedido constante na inicial procedente, em razão do princípio em questão.

¹⁶⁸ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 88.

¹⁶⁹ RANGEL, PAULO. **Direito Processual Penal**. 24 ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 35.

¹⁷⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. I. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p.12.

Enquanto que o princípio do “favor rei” impõe que a aplicação e interpretação de normas não podem ocorrer em prejuízo ao réu, o princípio do in dubio pro reo impõe que a condenação só pode ocorrer se efetivamente provado que o crime aconteceu.

Diante do exposto, então, conclui-se que os referidos princípios se complementam e visam dar um tratamento especial ao réu, sobretudo pelo processo penal ter como possível consequência a condenação e o cerceamento do direito de liberdade do indivíduo, direito este que é um direito fundamental.

4. ANÁLISE EMPÍRICA DE PROCESSOS DA 3ª VARA DE TÓXICOS DE SALVADOR/BA

Inicialmente, cumpre destacar que se pretende com a presente pesquisa empírica aliar dados estatísticos ao trabalho teórico através de uma pesquisa quantitativa, baseada em números da realidade prática dos processos da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA.

Na presente pesquisa empírica serão tratados tópicos chaves dos capítulos anteriores, demonstrando-se como são originados, presididos e instruídos os procedimentos preliminares investigativos, bem como as ações penais decorrentes de tais procedimentos, com destaque para a instrução probatória e a sua influência na prolação da sentença.

A 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA foi instalada em 27 de junho de 2014, visando desobstruir as outras duas varas de tóxicos da referida comarca e julgar processos relativos à Lei 11.343/2006.¹⁷¹

A pesquisa empírica foi iniciada em 16 de agosto de 2018 quando a Vara possuía 924 (novecentos e vinte e quatro) ações penais com o status “arquivado”, “baixado”, “em grau de recurso” ou “julgado”, status esses que abrangem todas as hipóteses de processos sentenciados, conforme certidão e relação em anexo (doc. 01 e doc. 02).

Diante da inauguração da Vara ter ocorrido em meados do ano de 2014 e do considerável número de processos, para a presente pesquisa empírica foi realizado um recorte temporal, utilizando-se os processos sentenciados distribuídos nos anos de 2016 e 2017, por se tratar de tempo médio entre o ano da criação da Vara e o presente ano, além do que em 2015 a Vara estava em processo de desenvolvimento e os processos distribuídos em 2018 em sua maioria ainda não foram sentenciados.

No ano de 2016 foram distribuídas 645 (seiscentos e quarenta e cinco) ações penais na referida vara (doc. 03), enquanto que no ano de 2017 foram distribuídas 457 (quatrocentos e cinquenta e sete) ações penais, conforme certidões em anexo (doc. 04).

¹⁷¹ **Nova Vara de Tóxicos vai acelerar julgamentos de presos em Salvador.** Bahia Notícias, Salvador, 29 jun. 2014. Disponível em: < <https://www.bahianoticias.com.br/justica/noticia/49051-nova-vara-de-toxicos-vai-acelerar-julgamentos-de-presos-em-salvador.html>>. Acesso em 09 out. 2018.

Dos processos distribuídos no ano de 2016, até a data de início da pesquisa, 285 (duzentos e oitenta e cinco) haviam sido sentenciados (doc. 05), enquanto que distribuídos no ano de 2017 haviam 129 (cento e vinte e nove) sentenciados (doc. 06).

Os processos sentenciados distribuídos nos anos de 2016 e 2017 totalizam 414 (quatrocentos e quatorze). Destes 414 processos, então, 69% (sessenta e nove por cento) são do ano de 2016 e 31% (trinta e um por cento) do ano de 2017.

Consultando-se a calculadora amostral do sistema “COMENTTO”, verificou-se que para obtenção de uma pesquisa com nível de confiança de 95% (noventa e cinco por cento) e margem de erro de 5% (cinco por cento), devem ser analisados 155 (cento e cinquenta e cinco) processos. Destes 155 processos, então, devem ser analisados 107 (cento e sete) do ano de 2016 (69% de 155) e 48 (quarenta e oito) do ano de 2017 (31% de 155).

Insta salientar que o critério utilizado para selecionar os processos da lista indicada foi alternância por ordem cronológica.

4.1 DOS PROCEDIMENTOS INVESTIGATIVOS PRELIMINARES

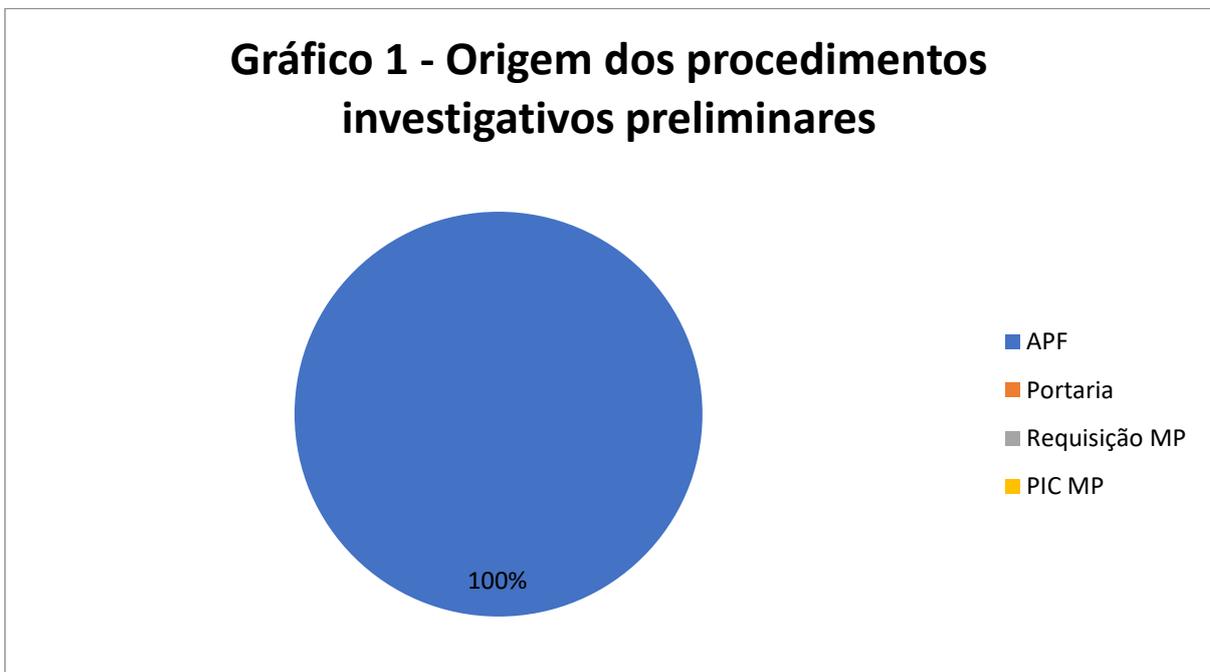
A colheita de dados dos procedimentos investigativos preliminares que fundamentaram a deflagração das ações penais analisadas é relevante para demonstrar como vem sendo desempenhada a persecução policial às drogas e ao tráfico ilícito de entorpecentes, ou seja, como vem sendo desempenhada a atividade policial no combate as drogas e ao tráfico de entorpecentes. Ademais, busca-se demonstrar também como são instruídos tais procedimentos investigativos e a sua influência na instrução probatória da ação penal.

Para tanto, serão tratados três pontos chaves: a origem dos procedimentos, quem preside tais procedimentos e quais atos investigativos e probatórios são produzidos nestes procedimentos.

4.1.1 Da origem dos procedimentos investigativos preliminares

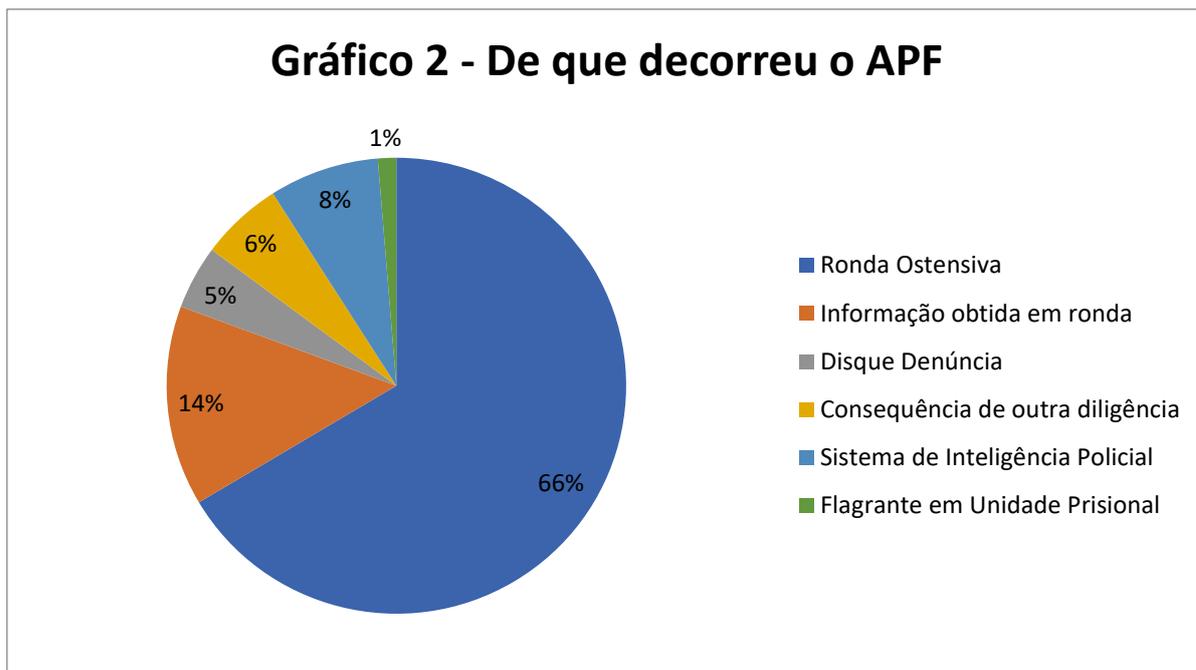
O objetivo deste tópico é demonstrar como são originados os procedimentos investigativos, se através de flagrantes decorrentes de investigações prévias, em decorrência de rondas ostensivas ou através de requisição do Ministério Público ou portaria da polícia judiciária no exercício da sua atividade.

Analisando-se os procedimentos investigativos preliminares foi possível visualizar o cenário exposto no gráfico abaixo:



Dos dados acima, observa-se que a totalidade dos procedimentos investigativos preliminares analisados foram originados por auto de prisão em flagrante, de modo que nenhum deles foi originado por portaria, requisição ou PIC (Procedimento Investigatório Criminal), dado este muito significativo.

Nesse contexto, para uma análise mais profunda, importante verificar de que decorreram estes autos de prisão em flagrante:



Dos 155 (cento e cinquenta e cinco) processos analisados, todos os seus respectivos procedimentos investigatórios preliminares foram originados de Auto de Prisão em Flagrante, conforme demonstrado no gráfico 1.

Estes APF, todavia, decorreram em sua maior parte de ronda ostensiva policial, mais precisamente 103 (cento e três) da totalidade dos procedimentos. Importante frisar que, além disso, outros 22 (vinte e dois) foram decorrentes de informações que policiais em ronda de rotina obtiveram de populares e 09 (nove) como consequência de diligências desempenhadas para averiguar outros crimes. Ademais, outros 12 (doze) flagrantes foram decorrentes de dados e informações obtidas dos sistemas policiais, sejam eles de comunicação, informação ou inteligência, a exemplo do CICOM (Centro Integrado de Comunicação) da Secretaria de Segurança Pública da Bahia e do SOINT (Sistema de Inteligência da Polícia Militar). Aparecem também 07 (sete) flagrantes decorrentes de informações obtidas pelo disque denúncia e 02 (dois) realizados em unidades prisionais após revista em visitas a internos.

Em resumo, foi verificado que 66% (sessenta e seis por cento) dos procedimentos preliminares são decorrentes de rondas ostensivas, 14% (quatorze por cento) de informações obtida em ronda, 8% (oito por cento) dos Sistemas de Inteligência Policial, 6% (seis por cento) em decorrência de outra diligência, 5% (cinco por cento) de informações obtidas pelo disque denúncia e 1% (um por cento) em revistas a visitas dos internos nas unidades prisionais.

Da análise dos dois gráficos e dados trazidos, têm-se a grande maioria dos procedimentos investigativos preliminares são originados como consequência do policiamento ostensivo, sendo os casos de flagrante por investigações preliminares por parte das instituições competentes a minoria, demonstrando que o Estado vem realizando muito pouco o papel investigativo, empreendendo poucas medidas investigatórias no que se refere aos processos do crime de tráfico de drogas em trâmite nas varas de tóxicos.

Desse modo, pode-se concluir que o sistema de repressão no combate as drogas e ao tráfico não é realizado de modo a investigar a fundo os grandes traficantes e facções criminosas, mas sim reprimir os pequenos traficantes, aqueles que realizam as vendas nas bocas de fumo dia-a-dia, que são facilmente vistos pelos policiais e pela população, ampliando também o alcance de usuários, que passam a ser rotulados como traficantes, de modo que aqueles que lideram o tráfico pouco são investigados.

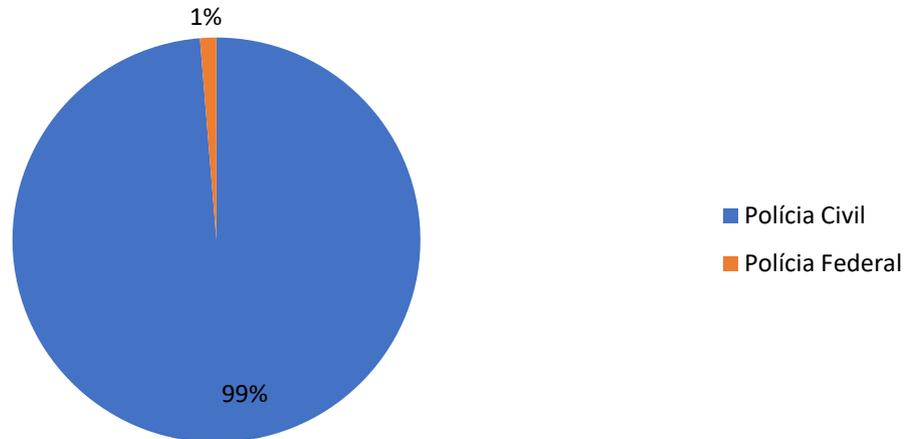
Outrossim, importante frisar que esse modo de repressão estatal é um ciclo sem fim, visto que estes “pequenos traficantes” que diariamente terminam sendo presos em flagrante são facilmente substituídos por outros nas diversas funções do tráfico. Esta política causa outro grande impacto, que é a superlotação das unidades prisionais pelo alto índice de aprisionamento por tráfico de drogas. Esse é um dos motivos de ser o tráfico de drogas o crime que mais aprisiona e desencadeia processos no Brasil.¹⁷²

4.1.2 Da presidência da investigação

A presidência do procedimento investigativo preliminar é outro ponto de extrema importância, tendo em vista que indica quem vem adotando e presidindo as medidas e os atos nos procedimentos investigativos preliminares.

¹⁷² BRASIL. Ministério da Justiça – Governo Federal. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil.** Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 15 out. 2018.

Gráfico 3 - Presidência dos procedimentos investigativos preliminares



Dos 155 (cento e cinquenta e cinco) procedimentos objeto da presente pesquisa empírica, 153 (cento e cinquenta e três) foram presididos pela Polícia Civil e 02 (dois) pela Polícia Federal. Isto demonstra que a presidência dos procedimentos investigativos preliminares vem sendo exclusivamente da polícia judiciária, de modo que o Ministério Público pouco tem contribuído no originar investigatório com a requisição da instauração de procedimentos investigativos preliminares.

A única diferença encontrada no que se refere a presidência dos atos investigativos em questão foi a instituição policial presidente, verificando-se 02 (dois) processos que foram presididos pela Polícia Federal, um em razão do local do flagrante ter sido o Aeroporto Internacional do Salvador, área de atuação da Polícia Federal, e outro por ocorrer transporte de drogas em rodovia federal, área em que a atuação também é da Polícia Federal. Ambos os casos, todavia, teve o oferecimento da denúncia na vara estadual, qual seja a 3ª Vara de Tóxicos de Salvador/BA, por ser caso de competência da justiça estadual. Os demais procedimentos foram todos presididos pela Polícia Civil.

Frise-se que o crime em questão é aquele que mais aprisiona atualmente no Brasil, conforme já demonstrado anteriormente, sendo assim um crime de extrema relevância no cenário atual, mas que na prática a iniciativa investigatória vem sendo adotadas apenas pela polícia judiciária, e na maioria das vezes como consequência do policiamento ostensivo.

4.1.3 Dos atos investigativos

Como tratado no capítulo 2, subtópico 2.2.3, diversos são os atos que podem ser adotados nos procedimentos preliminares visando investigar fatos tidos como criminosos. Nesse contexto, nos processos analisados foi possível identificar a presença de alguns atos investigativos, como a colheita de depoimentos, juntada de laudos periciais e relatórios investigativos. *Vide* o gráfico demonstrativo abaixo:



Da análise do quadro acima, pode-se notar a presença de diversos atos investigativos. Todavia, considerando o universo de processos analisados verifica-se que em sua grande maioria são adotados os seguintes atos nos procedimentos investigativos: oitivas dos flagranteados, conduzidos e policiais que participaram da prisão, juntada de laudos relativos a droga e de lesões corporais. Os demais atos

que aparecem no gráfico demonstrativo não se mostram presentes nem em 1% (um por cento) dos processos.

Outro ponto que merece destaque se refere aos cinco procedimentos preliminares em que não houve juntada de laudo de constatação nem do laudo definitivo, sendo um inquérito policial irregular, como explicitado no capítulo 2, subtópico 2.3.3, de modo que a ausência de laudo de constatação indicando a natureza do material apreendido deveria ensejar o relaxamento da prisão e tornar impossível o enquadramento da conduta como crime. Todavia, na prática o que se pôde verificar foi que ainda assim em todos eles houve deflagração da ação penal e transcorrer processual, sendo que em dois deles ocorreu condenação, em um outro desclassificação e em dois absolvição.

Tais resultados estão em consonância com os números apontados no subtópico 4.1.1. Ora, se todos os procedimentos preliminares analisados decorreram de auto de prisão em flagrante, sendo a maior parte em decorrência de rondas ostensivas, não é de se esperar a presença de atos investigativos prévios, como determinação de busca e apreensão, interceptações telefônicas, infiltração de policiais, etc.

Desse modo, resta evidenciado que o sistema de persecução ao tráfico de drogas vem sendo voltado ao combate diário nas localidades ponto de tráfico, combatendo assim o tráfico de rua e os pequenos traficantes, ao invés de se buscar o combate ao comando do tráfico, seus líderes e facções criminosas.¹⁷³

Nota-se então, que na maioria dos casos relacionados às drogas os inquéritos policiais são repetitivos, mal instruídos, sem investigar a fundo os crimes, ouvindo-se apenas os envolvidos no fato e juntando-se guias para perícia e laudos.

Nesse contexto, evidencia-se também que o Ministério Público, instituição que deflagra as ações penais, a maioria delas com respaldo nos procedimentos investigativos preliminares, vem aceitando passivamente tal postura da polícia judiciária. O Ministério Público, no controle externo da atividade policial¹⁷⁴, poderia exigir um papel mais dinâmico da polícia judiciária, para que se valesse dos inúmeros atos investigativos conferidos pela legislação, visando uma investigação

¹⁷³ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 51.

¹⁷⁴ MISSIUNAS, Rafael de Carvalho. **CONJUR: Controle da atividade policial pelo Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-fev-20/controlado-externo-atividade-policia-ministerio-publico>>. Acesso em 07 nov. 2018.

mais elucidativa e eficaz, ao invés de se ater apenas aos atos investigativos comumente utilizados citados anteriormente. Frise-se mais uma vez que tal reflexão restringe-se apenas aos processos de tráfico de entorpecentes em trâmite nas varas de tóxicos.

Por isso, é importante sinalizar que demandaria outra pesquisa analisar os procedimentos investigativos preliminares e as ações penais relativas a tóxicos em trâmite na Vara dos Feitos Relativos a Delitos Praticados por Organização Criminosa da Comarca de Salvador/BA. Nesta vara tramitam os processos contra organizações criminosas, muitas delas que lideram o tráfico de drogas em diversos pontos da capital, até mesmo tendo vinculações com organizações criminosas de outros municípios e estados.

Visando elucidar um pouco os processos que tramitam nesta Vara foi extraída certidão que aponta o número de inquéritos policiais, autos de prisão em flagrante, representações criminais e ações penais sobre tráfico de drogas em trâmite na referida Vara (doc. 07), indicando que entre o ano de 2013 e o presente ano foram distribuídos 75 (setenta e cinco) procedimentos, dentre os quais 51 (cinquenta e uma) ações penais, 15 (quinze) inquéritos policiais, 8 (oito) autos de prisão em Flagrante e 1 (uma) representação criminal.

Ademais, em outra busca realizada foi verificado que entre o ano de 2009 e o presente ano há registro de 375 (trezentos e setenta e cinco) pedidos de medidas cautelares, dentre os quais é possível visualizar pedido de prisão temporária e de prisão preventiva, pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico, pedido de busca e apreensão criminal (doc. 08).

Desse modo, no que se refere aos processos e procedimentos em trâmite na Vara dos Feitos Relativos a Delitos Praticados por Organização Criminosa pode-se verificar, ainda que sucintamente, pedidos de realização de medidas que buscam investigar com maior propriedade a prática do tráfico de drogas por parte dos grandes líderes do tráfico.

Por todo o exposto, importante destacar também que a presente pesquisa não se trata de um ataque institucional ao Ministério Público, mas apenas à prática que vem sendo realizada na instrução probatória dos processos de tráfico de drogas em trâmite nas varas de tóxicos e que restou evidenciada no presente trabalho.

4.2 DAS AÇÕES PENAIS

No âmbito das ações penais merece ser analisado pontos-chaves à instrução probatória e ao resultado da ação penal, ou seja, do julgamento do processo. Faz-se mister analisar as provas produzidas justamente pelo núcleo da presente pesquisa tratar sobre a instrução probatória dos processos de tráfico de drogas.

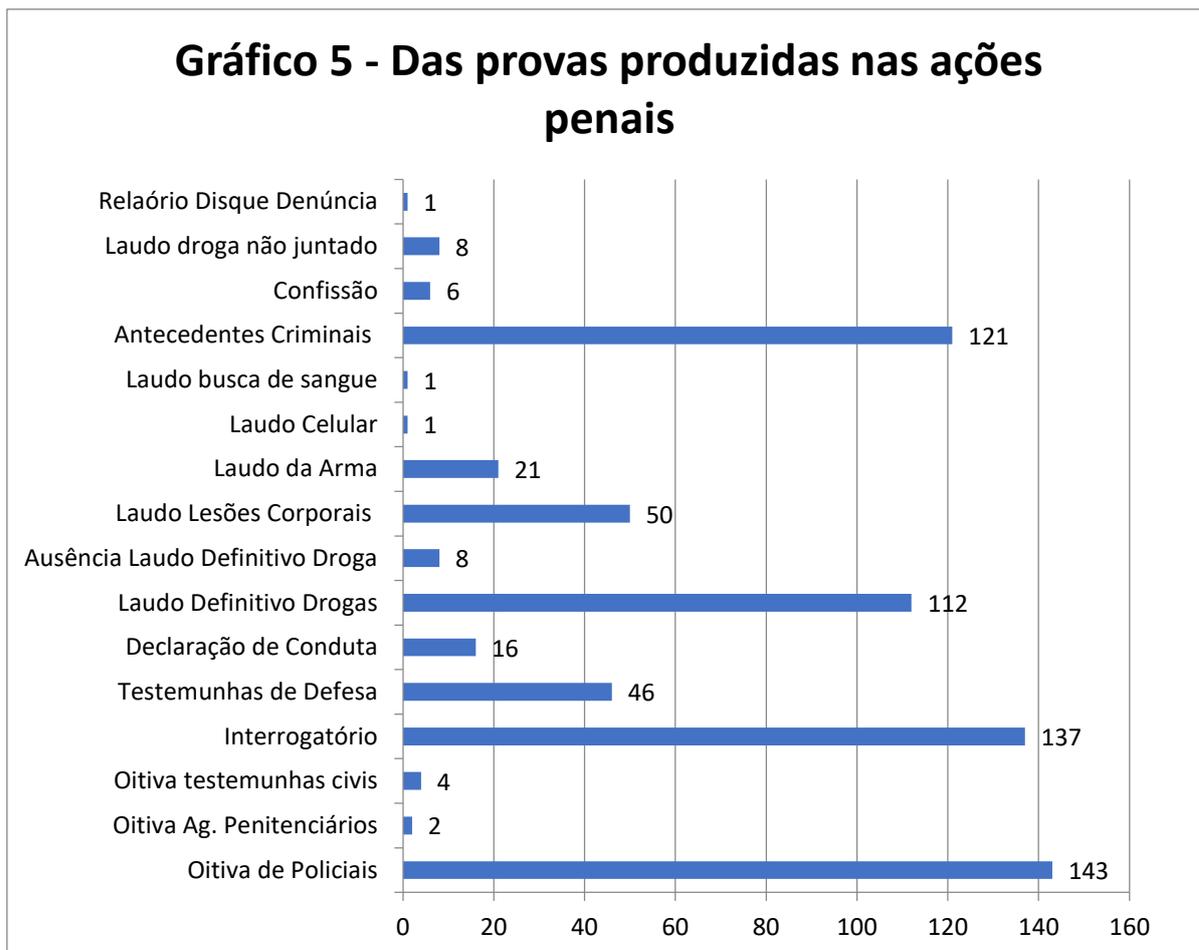
Ademais, após analisar as provas comumente produzidas, adentrar-se-á na análise das testemunhas inquiridas, pois, para além da instrução probatória também faz parte do núcleo deste trabalho a análise de um meio de prova específico: o testemunho policial.

Por fim, serão sintetizados os resultados processuais, ou seja, se o pedido da ação penal foi julgado procedente ou improcedente.

4.2.1 Das provas produzidas

No capítulo 3, subtópico 3.1.2, foi apontado os possíveis tipos de prova a serem produzidas nos processos de tráfico de drogas, trazendo-se as previsões do Código de Processo Penal e da Lei de Drogas sobre tal matéria.

Nessa conjuntura, serão trazidas abaixo as provas que foram produzidas nos 155 (cento e cinquenta e cinco) processos analisados. *Vide* o gráfico abaixo:



Da análise do gráfico demonstrativo tem-se que as provas maciçamente produzidas são provas testemunhais e periciais, como a oitiva de policiais e dos acusados, a juntada de laudo pericial definitivo da droga e antecedentes criminais, aparecendo também com percentual significativo a inquirição de testemunhas de defesa, laudo de lesões corporais e de armas apreendidas.

Esse desenho numérico só termina por corroborar o quanto já analisado e constatado nos tópicos anteriores: escassa produção de prova com repetição intensa dos atos praticados. Verifica-se, por exemplo, que poucos foram os casos em que foram inquiridas testemunhas civis, ou seja, aquele cidadão comum que estava presente ou próximo ao local em que ocorreu o flagrante.

Verifica-se também que, assim como nos procedimentos preliminares, nas ações penais também não há a realização de meios de obtenção de prova. O Ministério Público, instituição que detém o ônus probatório nos processos de tráfico de drogas, conforme exposto no capítulo 3, item 3.1.4, não se valeu de inúmeros meios e artifícios permitidos na legislação para buscar elucidar de modo mais claro e preciso

o fato tido como criminoso, no que se refere aos processos em trâmite nas varas de tóxicos.

Nos processos de tráfico de drogas é possível e está ao alcance da referida instituição, por exemplo, juntar fotos e documentos relacionados ao tráfico; filmagens relacionadas ao momento da abordagem e da prisão, ou até mesmo anteriores a prisão, com sua respectiva perícia, visando comprovar a realização do comércio de drogas; relatórios de inteligência acerca dos acusados, visando demonstrar o que foi apurado sobre eles; quebra de sigilo telefônico e de dados, para buscar provas acerca da realização do tráfico; infiltração de policiais; ou de outros meios que possam constatar com maior segurança a prática do tráfico de drogas.

As provas comumente produzidas, então, são laudos periciais e antecedentes criminais juntados, além de prova oral, através da inquirição de testemunhas policiais e dos acusados.

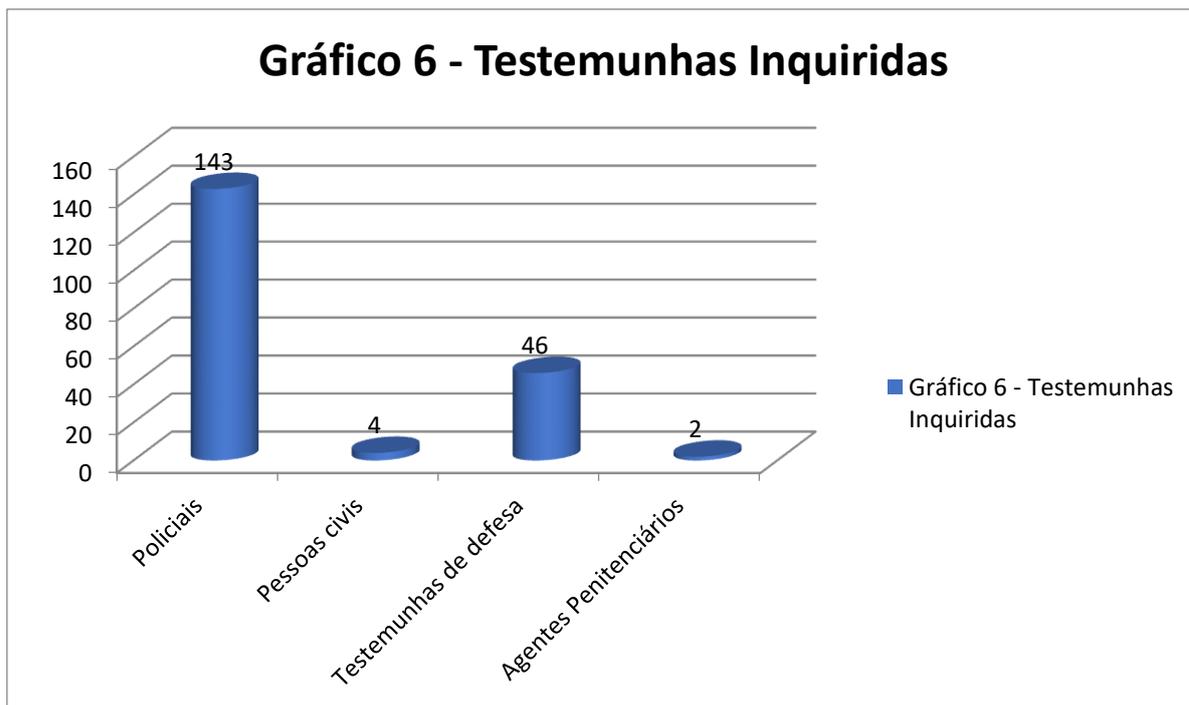
Por fim, merece ser destacado que 08 (oito) ações penais da totalidade analisada não tiveram acostado o laudo pericial definitivo da droga, o que ocorreu em alguns casos pela extinção de punibilidade em razão da morte do agente e em outros casos tendo gerado a improcedência do pedido condenatório, em razão da ausência de materialidade.

Por todo o exposto, diante do vasto leque de atos investigativos que podem ser adotados para provar o fato tido como criminoso e da realidade encontrada nos processos analisados, resta evidenciada uma deficiência probatória no que se refere ao papel que Ministério Público vem desempenhando nas ações penais, tendo em vista que tem utilizado basicamente provas periciais e testemunhais para buscar comprovar a ocorrência do crime.

4.2.2 Das testemunhas inquiridas

Diante do quadro evidenciado no subtópico acima, pelo principal meio de prova utilizado nas ações em questão ser prova oral, através da inquirição de testemunhas, faz-se mister tratar especificamente destas testemunhas inquiridas.

Vide:



Diante de tal quadro é possível verificar que as testemunhas inquiridas são preponderantemente policiais, algo que chama bastante atenção, primeiramente por existir diversas possibilidades de meios de provas e segundo pelos policiais serem justamente os agentes que realizam as rondas ostensivas, prisões, buscas e conduções de indivíduos.

Ora, se a maioria dos flagrantes são decorrentes de rondas policiais, conforme exposto no subtópico 4.1.1, e o meio de prova mais utilizado nas ações penais é a inquirição de policiais, conforme demonstrado no subtópico acima, 4.2.1, pode-se concluir que a principal prova produzida na ação penal decorre de quem realizou a ronda e participou do flagrante.

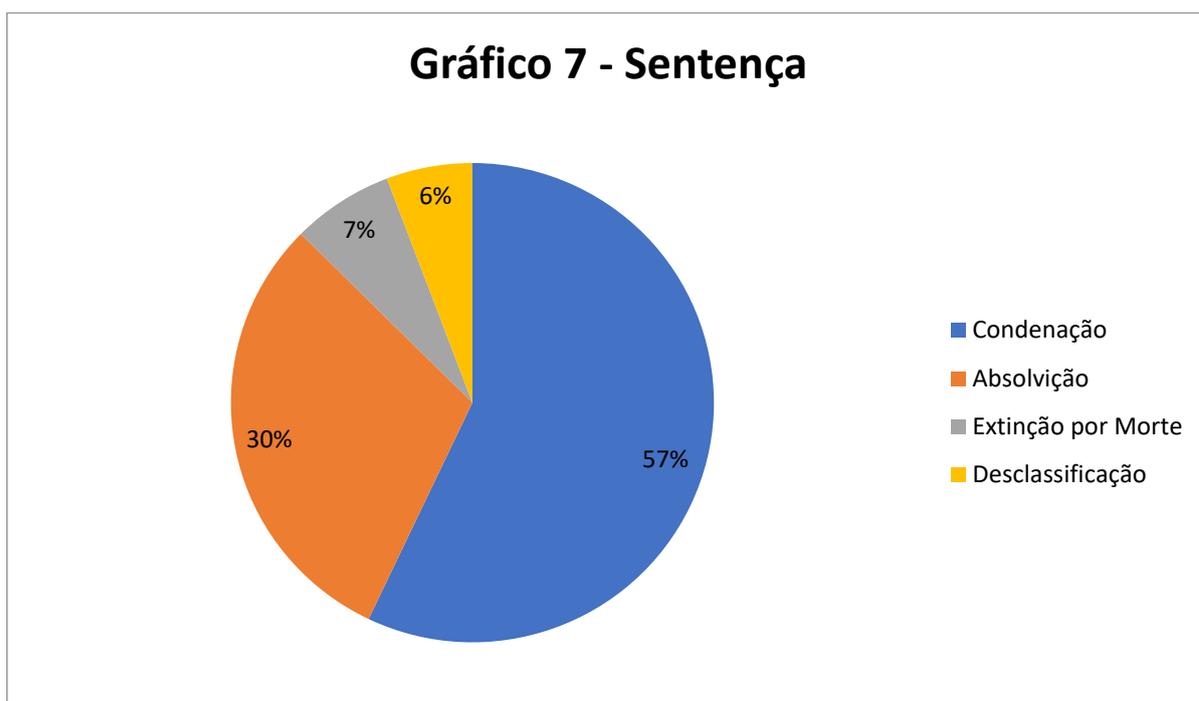
Conforme exposto no capítulo 3, item 3.2.3, o depoimento do policial é dotado de presunção de veracidade. Por outro lado, no subtópico anterior, também foi constatada a deficiência probatória por parte do Ministério Público no que se refere aos meios de prova utilizados nas ações penais para comprovar o delito.

Diante desse quadro, é possível concluir que o depoimento policial vem sendo o meio de prova mais utilizado muito em função da sua presunção de veracidade e de certo modo por ser uma prova produzida com muita facilidade, o que vem causando a maximização da presunção de veracidade dos atos policiais pela sua intensa utilização para o enquadramento no delito de tráfico de drogas.

4.2.3 Da sentença

No que se refere a sentença é importante destacar que o universo deixa de ser 155 (cento e cinquenta e cinco) ações penais, passando a ser 191 (cento e noventa e um), que é o número de acusados que foram sentenciados, tendo em vista que em alguns processos há multiplicidade de réus. Desse modo, será indicado numericamente como foram julgados os pedidos constantes na denúncia, em face de 191 (cento e noventa e um) acusados, se no sentido da condenação, absolvição ou desclassificação.

Importante citar que foi constatado considerável número de ações penais que foram julgadas extintas com fulcro no art. 107, I, do Código Penal, ou seja, pela morte do acusado. *Vide* abaixo o gráfico demonstrativo:



Diante de tal cenário, é possível notar que a maioria das sentenças foram julgadas procedentes, ou seja, no sentido da condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, sendo 109 (cento e nove) condenações do universo 191 (cento e noventa e um) acusados, representando percentual de 57% (cinquenta e sete por cento).

Já as absolvições representam percentual de 30% (trinta por cento), tendo 58 (cinquenta e oito) acusados do universo de 191 (cento e noventa e um) sido absolvidos. Das 58 (cinquenta e oito) absolvições, 49 (quarenta e sete) foram com

fundamento no art. 386, VII¹⁷⁵; 06 (seis) por ausência de materialidade, ou seja, por não ter sido juntado o laudo pericial da droga; e 03 (três) com fulcro no princípio do *in dubio pro reo*.

Importante citar que nesse universo mais da metade dos casos de absolvição tiveram pedido de absolvição pelo Ministério Público nas alegações finais. Relevante mencionar este dado para demonstrar que a análise crítica feita ao papel do Ministério Público nos tópicos anteriores não se dirige a um suposto papel repressivo, mas sim à deficiência probatória que vem imperando na maioria dos processos relacionados às drogas.

Nesse contexto, relevante citar também que nem todos os casos ocorrem oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público, tendo em vista que é possibilitado a ele também requerer o arquivamento do procedimento investigativo ou requisitar diligências para instruí-lo, conforme já explicitado no capítulo 2, item 2.3.1. Todavia, demandaria outro trabalho analisar o índice de oferecimento de denúncias, arquivamento, pedido de diligências ou até mesmo encaminhamento ao JECRIM¹⁷⁶ (Juizado Especial Criminal) por parte do MP nos casos relacionados a drogas. A presente pesquisa tem como ponto de partida o universo de procedimentos em que foi oferecida denúncia.

Como antecipado acima, também foi verificado percentual de 7% (sete por cento) de sentenças extintivas de punibilidade pela morte do denunciado. Fato que chama bastante atenção, afinal 13 (treze) réus vieram a óbito no curso da ação penal, o que de certo modo pode evidenciar o envolvimento destes indivíduos com o mundo do crime.

Foi constatado também que em 6% (seis por cento) dos casos houve desclassificação, ou seja, ao invés de ser condenado pelo delito de tráfico de drogas, os acusados foram enquadrados na conduta de usuário, sendo apenas 11 (onze) do universo total. Importante lembrar que a diferença entre usuário e tráfico foi discutida no capítulo 2 do presente trabalho, subtópico 2.1.3. Quando o indivíduo é enquadrado como usuário a sentença é proferida no sentido da desclassificação.

¹⁷⁵ BRASIL. **Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...]

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

¹⁷⁶ MOREIRA. Rômulo de Andrade. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216 *et. seq.*

Por fim, diante de todo o exposto, constata-se então que a maioria das acusações por tráfico de drogas vem a ter o pedido condenatório julgado procedente.

4.3 DA RELAÇÃO ENTRE MEIO DE PROVA DA AUTORIA E SENTENÇA

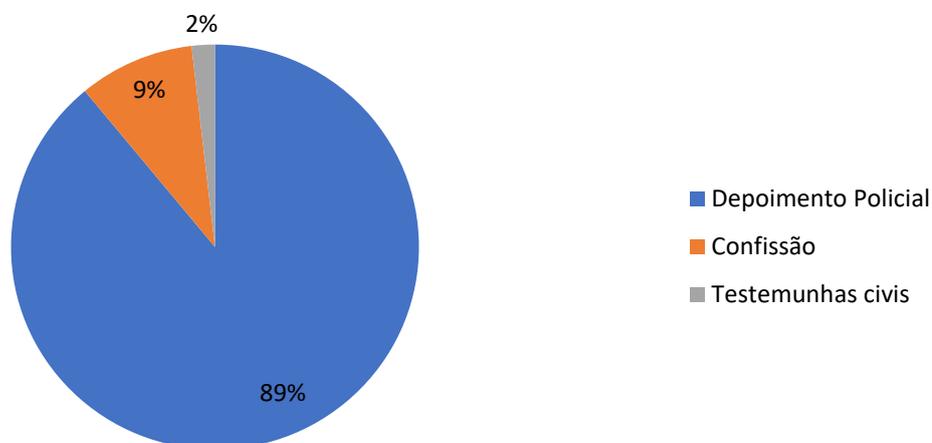
Após analisar as sentenças em face dos 191 (cento e noventa e um) acusados e verificar que mais da metade dos pedidos condenatórios foram julgados procedentes, faz-se mister analisar o que embasou as condenações.

Cumprido destacar que o objeto deste tópico é a prova da autoria, deixando-se claro que nos autos das 109 (cento e nove condenações) foi acostado o laudo pericial definitivo da droga, apto a comprovar a materialidade. Desse modo, será analisado aqui o meio de prova que aliado a prova da materialidade fundamentou a condenação.

Neste tópico, então, têm-se como ponto de partida apenas os processos que tiveram sentença no sentido condenatório, buscando-se averiguar o que respaldou a sentença condenatória, ou seja, quais as provas constantes nos autos que tiveram aptidão de comprovar a autoria do crime para ao final tornar possível o estabelecimento de uma relação entre condenações por meio de prova fundamentadora da autoria do crime.

O universo deste tópico, então, será de 109 (cento e nove), que foi o número de condenações apontado no tópico anterior. Da sua análise, constatou-se que:

Gráfico 8 - Das condenações por meio de prova da autoria



No subtópico 4.2.1 foi demonstrado os meios de prova utilizados e as provas produzidas nas ações penais, verificando-se um cenário muito repetitivo e de utilização de poucos meios de prova. Nesse contexto, analisando-se as condenações e as provas que foram utilizadas como fundamento da autoria do crime, encontrou-se apenas três tipos de prova, todas elas provas orais: confissão do acusado, depoimento de policiais e depoimentos de testemunhas civis (cidadãos comuns) que foram arroladas na denúncia como testemunhas.

O resultado chama muita atenção: 89% (oitenta e nove por cento) das condenações tiveram o depoimento policial como meio de prova da autoria; 9% (nove por cento) a confissão do acusado e 2% (dois por cento) o depoimento de testemunhas civis.

Importante destacar que nos casos das condenações com base no depoimento de policiais, esse foi o único meio de prova da autoria. Aliado aos laudos periciais comprovando a materialidade do crime foi proferida a sentença condenatória. Já em relação às condenações com base no depoimento de testemunhas civis, pôde-se notar também a presença de depoimentos de policiais, pelo que, nestes casos, não foi ponderado apenas os depoimentos de policiais, mas também os de testemunhas civis.

O cenário encontrado só terminar por corroborar o quanto evidenciado nos tópicos e gráficos demonstrativos anteriores: pouco desempenho da atividade investigativa

pelas instituições competentes para tanto; escassa produção probatória nas ações penais; desenrolar similar da maioria dos processos de tráfico de drogas.

Relacionando-se todos os gráficos demonstrativos, é possível concluir que a maioria dos procedimentos investigativos preliminares são originados através de auto de prisão em flagrante por desempenho de rondas policiais, sendo o procedimento preliminar basicamente instruído com oitiva destes policiais e acusado(s), juntada de laudo de constatação, com posterior ação penal onde são juntados laudos periciais e novamente inquiridos policiais e acusado(s).

Assim, resta evidenciada com vem sendo desempenhado o sistema de persecução às drogas e ao tráfico, demonstrando um papel pouco investigativo das instituições competentes para tanto e voltado a condenar indivíduos apenas com base em laudo pericial da droga e depoimento de policiais, o que reforça a tese de maximização da presunção de veracidade dos atos policiais para o enquadramento no delito de tráfico de drogas.

5. DA FRAGILIDADE DA PROVA PELA MAXIMIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS POLICIAIS PARA O ENQUADRAMENTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006

No presente capítulo têm-se como objetivo relacionar todo o arcabouço teórico trabalhado ao longo desta pesquisa com os dados quantitativos encontrados na pesquisa empírica, visando discutir questões e elucidar o tema objeto de pesquisa.

Deste modo, após a análise da previsão constante na Lei de Drogas acerca do tráfico ilícito de entorpecentes, seu rito e procedimento, seguido do estudo da teoria geral das provas e dos princípios relacionados às provas, serão confrontadas todas essas previsões teóricas abordadas com a realidade prática encontrada nos processos sobre tráfico de drogas, quais sejam os da 3ª Vara de Tóxicos de Salvador/BA, analisando-se as violações que podem ser causadas ao ordenamento jurídico brasileiro diante do cenário encontrado.

Neste capítulo, então, adentrar-se-á no núcleo da pesquisa, que é tratar sobre a maximização da presunção de veracidade dos atos policiais para o enquadramento no crime de tráfico de drogas.

Com base no estudo teórico e na pesquisa empírica, demonstrar-se-á o porquê da maximização da presunção de veracidade dos atos policiais e serão analisadas as implicações que isso pode causar.

Diante de eventuais problemáticas que surgirem, serão apontados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para elucidar o tema de estudo, bem como possíveis soluções para os problemas encontrados.

5.1 DA MAXIMIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS POLICIAIS

Os atos policiais, conforme já discorrido no capítulo 3, subtópico 3.2.3, são dotados da presunção de veracidade, tendo em vista que os policiais são agentes públicos e exercem o poder de polícia.

Na pesquisa empírica fora evidenciado que os procedimentos investigativos

preliminares são em sua grande maioria instaurados, presididos e instruídos pela polícia judiciária. No que se refere aos atos investigativos utilizados nesses procedimentos foi demonstrado que basicamente são inquiridos os conduzidos, policiais participantes do fato, bem como juntadas guias para realização de exames periciais e laudos periciais.

Já em relação às ações penais foi demonstrado que os meios de prova utilizados são extremamente repetitivos, de modo que o repertório possibilitado pela legislação não é amplamente utilizado. Na maioria dos processos ocorre apenas as inquirições de policiais, denunciado (s) e são juntados antecedentes criminais e laudos periciais, pelo que não vem sendo produzidos inúmeros outros meios de prova amparados pela legislação, a exemplo de interceptações telefônicas e de filmagens.

Isso é o que restou evidenciado na análise dos processos em trâmite em uma vara de tóxicos. Na vara especializada em crime organizado foi apontado um cenário um pouco diferente, tendo um maior vigor investigatório, com pedidos de quebra de sigilo de dados e telefônicos, buscas e apreensões, etc. Todavia, verificou-se também que o número de ações penais sobre tráfico de entorpecentes entre os anos de 2013 a 2018 é de apenas 51 (cinquenta e uma) ações, representando uma média de 08 (oito) a 09 (nove) ações penais por ano.

Adentrando-se nos casos condenatórios da vara de tóxicos foi exposto que na maior parte dos processos em que a sentença foi prolatada no sentido condenatório a condenação se deu tendo o depoimento policial como único meio de prova da prática do fato e da autoria do crime, mais precisamente em 89% (oitenta e nove por cento) dos processos analisados.

Fazendo uma comparação entre o que foi verificado nos procedimentos investigativos preliminares e nas ações penais da vara de tóxicos percebe-se um cenário muito parecido, de escassa atividade investigativa e de baixa utilização dos diversos meios de provas possibilitados pela legislação, inquirindo-se apenas policiais e investigados e juntando-se laudos periciais.

Veja-se que dos casos condenatórios há uma predominância gigantesca da utilização do depoimento policial. Fora esse meio de prova foi encontrado a confissão em 9% (nove por cento) dos casos condenatórios e o depoimento de testemunhas civis em 2% (dois por cento) dos casos.

Assim sendo, surge grande indagação do porquê dessa escassa atividade investigativa e probatória, afinal, como já mencionado, a legislação confere amplas possibilidades no que se refere aos meios de prova que podem ser utilizados para comprovar a prática de um crime.

O Ministério Público, conforme já estudado, é a instituição competente para deflagrar a ação penal e que possui o ônus probatório. Desse modo, conclui-se que tal instituição, em relação aos processos de tráfico de drogas, vem resumindo toda sua legitimidade para investigar e produzir provas praticamente à inquirição de policiais.¹⁷⁷

Pode-se dizer que isso ocorre muito em função de os atos e depoimentos policiais terem presunção de veracidade, pelo que, de certo modo, facilita a função do Ministério de Público. Sendo os atos e depoimentos policiais dotados de presunção de veracidade, conseqüentemente, passam a ter enorme força para sustentar a existência de um fato e a autoria de um crime, sendo assim capaz de legitimar uma condenação judicial.

Por isso, o Ministério Público tem se valido da presunção de veracidade dada aos atos policiais para utilizar constantemente o depoimento policial em sede judicial probatória, deixando de produzir outras provas passíveis de produção. Essa prática seguida de uma condenação cria-se uma espécie de força absoluta ao depoimento policial.

O termo maximização é utilizado justamente para se referir a essa prática que vem sendo encontrada nos processos relativos ao tráfico de drogas, de se buscar a prova da existência do fato e da autoria através do depoimento policial, em razão deste depoimento possuir presunção de veracidade.

Salo de Carvalho entende que na estrutura judicial brasileira há uma hipervalorização do testemunho policial, de modo que é dado a este depoimento enorme força probatória. Neste cenário, chega a citar a súmula 70 do Tribunal de

¹⁷⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7 ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 178.

Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁷⁸ para exemplificar a situação de hipervalorização do depoimento policial.¹⁷⁹

Diante de todo este cenário investigativo e probatório que fora exposto, pela atividade investigativa ser dirigida na maioria dos casos pela polícia e pôr em sede judicial se utilizar desses atos e depoimentos para buscar a prova da existência do fato e da autoria do crime e, conseqüentemente, a condenação, entende-se pela maximização da presunção de veracidade dos atos policiais.

Diante dessa maximização e de algumas implicações decorrentes dessa prática, implicações estas que serão expostas a seguir, demonstrar-se-á o porquê da fragilidade da prova para o enquadramento na conduta prevista no art. 33 da Lei de Drogas.

5.2 DA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIIS

Conforme já analisado no decorrer deste trabalho, o processo de tráfico de drogas se inicia com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, requerendo a condenação do (s) acusado (s) nas penas relacionadas ao delito de tráfico de drogas.

A deflagração da ação penal concretizada através do oferecimento da denúncia é realizada com base nos procedimentos investigativos preliminares, também já estudados anteriormente. São esses procedimentos investigativos preliminares que embasam a deflagração das ações penais.

Nos procedimentos investigativos preliminares são relatadas as circunstâncias das prisões e do possível cometimento do crime, bem como realizado atos investigativos buscando elucidar o fato através da colheita de elementos para que seja possível a deflagração da ação penal.

Ocorre que, como evidenciado na pesquisa empírica, na prática os procedimentos investigativos preliminares vêm sendo originados através de auto de prisão em

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Súmula 70**: "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação."

¹⁷⁹ CARVALHO, Salo de. **"É absolutamente ilegítimo que o Estado limite o uso de qualquer droga"**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-20/entrevista-salo-carvalho-professor-direito-penal-ufRJ>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

flagrante, com realização de poucos atos investigativos. Como concluído no capítulo 4, subtópico 4.1.1, na maior parte dos procedimentos investigativos preliminares são interrogados os policiais que participaram do flagrante e o (s) conduzido (s), bem como são juntados laudos e guias periciais.

Nesse contexto, passado ao momento da instrução processual, verificou-se um cenário bastante similar ao encontrado nos procedimentos investigativos preliminares: utilização de poucos meios de prova dentre os possibilitados pela legislação, concentrando-se a atividade probatória basicamente em um meio, que é a colheita do depoimento policial.

Seguindo adiante, restou demonstrado através do gráfico 7 que dentre todos os indivíduos que foram acusados 57% (cinquenta e sete por cento) foram condenados e que destas condenações 89% (oitenta e nove por cento) tiveram o depoimento policial como único meio de prova da existência do fato e da autoria. Assim, no tópico anterior concluiu-se pela maximização da presunção de veracidade dos atos policiais.

Nesse sentido, para corroborar o resultado da pesquisa empírica realizada no presente trabalho monográfico, merece ser citado o resultado encontrado em um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas realizado no estado de São Paulo - estado onde o tráfico de drogas é muito intenso - entre dezembro de 2010 e janeiro de 2011 que aponta que 74% (setenta e quatro por cento) dos 667 (seiscentos e sessenta e sete) processos analisados tiveram como único meio de prova da autoria os depoimentos dos policiais que realizaram a prisão do acusado, sendo que destes processos 91% (noventa e um por cento) resultaram em condenações.¹⁸⁰

Ademais, na pesquisa citada, outro ponto chama bastante atenção, que é o relato de que se o depoimento policial tiver uma narrativa coerente com o quanto declarado em sede policial, ou seja, no inquérito policial, é bem provável que o indivíduo seja condenado, ainda que não haja produção de outras provas. Observe-se uma das conclusões do referido estudo:

Nas audiências acompanhadas, foi possível verificar que a audiência de instrução e julgamento é, comumente, a repetição da colheita de

¹⁸⁰ JESUS, Maria Goreti Marques de; HILDEBRAND OI, Amanda; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. **Prisão Provisória e Lei De Drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo.** Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018, p. 98.

depoimentos e do interrogatório realizados pela autoridade policial. Participam as mesmas partes, geralmente a defesa arrola uma ou duas testemunhas, que pouco tem a acrescentar sobre o fato em si. **Salvo situações em que os policiais que efetuaram a prisão não se lembram do fato, o que não é raro até mesmo em virtude do tempo entre a ocorrência e a audiência, a confirmação dos fatos descritos no inquérito, sem maiores detalhes, basta para que haja uma condenação.**¹⁸¹ (grifos)

Esse relato reflete justamente o que foi evidenciado na pesquisa empírica realizada neste trabalho: pouca produção de provas e repetição constante dos inquéritos policiais e ações penais, ouvindo-se praticamente as mesmas testemunhas, sem produzir outros meios de prova.

Um fator que interfere diretamente na questão de o depoimento policial ser tão utilizado para legitimar a prova da autoria é a presunção de veracidade que é conferida aos seus atos e depoimentos, conforme já explicitado no capítulo 3, item 3.1.3.

Este cenário encontrado chama bastante atenção, pois se verifica que a maioria esmagadora dos casos condenatórios são prolatados com base no depoimento policial, ou seja, com base no depoimento daquele que participou da prisão, da condução, da busca e do procedimento investigativo preliminar sob o investigado/acusado.¹⁸²

Diante de todo esse quadro exposto, começam a surgir indagações acerca de possíveis violações que essa prática pode causar ao ordenamento jurídico brasileiro, afinal, em que pese seja conferida tal presunção aos atos policiais, questiona-se se realmente é devida uma condenação nos casos em que o único meio de prova da existência do fato e da autoria são os depoimentos dos agentes públicos que na prática investigam, prendem, conduzem criminosos e praticam diversos outros atos no decorrer de um procedimento investigativo preliminar.

A maior parte da doutrina admite os depoimentos policiais, dando a eles total valor. Uma parte minoritária da doutrina, todavia, entende pelos policiais serem suspeitos e assim impedidos de depor.¹⁸³

¹⁸¹ JESUS, Maria Goreti Marques de; HILDEBRAND OI, Amanda; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. **Prisão Provisória e Lei De Drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo.** Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018, p. 79.

¹⁸² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal.** 7 ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 178.

¹⁸³ *Ibidem, loc. cit.*

O criminalista Técio Lins e Silva entende pela violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, afirmando que o depoimento policial é insuficiente para sustentar condenação. Na visão dele o acusado por tráfico de drogas já começa o processo condenado, independentemente de haver prova ou não.¹⁸⁴

O princípio da ampla defesa define que deve ser oportunizado ao réu meios para que a sua defesa tenha reais chances de rebater o quanto alegado pela acusação.¹⁸⁵ Assim, a partir do momento em que o poder judiciário legitima condenações baseadas exclusivamente em depoimento policial, por este ter presunção de veracidade e por repetir a versão apresentada em sede policial, mitiga o princípio da ampla defesa, porque impossibilita que o réu produza prova em sentido contrário.

Ora, se o policial que participou do fato, simplesmente relatar em seu depoimento a prática do tráfico por parte do acusado, precisaria a defesa provar que o policial está faltando com a verdade para reverter a probabilidade condenatória, prova está praticamente impossível de ser produzida.

Neste sentido, Técio Lins e Silva afirma que em razão desse preceito é quase que impossível que o acusado por tráfico de drogas seja absolvido.¹⁸⁶

O sistema jurídico processual penal requer a produção de provas concretas para que um indivíduo possa ser condenado. O princípio da presunção de inocência, já estudado anteriormente, impõe que o indivíduo é presumidamente inocente e só pode ser considerado criminoso após o devido processo legal, com a produção de provas de que cometeu o delito.¹⁸⁷

Já o princípio do *in dubio pro reo* impõe que a dúvida favorece o acusado e diante dela a ação deve ser julgada improcedente. O magistrado, então, está vinculado a este princípio acaso no momento da prolação da sentença tenha qualquer tipo de dúvida acerca do cometimento do crime por parte do (s) acusados (s).¹⁸⁸

¹⁸⁴ SILVA, Técio Lins. "**74% das prisões por tráfico têm apenas policiais como testemunhas do caso**". Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoos-trafico- apenas-policiais-testemunhas>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

¹⁸⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55.

¹⁸⁶ SILVA, Técio Lins. *op. cit.*

¹⁸⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. I. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p.11.

¹⁸⁸ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 88.

Diante do que impõe estes princípios e diante dos depoimentos policiais serem valorados isoladamente para condenar indivíduos, verifica-se que há violação aos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro réu*, visto que tais elementos por si só não seriam suficientes para embasar uma condenação e colocar o acusado por tráfico de drogas no rol de criminosos.

Tendo de um lado o depoimento dos policiais e de outro a declaração do acusado, sem nenhum outro elemento probatório que possa provar a autora, evidente que em diversas situações restará dúvida ao magistrado.

Acaso o depoimento policial não tivesse presunção de veracidade, tendo de um lado a palavra do acusado e de outro a narrativa policial, evidente que restaria dúvida ao magistrado, tendo em vista que seria uma versão contra a outra, ou seja, “o dito pelo não dito”.

Todavia, em razão da presunção de veracidade dos atos policiais termina-se condenando o (s) denunciado (s), em razão de o depoimento policial ser dotado da presunção de veracidade.

Por outro lado, o acusado é presumidamente inocente e a dúvida milita em seu favor, em razão dos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*. Deste modo, nestes casos o pedido inicial da ação deveria ser julgado improcedente.

Como na prática isso não vem acontecendo, pode-se afirmar que os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* vem sendo violados.

A jurisprudência também tem precedente no sentido da aplicação dos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo* diante da insuficiência de provas:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – INSUFICIÊNCIA DE PROVA PARA CONDENAÇÃO AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DO ENVOLVIMENTO DO RÉU NOS FATOS IMPUTADOS NA EXORDIAL – INDÍCIOS QUE NÃO SUSTETAM UMA CONDENAÇÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRÓ REO – ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 386, VII, DO CPP – SENTENÇA MANTIDA. [...] **Quando não houver provas robustas da autoria delitiva, é imperiosa a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.**¹⁸⁹ (grifos)

¹⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal nº 993060206060**. Relator: Desembargador Willian Campos. Julgado em 11 maio 2010. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14829336/apelacao-apl-993060206060-sp>>. Acesso em 30 mar. 2018.

Na prática, todavia, conforme já demonstrado, isso não vem ocorrendo de modo adequado. Na maior parte dos casos o judiciário tem condenado os réus, mesmo em um cenário de dúvidas e provas insuficientes, apenas com base no depoimento de policiais, em razão da presunção de veracidade. Exemplo disso é o estudo de processos de tráfico de drogas na cidade de São Paulo aponta que em 74% (setenta e quatro por cento) dos processos analisados tiveram apenas o depoimento de policiais como meios de prova e que destes processos 91% (noventa e um por cento) tiveram condenação.¹⁹⁰

Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr. criticam o déficit de efetividade no âmbito das práticas punitivas, a partir da violação de direitos fundamentais e da flexibilização das garantias, deformando a estrutura disposta pelo devido processo legal. Asseveram que atualmente diante da dúvida a verdade vem sendo perseguida até se chegar ao resultado desejado, qual seja a condenação. Citam também que a presunção de inocência é manipulada no processo penal, muito em função do viés que a maioria dos magistrados adotam para confirmar a condenação, “partindo-se da acusação como verdadeiro o suporte de informações (provas) produzidas no decorrer do processo”, ainda que estas provas não sejam suficientes.¹⁹¹

Em que pese os atos da administração pública sejam dotados de presunção de veracidade e os policiais integrem a administração pública, conforme já explicitado anteriormente, os policiais desempenham função bastante peculiar, labutando diariamente com prevenção, investigação e combate a crimes, e em grande parte dos casos em que depõe foi ele próprio quem realizou a prisão ou o ato.

Nessa ótica, Fernando Capez entende que:

Os policiais não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados testemunhas inidôneas ou suspeitas, pela mera condição funcional. Contudo, embora não suspeitos, têm eles todo o interesse em demonstrar a legitimidade do trabalho realizado, o que torna bem relativo o valor de suas palavras. Por mais honesto que seja o policial, se participou da diligência, servindo de testemunha, no fundo estará sempre procurando legitimar a sua própria conduta, o que juridicamente não é admissível.¹⁹²

¹⁹⁰ JESUS, Maria Goreti Marques de; HILDEBRAND OI, Amanda; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. **Prisão Provisória e Lei De Drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo.** Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018, p. 78.

¹⁹¹ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal.** Rio de Janeiro: LumenJuris, 2014, p. 7 et. seq.

¹⁹² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 296.

Já Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que “as provas não valem isoladamente, mas constituem um conjunto, cuja aptidão para servir de fundamento à conclusão final deve ser aferida pelas concordâncias que delas possa resultar”.¹⁹³ É justamente nesse ponto que se centraliza a crítica desta pesquisa, tendo em vista que determinado meio de prova tem sido valorado isoladamente para sustentar condenações, qual seja o depoimento policial, como se ele fosse uma prova absoluta, o que não é.

Como ponderado pelo referido doutrinador, as provas devem formar um conjunto e sendo esse conjunto harmônico e coerente, pode-se ter uma condenação segura.

Assim, verifica-se que no processo penal acerca de tráfico de drogas outros meios de prova além do depoimento policial deveriam ser produzidos para certificar a ocorrência do crime, quando for caso de condenação.

Dentre tantos meios de prova que a legislação prevê e confere legitimidade à acusação produzir, tem-se que apenas inquirir policiais para atestar a existência do fato e a autoria do crime, utilizando-se apenas desse tipo de prova é muito pouco, sendo prova frágil e insuficiente para sustentar uma condenação, trazendo insegurança jurídica.¹⁹⁴

Outra questão que contribui para que o depoimento policial não seja considerado isoladamente para provar a existência do fato e a autoria do crime é a corrupção por parte de policiais, “de onde sobrevêm imputações falsas de crimes, prisões arbitrárias, torturas, dentre outras, corroborando para que se tenha mais cautela na aplicação do depoimento policial como prova condenatória.”¹⁹⁵

Há quem entenda, inclusive, que o policial deveria ser ouvido como informante, ao invés de ser ouvido como testemunha, por ter participado da prisão do réu e estar vinculado ao caso. Na visão de Salo de Carvalho a testemunha deve ter uma distância mínima do fato para poder ter uma visão crítica sobre aquele fato tido como

¹⁹³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 159.

¹⁹⁴ FARINELLI, Edmundo Luiz. A (I)legitimidade da prova testemunha do policial militar para fins de condenação criminal. **Aspectos contemporâneos do Direito Processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008, p. 399.

¹⁹⁵ *Ibidem, loc. cit.*

criminoso. Ele cita, por exemplo, que a vítima de um crime é ouvida como informante e não como testemunha justamente por estar vinculada e participar do fato.¹⁹⁶

Nesse sentido, Salo de Carvalho expõe que só o fato de o policial passar a ser considerado como informante diminuiria o peso da sua informação prestada em juízo, tornando seus relatos mais frágeis em termos processuais probatórios.¹⁹⁷

Atente-se que a distinção fundamental e intrínseca ao conceito de informante e testemunha é que o informante não terá a obrigação de falar a verdade, podendo apresentar em seu depoimento versão distorcida da realidade dos fatos, enquanto que a testemunha está obrigada a falar a verdade sob pena de cometer crime de falso testemunho, conforme já explicitado.

O policial tem o dever de falar a verdade e sobre ele há, inclusive, controle da atividade externa por parte do Ministério Público.¹⁹⁸ Por isso, respeita-se o posicionamento de Salo de Carvalho, mas não se compactua com o mesmo, tendo em vista que é conferida a presunção de veracidade aos atos de toda a administração pública e não só aos policiais. Ademais, os policiais não podem mentir, tendo o dever de dizer a verdade.

Rogério Greco trata da importância da oitiva policial na produção de provas, afirmando que “ninguém melhor do que as primeiras pessoas que estiveram no local do crime, ou mesmo que participaram da prisão em flagrante do acusado, para poder tentar traduzir ao processo aquilo que efetivamente ocorreu”. Em contrapartida, o citado doutrinador destaca que o policial não deve estar preocupado em o acusado ser acusado ou absolvido, buscando informar apenas aquilo que tenha conhecimento.¹⁹⁹

Entendimento muito interessante é o de Adalberto Aranha. O referido doutrinador ao expor que há duas correntes doutrinárias acerca da validade do depoimento policial, sendo uma a que confere total valor e outra que entende serem os policiais

¹⁹⁶ CARVALHO, Salo de. **"É absolutamente ilegítimo que o Estado limite o uso de qualquer droga"**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-20/entrevista-salo-carvalho-professor-direito-penal-ufrrj>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ MISSIUNAS, Rafael de Carvalho. **CONJUR: Controle da atividade policial pelo Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-fev-20/controle-externo-atividade-policial-ministerio-publico>>. Acesso em 07 nov. 2018.

¹⁹⁹ GRECO, Rogério. **Atividade Policial: Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 6 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 103 *et seq.*

suspeitos e impedidos de depor, coloca que a melhor interpretação é aquela formada por uma mistura das duas correntes.²⁰⁰ Nesse contexto, ele dispõe:

“Em primeiro lugar, não está impedido de depor, por não ser testemunha inidônea, nem suspeita; todavia, o valor de suas palavras é bem relativo, devendo necessariamente ser cotejado com outros elementos, pois ao depor está dando conta do trabalho realizado, tendo total interesse em demonstrar a legitimidade da investigação.”²⁰¹

Por todo o exposto, evidencia-se a importância do depoimento policial no esclarecimento dos fatos.

O objetivo desta análise crítica não é desmerecer os atos e depoimentos policiais, muito pelo contrário. Reconhece-se a importância do trabalho da polícia no combate e investigação ao tráfico de drogas. Todavia, dentre tantos meios de provas que a legislação prevê tem-se que condenar indivíduos apenas com base em depoimentos policiais, sendo uma prova isolada, viola os princípios processuais penais indicados, sendo prova frágil e insuficiente para sustentar uma condenação. O Ministério Público deve buscar produzir outros meios de provas para aliados ao depoimento policial respaldar as condenações, quando for o caso.

Ressalte-se também que o Judiciário a partir do momento em que aceita essa prática também legitima tais violações, contribuindo para que se forme no âmbito processual penal um sistema probatório frágil e escasso, criando-se uma cultura de tornar absoluto o depoimento policial, vez que isoladamente sustenta a prova da autoria do crime e conseqüentemente as condenações, causando assim insegurança jurídica.²⁰²

5.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como abordado no capítulo 3, subtópico 3.1.4, detém o ônus da prova nos processos de tráfico de drogas o Ministério Público, que é a instituição estatal legitimada para deflagrar a ação penal e responsável pela produção de provas.

²⁰⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7 ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 178.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 179.

²⁰² FARINELLI, Edmundo Luiz. A (I)legitimidade da prova testemunha do policial militar para fins de condenação criminal. **Aspectos contemporâneos do Direito Processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008, p. 403.

No capítulo 4, subtópico 4.3, foi demonstrado que 89% (oitenta e nove por cento) das condenações por tráfico de drogas são proferidas tendo como único meio de prova da autoria do depoimento policial.

Este depoimento policial, conforme tratado no capítulo 3, subtópico 3.2.3, é dotado de presunção de veracidade.

Analisando-se os efeitos que tal prática pode causar ao ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que a utilização do depoimento policial como único meio de prova da autoria para sustentar condenações baseado na presunção de veracidade dos seus atos pode causar a inversão do ônus probatório no processo de tráfico de drogas.

O ônus da prova é a obrigação que umas das partes têm de produzir prova para demonstrar que determinado fato ocorreu. No processo de tráfico de drogas esse ônus é do Ministério Público, que deve provar que o denunciado praticou o tráfico ilícito de entorpecentes.²⁰³

A partir do momento em que as testemunhas arroladas, na condição de policiais, depõem em juízo, reproduzindo a versão declarada em sede policial, acaba por gerar a inversão do ônus da prova, visto que não será necessário o Ministério Público produzir outras provas relativas à autoria para que o denunciado possa vir a ser condenado, bastando apenas este tipo de prova, que, diga-se de passagem, não se exige o mínimo de esforço por parte Ministério Público para que um policial deponha em juízo, bastando apenas seu arrolamento na denúncia e o juiz requisitá-lo.

Por outro lado, cria-se para a defesa a obrigação de produzir prova em sentido contrário ao quanto declarado pelos policiais, o que é uma tarefa quase impossível, violando também, como dito anteriormente, o princípio da ampla defesa.²⁰⁴

Veja-se que acaso a defesa não o faça a probabilidade de o acusado ser condenado será muito grande, afinal, conforme já demonstrado, o depoimento policial vem

²⁰³ CUNHA, Rogério Sanches; LORENZATO, Gustavo Muller; FERRAZ, Maurício Lins; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal Prático: fundamentos teóricos e modelos de peças de acusação e defesa**. Salvador: JusPodivim, 2006, p. 69.

²⁰⁴ SILVA, Tércio Lins. **"74% das prisões por tráfico têm apenas policiais como testemunhas do caso"**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoos-trafico- apenas-policiais-testemunhas>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

sendo suficiente para provar a existência do fato e a autoria do crime em sede judicial.

Como pontuado no capítulo 3, subtópico 3.2.3, a doutrina tradicional entende que diante da presunção de veracidade passa a ser do particular o ônus de impugnar os atos e alegações do agente público, devendo provar que é inválido o ato ou inverídica a alegação.

Nesse sentido, *vide* o seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – CONDENAÇÃO – IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE PROVAS OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA DOS DELITOS INDISCUTÍVEIS – CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO IDÔNEO – DEPOIMENTO FIRME E COESO DOS POLICIAIS – EVIDENTE ENVOLVIMENTO COM A MERCANCIA DE DROGAS – DOSIMETRIA DA PENA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RELATIVAS À CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE DO AGENTE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME REPUTADAS COMO DESFAVORÁVEIS POR FUNDAMENTOS INIDÔNEOS – RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – INVIABILIDADE – RÉU REINCIDENTE – READEQUAÇÃO DO QUANTUM DA PENA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **Compete à defesa o ônus de provar que a droga seria destinada ao consumo pessoal, não bastando mera alegação, máxime quando a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, além da localização de objeto utilizado no seu preparo e multiplicação em sua residência, apontam para conclusão diversa. O depoimento policial colhido sob o crivo do contraditório, aliado à inverossimilhança da versão apresentada pelo réu, constituem meios de provas idôneos a embasar o édito condenatório. [...].²⁰⁵ (grifos)**

O trecho em destaque do julgado em questão é o mais claro exemplo e prova de que a presunção de veracidade conferida aos atos e depoimentos policiais gera a inversão do ônus da prova do processo penal, de modo que passa a ser da defesa do acusado a incumbência de provar que o acusado não cometeu o crime e que a alegação do policial é inverídica. Prova está, como já mencionado, quase que impossível de ser produzida.

Veja-se então que a prática de condenar indivíduos por tráfico de drogas apenas com base no depoimento policial vem causando mais essa violação, invertendo o

²⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Primeira Câmara Criminal. **Apelação Criminal nº 154473/2016**. Relator: Desembargador Orlando de Almeida Perri. Julgado em 13 dez. 2016. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/415982253/apelacao-apl-39000720168110015-154473-2016?ref=serp>>. Acesso em 20 nov. 2018.

ônus da prova do processo penal. No julgado apontado é possível perceber que o judiciário afirma ser da defesa do acusado o ônus de provar que a droga seria destinada ao uso e não ao tráfico, em razão do depoimento policial ser prova suficiente. Por todos os motivos já expostos anteriormente, discorda-se veementemente dessa prática.

5.4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES

No presente estudo restaram evidenciados alguns problemas relacionados à persecução penal ao tráfico de drogas em relação aos processos e procedimentos em trâmite nas varas de tóxicos, quais sejam: atividade investigativa escassa; procedimentos investigativos preliminares repetitivos; produção de poucos meios de prova no processo penal; utilização maciça do depoimento policial para provar a existência do fato e a autoria do crime.

Estes fatores foram alvo de reflexões e críticas no decorrer desta pesquisa. Diante disso, interessante não se ater apenas a discussões críticas, podendo-se apresentar também sugestões e possíveis soluções para o imbróglio revelado.

No que se refere às medidas adotadas e aos atos investigativos realizados nos procedimentos investigativos preliminares, pode-se dizer que as instituições competentes para instaurar inquéritos e desempenhar o papel investigativo deveriam utilizar mais dos meios de prova conferidos pela lei para realizar a persecução penal e conseqüentemente investigarem mais a fundo a prática do tráfico de drogas.

Verificou-se que os procedimentos investigativos preliminares decorrem na grande maioria dos casos de flagrantes derivados de rondas ou em consequência das rondas ostensivas, de modo que os casos de investigações prévias às prisões ou aos flagrantes são exceções.

A atividade investigativa preliminar que busque investigar a origem do tráfico, perpassando pelo seu funcionamento, desvendando quem são os líderes e todos aqueles que desempenham funções dentro da cadeia do tráfico, será muito mais elucidativa do que apenas flagrantear pequenos traficantes.

Observou-se que na Vara dos Feitos Relativos a Delitos Praticados por Organização Criminosa há uma maior dinamicidade em relação à investigação, muito em função de investigar a prática de crime por organizações criminosas.

O emprego das medidas visualizadas na vara supracitada poderia ser muito útil e eficaz aos procedimentos que são distribuídos às Varas de Tóxicos, afinal, investigando-se com maior propriedade pequenos traficantes pode-se chegar ao topo da cadeia, ou seja, àquele que detém o controle do tráfico. Ademais, sabe-se que muitos líderes de bocas de fumos também possuem em seu desfavor processos em trâmite nas varas de tóxicos.

Como já declarado anteriormente, essa prática persecutória que vem ocorrendo torna-se um ciclo sem fim, não tendo efetividade e aumentando o índice de aprisionamento, enquanto que o desempenho do tráfico continua o mesmo, inabalado, substituindo-se facilmente os pequenos traficantes flagranteados.

Por isso, nesse ponto, critica-se o papel que vem sendo desempenhado pelo Ministério Público e pela polícia judiciária. O primeiro porque poderia ter maior participação na abertura de procedimentos investigativos preliminares, através de requisição para investigar traficantes, os grupos e organizações que desempenham o tráfico de drogas, e, principalmente, no controle externo da atividade policial²⁰⁶, cobrando da polícia judiciária a adoção de outros atos e medidas conferidas pela lei para investigar com maior precisão a prática do tráfico de drogas.

Já a polícia deveria justamente instruir os inquéritos policiais com a realização de uma atividade investigativa mais diversificada, utilizando mais do repertório de atos investigativos possibilitados pela legislação, e conseqüentemente, fazendo com que os inquéritos policiais deixem de ser repetitivos, passando a ter uma maior presença de outros atos investigativos, como a infiltração de policiais, interceptações telefônicas, utilização de câmeras instaladas nas vias públicas, etc.

No que concerne aos processos penais e a instrução probatória também se encontra um cenário de pouca dinamicidade, bastante parecido com o cenário investigativo dos procedimentos preliminares, afinal, restara evidenciado a intensa utilização de um determinado meio para provar a autoria do crime, qual seja o depoimento

²⁰⁶ MISSIUNAS, Rafael de Carvalho. **CONJUR: Controle da atividade policial pelo Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-fev-20/controle-externo-atividade-policial-ministerio-publico>>. Acesso em 07 nov. 2018.

policial. Em relação a essa prática, já fora exposto anteriormente o posicionamento e entendimento desta pesquisa.

O que se busca agora é apontar soluções para o cenário que na visão desta pesquisa precisa ser mudado, tendo em vista que deve-se garantir o justo processo penal, evitando quaisquer hipóteses de condenações indevidas.

Diante disso, o primeiro e principal passo deveria ser o Ministério Público no exercício da sua função e do seu ônus de produzir provas buscar a produção de outros meios de prova conferidos pela lei. É muito pouco para uma instituição de tamanha grandeza, legitimidade e alcance resumir sua função probatória basicamente em levar aos autos depoimentos de policiais.

No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, foi criado no âmbito do Ministério Público as Promotorias de Investigação Penal, com a função de atuar nos inquéritos relativos a infrações penais praticadas em áreas territoriais determinadas.²⁰⁷

Referida medida poderia fazer com que as investigações fossem mais eficazes, afinal, teria uma promotoria labutando diariamente com a investigação do crime em áreas específicas. Uma instituição de tamanha grandeza ajudando a polícia judiciária na investigação do desempenho do tráfico de drogas em um local conhecida pelo intenso comércio ilícito certamente traria dados, provas e investigações mais eficazes.

Essa prática além de contribuir na melhoria na elucidação dos fatos nos procedimentos investigativos preliminares, por consequência, faria com que na instrução probatória tivesse um maior acervo de provas e conhecimento do caso, conferindo maiores possibilidades probatórias. Este caso do Estado do Rio de Janeiro, todavia, é uma exceção.

Todavia, é importante frisar que isso não garantiria um combate mais eficaz ao crime, mas ao menos demonstraria a busca de medidas para que as investigações pudessem ser mais elucidativas. Isso geraria como consequência maior dinamicidade no que se refere a produção de provas e, portanto, a prolação de decisões mais seguras.

²⁰⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 330.

Tal fato não traz a garantia de investigações que represente maior eficácia na apuração do crime, mas ao menos é uma iniciativa que visa contribuir com as investigações preliminares e com uma melhor produção probatória, fazendo com que os magistrados possam condenar, quando for o caso, com maior segurança.

Para apuração do crime de tráfico de drogas tal medida poderia ser adotada em outros estados do Brasil, sobretudo em razão do tráfico de drogas ser realizado intensamente em determinadas áreas, que são conhecidas justamente como ponto de tráfico de drogas. Essas promotorias auxiliariam diretamente a polícia judiciária na investigação.

Outrossim, pontue-se que essas Promotorias seriam instaladas para auxiliarem a polícia judiciária nas investigações, de modo que não faria com que o Ministério Público presidisse os inquéritos policiais, o que é muito criticado pela doutrina. Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, entende que o promotor não pode presidir inquéritos nem conduzir investigações criminais isoladamente, devendo sempre ter ao lado a autoridade policial que preside o procedimento investigativo preliminar²⁰⁸.

É plenamente possível que o Ministério Público e a Polícia Judiciária atuem paralelamente em investigações, dividindo a competência e podendo em ação estruturada apurar melhor e com maior eficácia os fatos tidos como criminosos.²⁰⁹

Outro tema que merece destaque se refere às testemunhas civis, ou seja, aquelas que visualizam o fato, mas não estão inseridos e nem participam dele. As testemunhas civis, todavia, conforme demonstrado no capítulo 4, subtópico 4.2.2, são muito pouco utilizadas na instrução probatória. De todos os casos condenatórios foi indicado que em apenas 2% (dois por cento) o testemunho de pessoas civis foi ponderado para a prolação de sentença condenatória. Ressalte-se que nestes casos também foi registrada a presença de depoimentos policiais, pelo que ao lado dos depoimentos das testemunhas civis formaram um conjunto probatório no sentido da prática do crime.

O fato de as testemunhas civis serem muito pouco utilizadas nas ações penais pode decorrer de a polícia judiciária não as inquirir no inquérito policial, do Ministério

²⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013, p. 595.

²⁰⁹ REIS, Rachel Seoane. Condução e realização de investigações pelo Ministério Público no Processo Penal. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Aspectos contemporâneos do Direito Processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008, p. 390.

Público não as arrolar na denúncia ou até mesmo por medo de serem rechaçadas por traficantes.

Essas testemunhas se passassem a ser mais utilizadas na instrução probatória poderiam ajudar na elucidação dos fatos, sendo mais um elemento a ser ponderado no momento da prolação da sentença.

Todavia, muitas delas têm receio e/ou medo de irem a juízo prestar declarações contra traficantes, tendo em vista que podem sofrer retaliações dos mesmos.

A Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas foi criada para possibilitar que testemunhas que se sintam ameaçadas em depor sobre fatos realizados por criminosos possam prestar seu depoimento em juízo tendo proteção e segurança estatal.²¹⁰

Para ingresso no Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas é necessário que a testemunha esteja em situação de risco, ainda que potencial; tenha relação de causalidade entre a situação de risco que se encontra e a colaboração prestada ao processo; possua personalidade e conduta compatíveis com as restrições impostas pelo programa, visando não colocar em risco os outros protegidos; que a testemunha esteja em gozo do direito de liberdade; que o protegido aceite tal situação, além de diversos outros requisitos.²¹¹

Diante disso, aquelas testemunhas que presenciaram o fato, visualizando-o, poderiam ser inquiridas em sede policial e conseqüentemente serem arroladas na denúncia para oitiva em juízo, colaborando assim com a investigação criminal e conseqüentemente com a produção probatória.

Por outro lado, pelo fato de muitos delas estarem expostas ao risco de serem rechaçadas por traficantes, possuindo assim receio de depor em juízo, principalmente aquelas que moram em localidades em que o tráfico de drogas é

²¹⁰ BRASIL. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 22 nov. 2018.

²¹¹ BARROS, Antônio Milton de. **A Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas**. Franca: Ribeirão Gráfica e Editora, 2003, p. 132 *et seq.*

intenso, seriam inseridas no Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas, tendo assim uma maior segurança e garantia estatal.²¹²

O regulamento do Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas prevê como medidas para proteção das testemunhas a segurança nos deslocamentos, a transferência de residência ou acomodação provisória, proteção ao cônjuge e familiares, entre diversas outras medidas.²¹³ Desse modo, verifica-se que é possível a proteção estatal até mesmo a aquelas testemunhas que residem próximo a bocas de fumo, sendo alvo fácil dos traficantes.

Frise-se que essas testemunhas além de avistarem o fato tido como criminoso, em caso de flagrantes, visualizam diariamente a prática do tráfico de drogas pelos criminosos, de modo que podem auxiliar a justiça até mesmo em caso de procedimentos que não decorram de flagrantes, mas sim de portarias ou requisições.

Todavia, ainda que se admita que na maior parte dos casos as testemunhas civis não irão se submeter a essa situação de se risco e serem amparadas pelo Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas por estarem em situação de vulnerabilidade, ao alcance de traficante, podendo sofrer represálias ou até mesmo algum de seus familiares, é possível ao menos que se tente a utilização com maior frequência deste meio de prova, conduzindo-os à delegacia para depor, arrolando-os como testemunhas. A prática criada de legitimar condenações apenas com base em depoimento de policiais para provar a existência do fato e a autoria do crime contribui para que as testemunhas civis sejam muito pouco utilizadas nestes processos.

Ademais, ressalte-se mais uma vez que não se está afirmando que essas testemunhas serviriam para provar o crime isoladamente, mas sim que esse poderia ser mais um meio de prova a ser utilizado com maior frequência, para que ao lado

²¹² BARROS, Antônio Milton de. **A Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas**. Franca: Ribeirão Gráfica e Editora, 2003, p. 133.

²¹³ BRASIL. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 22 nov. 2018.

de outras provas produzidas formassem um conjunto probatório suficiente para sustentar uma condenação.

Por fim, outra medida que pode ser apontada como possível solução para o problema da escassez probatória encontrada e utilização intensa do depoimento policial, seria a instalação de câmeras nos equipamentos de cada policial e das viaturas, sejam elas padronizadas ou não.

As filmagens feitas nas diversas localidades registrando a prática do tráfico de entorpecentes, seja recebendo drogas, vendendo ou praticando quaisquer das condutas previstas no tipo penal seria mais um meio elucidativo e probatório da prática do crime.

Além das câmeras instaladas nas vias públicas e que poderiam servir como acervo probatório, seriam instaladas espécies de “mini câmeras” nos equipamentos e viaturas policiais, a exemplo de colocar essas câmeras no capacete de policiais militares ou em determinada parte do corpo de policiais civis que realizam infiltração, por exemplo, para que no momento da instrução probatória tenha-se uma prova bastante elucidativa e, diga-se de passagem, de fácil produção.

Essas gravações, por exemplo, poderiam provar alegações de que houve evasão de indivíduos, de que foi apreendido grande quantidade de drogas e de petrechos, de que o acusado estaria vendendo droga em determinado local, que tinham elementos armados, etc.

Desse modo, ter-se-ia ao lado do depoimento policial outros meios de provas para juntos formarem um conjunto probatório e sendo esse conjunto harmônico e coeso sustentaria uma condenação sem trazer eventuais dúvidas e evitando qualquer tipo de violação ao ordenamento jurídico.

Veja que se em um determinado processo fosse acostado na instrução probatória, além dos depoimentos policiais, depoimentos de testemunhas civis que visualizaram o fato e gravações ou filmagens demonstrando atos da prática do crime, possibilitaria uma sentença condenatória bastante segura e sem quaisquer tipos de discussões.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como principal finalidade tratar sobre a instrução probatória do processo de tráfico de drogas, revelando que o meio de prova mais utilizado nestes processos para provar a existência do fato e a autoria do crime é o depoimento policial.

Diante disso, buscou-se demonstrar que os diversos atos praticados pelos policiais no decorrer do procedimento investigativo preliminar até a instrução processual fragilizam o referido meio de prova, de modo que a condenação de um indivíduo por tráfico de drogas baseado apenas no depoimento policial, em razão deste depoimento ter presunção de veracidade viola o ordenamento jurídico penal.

Cumprir destacar que a polícia tem papel importante na luta e na busca do combate diário ao tráfico de drogas, realizando investigações, rondas nas diversas localidades e pontos de venda de drogas e no conflito armado com traficantes. Por isso, não há como negar o importante papel desenvolvido pela polícia no combate ao tráfico ilícito de drogas.

O que se buscou na presente pesquisa não foi criticar e colocar em dúvida o trabalho da polícia e nem mesmo seus depoimentos. O que se buscou analisar foi como vem ocorrendo as condenações por tráfico de drogas, mostrando que a grande maioria das condenações tem como único meio de prova referido depoimento.

Esse policial que é utilizado como prova é o mesmo que pratica diversos atos entre o fato que origina a prisão e sua oitiva em juízo, em polo oposto ao denunciado e estando inserido no contexto prévio à instrução processual, praticando atos a exemplo de abordagens, buscas, prisões, conduções, depondo nos inquéritos policiais e contribuindo com a atuação do Ministério Público no processo penal.

Ademais, foi discorrido que tal prática viola o princípio da ampla defesa, tendo em vista que a partir do momento que o policial depõe em juízo, em razão de o seu depoimento possuir presunção de veracidade, torna quase que impossível o réu não ser condenado.

Outrossim, o depoimento policial ser utilizado como único meio de prova para atestar a autoria também viola os princípios da presunção de inocência e *in dubio pró réu*, pois, colocando-se de um lado o seu depoimento e de outro a versão da defesa, sem nenhum outro elemento probatório, pode-se gerar uma situação de dúvida e ainda poderá haver condenação, em razão da presunção de veracidade do depoimento policial. Nesse contexto, em razão do acusado ser presumidamente inocente e pela dúvida o favorecer, o pedido condenatório deveria obrigatoriamente ser julgado improcedente, pelo que uma condenação violaria os princípios em questão.

Essa prática também causaria a inversão do ônus da prova no processo penal, tendo em vista que a partir do momento em que o depoimento policial dotado de presunção de veracidade é levado a juízo, sendo ele no sentido da prática do crime por parte do acusado, cria-se para a defesa o papel de provar que as alegações dos policiais são inverídicas.

Desse modo, por todo o exposto, não se busca propor descartar o depoimento policial do processo de tráfico de drogas nem mesmo afirmar que eles são impedidos de depor, afinal ele tem importante papel e pode contribuir para elucidação dos fatos. O que se propõe, é a produção de outros meios de provas complementares ao depoimento policial, para que se forme um conjunto de provas acerca do fato e da autoria, tendo em vista que legitimar condenações criminais apenas com base nos atos policiais causa as violações supracitadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

O depoimento policial, portanto, é prova frágil e insuficiente para isoladamente comprovar a autoria do crime e sustentar condenações e por isso devem ser buscados outros meios de prova.

Por fim, foram propostas possíveis soluções ao cenário evidenciado, necessitando-se que o Ministério Público utilize o vasto repertório de meios de provas conferidos pela legislação, no que se refere aos processos que tramitam nas varas de tóxicos; que se busque a criação de Promotorias Especializadas para atuar na investigação de crimes em determinadas localidades, contribuindo nas investigações; que se passe inquirir com maior frequência as testemunhas civis que visualizaram o fato ou que possuem informações acerca da prática do tráfico de drogas; e que o Estado

invista em tecnologia e se instaure câmeras nas equipes policiais para que as filmagens sejam utilizadas como mais um elemento de prova.

Desse modo, buscou-se na presente pesquisa defender o justo processo penal, com a produção de prova necessária para uma condenação criminal, que cerceia o direito de liberdade do indivíduo, um dos direitos mais importantes do cidadão, evitando assim que estes possam ser condenados injustamente, ou seja, sem o acervo probatório necessário para tanto.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. Limite para presunção de inocência é o trânsito em julgado. Disponível em: <<https://www.jota.info/docs/jose-afonso-da-silva-execucao-provisoria-02042018>>. Acesso em: 29 out. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, vol. 259, jan/abr. 2012. Rio de Janeiro: Editora Direito Rio.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7 ed. rev. e atua. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

BARROS, Antônio Milton de. **A Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas**. Franca: Ribeirão Gráfica e Editora, 2003.

BRASIL. **Código de Processo Civil 2015**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 nov. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 jul. 2018.

_____. **Decreto Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

_____. **Decreto 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei 385/68, de 26 de dezembro de 1968**. Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm>. Acesso em 28 abr. 2018.

_____. **Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 26 mar. 2018.

_____. **Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971.** Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L5726.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. **Lei 9296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em: 31 jul. 2018.

_____. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.** Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. Ministério da Justiça – Governo Federal. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil.** Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. **Portaria 344**, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre Substâncias e Medicamentos Sujeitos a Controle Especial. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 1692637/SC.** Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1708078&num_registro=201702154473&data=20180516&formato=PDF>. Acesso em 08 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 143968/PE.** Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 27 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=invers%E3o+rito+t%F3xicos&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 125094 AgR/MG.** Relator: Luíz Fux. Julgado em 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7915301>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97701.** Relator: Min. Ayres Britto. Julgado em: 03 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=97701&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 27 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 523: No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=272>>. Acesso em 29 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº R603616/RO**.

Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 05 nov. 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>.

Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Criminal nº 20160110544790**. Relator: Desembargador George Lopes. Julgado em 22 jun. 2017.

Disponível em: <<https://tj->

[df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501039399/20160110544790-df-0015853-](https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501039399/20160110544790-df-0015853-2420168070000?ref=serp)

[2420168070000?ref=serp](https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501039399/20160110544790-df-0015853-2420168070000?ref=serp)>. Acesso em 13 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Primeira Câmara Criminal.

Apelação Criminal nº 154473/2016. Relator: Desembargador Orlando de Almeida

Perri. Julgado em 13 dez. 2016. Disponível em: <<https://tj->

[mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/415982253/apelacao-apl-39000720168110015-](https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/415982253/apelacao-apl-39000720168110015-154473-2016?ref=serp)

[154473-2016?ref=serp](https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/415982253/apelacao-apl-39000720168110015-154473-2016?ref=serp)>. Acesso em 20 nov. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Súmula 70**: "O fato de

restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação."

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Criminal nº**

993060206060. Relator: Desembargador Willian Campos. Julgado em 11 maio 2010.

Disponível em: <[https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14829336/apelacao-apl-](https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14829336/apelacao-apl-993060206060-sp)

[993060206060-sp](https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14829336/apelacao-apl-993060206060-sp)>. Acesso em 30 mar. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 296.

CARVALHO, Salo de. **"É absolutamente ilegítimo que o Estado limite o uso de**

qualquer droga". Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2017-fev-](https://www.conjur.com.br/2017-fev-20/entrevista-salo-carvalho-professor-direito-penal-ufrrj)

[20/entrevista-salo-carvalho-professor-direito-penal-ufrrj](https://www.conjur.com.br/2017-fev-20/entrevista-salo-carvalho-professor-direito-penal-ufrrj)>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e**

Dogmático). 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Lei Antidrogas aplicada e comentada**. 3 ed. Curitiba:

Juruá, 2010.

CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público:**

fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,

2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed.

rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; LORENZATO, Gustavo Muller; FERRAZ, Maurício Lins;

PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal Prático: fundamentos teóricos e**

modelos de peças de acusação e defesa. Salvador: JusPodivim, 2006.

- FARINELLI, Edmundo Luiz. A (I)legitimidade da prova testemunha do policial militar para fins de condenação criminal. **Aspectos contemporâneos do Direito Processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FOGAÇA, Jennifer Rocha Vargas. Mundo Educação. **THC – Principal componente ativo da maconha**. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/quimica/thcprincipal-componente-ativo-maconha.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2018.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GRECO, Rogério. **Atividade Policial: Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 6 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.
- GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: Consideração sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei nº 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- JESUS, Maria Goreti Marques de; HILDEBRAND OI, Amanda; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. **PRISÃO PROVISÓRIA E LEI DE DROGAS: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2018.
- LIMA, Renato Brasileiro de; **Manual de Processo Penal**. Vol. I. 2. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.
- _____. _____. 3 ed. Salvador: JusPodivim, 2015.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. 2 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MISSIUNAS, Rafael de Carvalho. **CONJUR: Controle da atividade policial pelo Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-fev-20/controle-externo-atividade-policial-ministerio-publico>>. Acesso em 07 nov. 2018.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.

NEIVA, Genivaldo. **Afinal, maconha faz bem ou mal?** Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2015/01/afinal-maconha-faz-bem-ou-mal.html>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

NICORY, Daniel. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: JusPodivim, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2013.

_____. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1999.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **O Interrogatório Criminal como instrumento de acesso à Justiça Penal: desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2005.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. **A presunção de legitimidade e veracidades dos atos administrativos e o mito da inversão do ônus da prova em prejuízo dos administrados**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 14, n. 54, jan/mar. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. – (Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v.2).

RANGEL, PAULO. **Direito Processual Penal**. 24 ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

REIS, Rachel Seoane. **Condução e realização de investigações pelo Ministério Público no Processo Penal**. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Aspectos contemporâneos do Direito Processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2014.

SILVA, José Geraldo da. **O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária: doutrina, legislação e prática**. 2 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 49.

SILVA, Técio Lins. **“74% das prisões por tráfico têm apenas policiais como testemunhas do caso”**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoos-traffic- apenas-policiais-testemunhas>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivim. 2017.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A história das drogas e sua proibição no Brasil: da Colônia à República**. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-05102016-165617/pt-br.php>>. Acesso em: 26 mar. 2018.