

TESE 135

ÁREA: CRIMINAL

Proponentes: Bruna Gonçalves da Silva Loureiro, Daniel Mobley Grillo, Leila Rocha Sponton e Vanessa Alves Vieira

Assunto: Art. 41 da Lei de Drogas – alternatividade dos requisitos – interpretação sistêmica – Lei de Organização Criminosa

Item específico das atribuições institucionais da defensoria pública

Constitui atribuição institucional da Defensoria Pública zelar pela plenitude de defesa e garantir que o(a) acusado(a) possa exercer os direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório.

Art. 5º, III e IX, da Lei Complementar 988/06 e art. 4º, I e V, da Lei Complementar 80/94,

Art. 5º São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I - prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

(...)

V - exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;

Assim, a presente tese tem por espoco garantir ao(à) acusado(a) pelo delito de tráfico de drogas o direito ao benefício da colaboração premiada nos casos em que tenha contribuído voluntariamente para a localização das drogas, ainda que não tenha delatado supostos coautores ou partícipes, adotando-se uma interpretação sistêmica do instituto previsto no art. 41 Lei de Drogas, à luz da Lei de Organização Criminosa.

Fundamentação jurídica

O art. 41, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, conhecida como Lei de Drogas, estabelece que o(a) indiciado(a) ou acusado(a) que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores

ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Analisando o texto legal é possível observar a existência de três requisitos: i) a voluntariedade da colaboração; ii) a recuperação total ou parcial do produto do crime; e iii) a identificação dos coautores ou partícipes do crime.⁸

Inicialmente, cabe pontuar que a voluntariedade não se confunde com a espontaneidade, pois enquanto esta última exige que a atitude colaborativa tenha partido do íntimo do autor, de sua própria consciência, sem que ele tenha sofrido qualquer influência externa, a voluntariedade pode ocorrer mesmo que a colaboração do agente tenha sido motivada por fatores externos.

No que tange aos requisitos relacionados ao resultado da colaboração, consistentes na identificação dos coautores ou partícipes do crime e na recuperação do produto do crime, faz-se necessário por primeiro delimitar o conceito da expressão "produto do crime" trazida pelo referido dispositivo legal.

Embora a Lei nº 11.343/2006 não defina o que é "produto do crime", ela o diferencia da ideia de "proveito" previsto no art. 60 desse diploma normativo.

Guilherme de Souza Nucci estabelece, especificamente no contexto do art. 41 da Lei de Drogas, que "produto do crime" é a droga e não o lucro ou vantagem que a sua inserção no mercado acarretaria: "Menciona a norma do art. 41 o produto do delito e não o proveito. Logo, é a substância entorpecente, que necessita ser recuperada, total ou parcialmente [...]" (NUCCI, 2017, p. 979).

No mesmo sentido, Heráclito Antônio Mossin e Júlio César Mossin salientam que para melhor efeito de ordem analítica, a lei aqui examinada cravou, no conteúdo da norma incriminadora do art. 33, o termo "droga" a título de elemento normativo do tipo. Concluem, tendo isso em mente: "A 'droga' é exatamente o que o legislador quer dizer como sendo 'produto do crime'; ou seja, a substância entorpecente que é vendida pelo traficante." (MOSSIN, H.; MOSSIN, J., 2018, p. 77).

Não se nega a existência de certa divergência sobre o conceito de "produto do crime" na Lei de Drogas, havendo autores como Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho que consideram que a droga não seria o produto de todos os delitos previstos na referida Lei, mas apenas daquelas condutas que envolvem prepará-la, produzi-la e fabricá-la. No caso do tráfico, portanto, o entorpecente seria objeto material do crime (coisa sobre a qual incide a conduta delitiva) e o dinheiro recebido em contraprestação, seu produto (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 190-191).

Contudo, mesmo sob este olhar, tais autores sustentam que a interpretação do requisito "produto do crime" deve ser ampliativa, abarcando também as substâncias qualificadas como ilícitas: "[...] deve-se ampliar a expressão utilizada pela nova Lei para abarcar não apenas o "produto" do crime, mas também a droga." Assim, apesar do termo empregado pelo legislador, deve-se entender que é aplicável a causa de redução de pena tanto quando o agente auxilia na localização da droga quanto quando entrega o dinheiro oriundo da venda da droga (MENDONÇA; CARVALHO, 2012, p. 191).

Uma vez compreendido que a expressão "produto do crime", contida no art. 41 da Lei nº 11.343/06, se refere à substância entorpecente propriamente dita, quer a conduta praticada consista em fabricar, preparar, armazenar, quer se referia aos atos

de comércio, tem-se que o(a) acusado(a) que voluntariamente colaborar para a recuperação total ou parcial da droga fará jus ao redutor de pena.

A grande controvérsia do dispositivo recai sobre a cumulatividade ou alternatividade do requisito relacionado à identificação dos coautores ou partícipes do crime.

Sabe-se que alguns autores entendem que os requisitos para a aplicação da minorante prevista no art. 41 da Lei de Drogas seriam cumulativos. Todavia, mesmo para os doutrinadores que efetivamente sustentam a cumulatividade dos requisitos, a própria situação fática deve efetivamente descrever uma possibilidade de incidência simultânea de tais requisitos. 9

A impossibilidade de incidência simultânea dos requisitos se verifica, por exemplo, quando o delito de tráfico é praticado tão somente por um indivíduo, não havendo qualquer menção a eventual concurso de agentes ou a pessoas não localizadas que teriam praticado o crime juntamente com o primeiro. Nessa hipótese, por impossibilidade lógica, afasta-se o requisito consistente na delação de coautores ou partícipes, sem prejuízo da validade do voluntário e efetivo auxílio dado pelo(a) acusado(a) para que a autoridade policial possa localizar e apreender entorpecentes.

Em termos diretos, a cumulatividade dos requisitos a um só tempo (i) feriria o princípio da proporcionalidade ao não valorar o efetivo auxílio prestado pelo acusado à autoridade policial; (ii) retiraria a efetividade da norma legal quando o tráfico não fosse praticado em concurso de pessoas; (iii) colidiria com os objetivos do legislador ao prever a colaboração como meio de produção de provas e (iv) representaria indevida confusão entre os institutos da delação premiada e da colaboração premiada, na medida em que aquele é espécie deste último, que tem incidência mesmo que não se delate qualquer comparsa.

Assim, de forma a conferir racionalidade e proporcionalidade à norma contida no art. 41 da Lei de Drogas, faz-se necessário uma interpretação sistêmica e teleológica do instituto da colaboração premiada, analisando-o a luz da normativa prevista na Lei de Organizações Criminosas.

Com efeito a Lei nº 11.343, de 2006, foi uma das primeiras legislações a instituir o benefício da colaboração premiada, ainda de maneira embrionária. Posteriormente, outros diplomas legais passaram a prever benefícios semelhantes, tendo sido a Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que, em seu art. 4º, regulamentou de forma mais abrangente o instituto, trazendo a alternatividade dos requisitos legais para a sua aplicação, com o evidente escopo de ampliar suas hipóteses de incidência e facilitar a obtenção provas.

O artigo 4º da Lei nº 12.850/13 prevê cinco formas alternativas – segundo o caput do artigo – por meio das quais o acusado poderá colaborar com a investigação e com o processo: (i) identificar os demais coautores e partícipes da organização criminosa e as infrações penais por eles praticadas; (ii) revelar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa; (iii) prevenir as infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (iv) recuperar total ou parcialmente o produto ou o proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e (v) localizar o paradeiro de eventual vítima com sua integridade física

De acordo com o regime jurídico da Lei de Organizações Criminosas, é suficiente, portanto, que apenas uma dessas situações esteja preenchida para que o(a) acusado(a) faça jus ao perdão judicial, à redução ou à substituição da pena, sendo

evidente que aquele que colaborar em maior medida será beneficiado com maiores benefícios.

Com o advento de tal lei, restou pacificado que a delação premiada é apenas uma das espécies do gênero colaboração premiada. Na primeira, o(a) acusado(a) colabora com os agentes "delatando" os coautores ou partícipes. Todavia, a colaboração premiada também poderá ocorrer em outras hipóteses em que não haja a identificação de coautores ou partícipes, como na situação em que o agente não delata ninguém, mas fornece, por exemplo, todas as informações necessárias para que as autoridades recuperem o dinheiro desviado com o esquema criminoso.

Cleber Masson e Vinicius Marçal argumentam ser conveniente a aplicação da sistemática de diálogo das fontes inaugurada pela Lei nº 12.850/2013, nos seus artigos 4º a 7º, já que este seria o único diploma normativo a ter definido um procedimento para corporificar o acordo de colaboração premiada, constituindo, segundo eles, uma espécie de lei geral procedimental. Seriam, pois, "perfeitamente aplicáveis" na esfera da Lei de Drogas diversos regramentos da Lei nº 12.850/2013 (MASSON; MARÇAL, p. 165).¹⁰

Para Claudia Lima Marques, entre a Lei de Drogas e a Lei de Organizações Criminosas há um diálogo de influências recíprocas sistemáticas, existente quando os conceitos estruturais de uma lei são influenciados por outra. "É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de doublé sens (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)" (MARQUES, 2007, p. 91).

Destarte, adotando-se uma interpretação sistêmica e teleológica do art. 41 da Lei de Drogas, em consonância com a normativa geral posteriormente trazida pela Lei de Organizações Criminosas, faz-se imprescindível admitir a alternatividade dos requisitos da colaboração premiada, aplicando-se o redutor de pena quando o auxílio d(a) acusado(a) resultar na recuperação total ou parcial da droga, independentemente da delação de outros agentes.

Essa tese vem encontrando supedâneo nos Tribunais de Justiça Estaduais e no Superior Tribunal de Justiça, que inclusive já reconheceu a possibilidade de incidência cumulativa das minorantes previstas pelos artigos 33, § 4º, e 41, ambos da Lei de Drogas, conforme se verifica do julgado abaixo colacionado:

Todavia, verifico que o mesmo fundamento – quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos (e-STJ, fls. 152 e 161) – foi utilizado para afastar a incidência da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em evidente bis in idem, de modo que constato o patente constrangimento ilegal apontado pela impetrante. Desse modo, à míngua de outros argumentos que façam presumir ser o paciente dedicado a atividades criminosas ou integrante de organização criminosa, é de rigor o reconhecimento do tráfico privilegiado, com a aplicação da referida causa de diminuição, na fração máxima legal de 2/3.

Ilustrativamente: (...).

Desse modo, passo ao novo cálculo da dosimetria das penas do paciente. Na primeira fase, mantenho a exasperação em 1/3, ficando as sanções estabelecidas em 6 anos e 8 meses de reclusão, e 666 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, as penas permanecem inalteradas. Na terceira fase, reconhecida a incidência da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, reduzo as sanções em 2/3, fixando-as em 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além de 222 dias-multa e, incidente também, a

reduzora prevista no art. 41, da LAD, mantenho a fração de redução de 1/3, ficando as reprimendas definitivamente estabilizadas em 1 ano, 5 meses e 23 dias de reclusão, e 148 dias-multa. (HC 596.930 – STJ; Leonardo Pires Ferreira)

Nesse mesmo sentido, em decisão do TJ-DF, foi considerada a colaboração premiada conforme o art. 41 da Lei de Drogas e o art. 14 da Lei 9.807/99, diminuindo a pena em 1/3 (um terço). Isso se deu em razão da pessoa acusada ter colaborado no momento do cumprimento do mandado de busca e apreensão, dizendo que guardava drogas há alguns meses e que elas estavam em cima de um armário (BRASIL, 2017, p. 156-162).

Em apelação criminal julgada pelo TJ-SC, o réu voluntariamente indicou aos policiais a localização do entorpecente, enterrado em uma trilha próximo à praia, e foi beneficiado com a causa de diminuição de pena mediante a aplicação da fração mínima de 1/3 (esse julgado também reconheceu a figura do tráfico privilegiado prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, apesar de acabar optando por uma só diminuição). (BRASIL, 2020c). 11

Já em decisão do TJ-MS, a colaboração consistiu somente em delação do corréu. Como esta permitiu o oferecimento da denúncia, por um lado, mas por outro ele não foi encontrado, o Tribunal reduziu a pena na fração média de 2/5 (BRASIL, 2018).

Fundamentação fática

É comum o(a) Defensor(a) Público(a) que atua na área criminal se deparar com casos de tráfico de drogas em que o(a) próprio(a) acusado(a) indica o local onde estavam escondidos os entorpecentes. Embora algumas vezes o(a) réu(ré) negue a colaboração e até mesmo a autoria delitiva, é certo que há diversas situações em que ele(a) não apenas admite a prática do tráfico, como também confirma ter indicado a localização das drogas.

Não se deve confundir essa situação com aquela em que os entorpecentes são encontrados no interior da residência do(a) acusado(a) após os policiais terem invadido sua casa ilegalmente, isto é, sem autorização, judicial ou do morador, e sem a existência de fundada suspeita de crime. Aqui estamos diante de evidente caso de violação de domicílio, o qual acarreta a ilicitude da prova

No entanto, a alegação de ofensa à inviolabilidade do domicílio não obsta a aplicação da tese ora defendida, a qual pode ser pleiteada de forma subsidiária na hipótese de o juiz entender que a entrada dos policiais na residência foi franqueada e que fora o(a) acusado(a) quem indicou aos policiais o local onde estavam as drogas.

A minorante também se mostra cabível em situações outras, tais como aquelas em que as drogas estão ocultas na via pública, armazenadas em cima do telhado de uma edificação, em um terreno baldio, no matagal, dentro de bueiro, bastando que tenha havido o necessário auxílio para a localização dos entorpecentes.

Nesses casos, ainda que o(a) acusado(a) não tenha delatado a participação de outros agentes no tráfico, a despeito de existirem indícios da traficância em coautoria, deverá ser aplicada a minorante prevista no art. 41 da Lei de Drogas, porquanto foi a sua colaboração que possibilitou a apreensão dos entorpecentes (produto do crime) e a obtenção da prova da materialidade do crime, tendo sido, portanto, atingido o objetivo do legislador ao editar a norma em questão.

De fato, não seria proporcional e razoável desprezar o auxílio daquele que, voluntariamente e de forma cooperativa, aponta o local exato de armazenamento

dos entorpecentes, se autoincriminando ou, eventualmente, deslocando sua conduta do crime de porte de entorpecentes para consumo pessoal (quando abordado inicialmente com pequena quantidade de entorpecentes, opta por mostrar o restante das drogas ao agente de segurança pública) para o delito de tráfico de drogas.

Ante o acima exposto, vê-se que a causa de diminuição de pena do art. 41 da Lei de Drogas deve ser interpretada em conjunto com as demais normas que versam sobre a colaboração premiada, em especial tomando-se por base o regramento instituído pela Lei de Organização Criminosa que prevê a alternatividade dos requisitos da colaboração.

Sugestão de operacionalização

A tese descrita tem por finalidade estabelecer um critério racional para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 41 da Lei de Drogas, interpretando-se os requisitos legais do referido dispositivo de forma alternativa, a fim de que o(a) acusado(a) que voluntariamente colaborar para a recuperação total ou parcial das drogas descritas na denúncia venha a fazer jus ao redutor de pena, mesmo nos casos em que não haja identificação de outros agentes por não haver coautoria ou participação.

Sugere-se que a tese seja alegada em sede de alegações finais, até mesmo de forma cumulativa com a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, porquanto as referidas causas de diminuição não se mostram excludentes, conforme precedente acima transcrito do STJ.

Eventualmente, não sendo a tese acolhida em primeira instância, sugere-se que seja arguida em razões de apelação, e até mesmo em sede de recurso especial por negativa de vigência ao art. 41, da Lei nº 11.343/06.

Também não se descarta a impetração de Habeas Corpus, porquanto a não aplicação do redutor gera patente ilegalidade na fixação da pena, que, caso venha a ser redimensionada, poderia permitir uma série de benefícios tanto no processo de conhecimento quanto no de execução criminal, a exemplo da (i) readequação do regime inicial de cumprimento de pena, (ii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, (iii) a detração penal, (iv) a elaboração de novos cálculos de progressão do regime inicial de cumprimento de pena e (v) o livramento condicional.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 4 nov. 2020.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm Acesso em 23 out. 2020.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm Acesso em 23 out. 2020.

_____. Apelação 20160110300800 DF 0007412-54.2016.8.07.0000, TJ-DF. Relator: Carlos Pires Soares Neto, Data de Julgamento: 19 out. 2017, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação no DJe: 13 nov. 2017.

_____. Processo APR 0000738-20.2016.8.12.0033. TJ-MS. Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal. Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago. Data de Julgamento: 13 mar. 2018. Data de Publicação: 16 mar. 2018.

_____. Apelação Criminal nº: 1502993-73.2019.8.26.0228. 11a Câmara de Direito Criminal do TJ-SP. Relator: Desembargador Paiva Coutinho. Julgado em 6 mai. 2020a.

_____. APR: 00059051020198240023 Capital 0005905-10.2019.8.24.0023, TJ-SC. Relator: Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, 1a Câmara Criminal, Julgado em 03 set. 2020c.

GRILLO, Daniel Mobley; LEVY, Olivia Haddad. A incidência da sistemática da Lei de Organizações Criminosas na colaboração premiada da Lei de Drogas". Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. V. 6 n. 28 2021". https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume28.aspx.

MARQUES, Claudia Lima. Manual de direito do consumidor. Antonio Herman V. Benjamim, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: RT, 2007.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Lei de Drogas: aspectos penais e processuais. 2. Reimp. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. 13

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo. – 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 10ª ed (Apple Books). Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.