

A (in)constitucionalidade dos meios de obtenção de prova na Lei de Drogas: a busca da proporcionalidade entre as garantias do indiciado e a efetivação investigatória pelo Estado policial

The (in) constitutionality of the means of obtaining evidence in the Drug Law: the search for proportionality between the defendant's guarantees and the investigation carried out by the police State

Francisco Hércules Freitas de Sales

v. 8/ n. 6 (2020)
Dezembro

Aceito para publicação em
09/10/2020.

Resumo

Diante da complexidade que há na colheita de provas em alguns crimes como o tráfico, nos quais as organizações criminosas buscam destruir os elementos probatórios – além de utilizar avançadas tecnologias para ludibriar as autoridades –, os meios de prova tradicionais previstos no Código de Processo Penal muitas vezes se tornam obsoletos. A Lei 11.343/2006 também traz consigo formas de obtenção de prova por meio da infiltração de agentes e da ação controlada/retardada, no entanto, não é carregada à devida regulamentação, a necessidade de autorização judicial para a prática desses meios que, por si só, não o vestem de constitucionalidade, fazendo-se necessário, então, um exame de proporcionalidade e interpretação conforme a constituição, de forma a contemplar-se tanto o sucesso da investigação - dando elementos para eventual ação penal – quanto a devida observância dos direitos do investigado no momento da persecução investigatória. Desse modo, observa-se que a lei de Drogas carece de constitucionalidade pela redação que o legislador ordinário trouxe, sem explicar como e quando aplicar estes institutos, daí a necessidade de adequá-la ao ordenamento jurídico pátrio e usar do princípio da proporcionalidade e do método da interpretação conforme a Constituição.

Palavras-chave: Constitucionalidade, Proporcionalidade, Lei de Drogas, Meios de prova.

Abstract

In view of the complexity of collecting evidence in some crimes such as trafficking, in which criminal organizations seek to destroy the evidence - in addition to using advanced technologies to deceive the authorities - the traditional means of proof provided for in the Code of Criminal Procedure are often sometimes become obsolete. Law 11.343 / 2006 also brings with it ways of obtaining evidence through the infiltration of agents and controlled / delayed action, however, there is no need for proper regulation, the need for judicial authorization for the practice of these means, which in itself only, they don't wear it constitutionality, making it necessary, then, an examination of proportionality and interpretation according to the constitution, in order to contemplate both the success of the investigation - giving elements for eventual criminal

action - and the due observance of the rights investigated at the time of the investigative pursuit. Thus, it is observed that the Drugs law lacks constitutionality by the wording that the ordinary legislator brought, without explaining how and when to apply these institutes, hence the need to adapt it to the national legal system and use the principle of proportionality and the interpretation method according to the Constitution.

Keywords: Constitutionality, Proportionality, Drug Law, Means of proof.

1. Introdução

A questão abordada no presente trabalho está ligada à relação jurídico- social do homem com o uso de substâncias psicoativas, lícitas ou ilícitas, e o enfoque penal-processual que o ordenamento jurídico dá sobre essa conduta, independentemente da conjuntura da sociedade sob a qual ele esteja submerso. Nesse sentido, o Estado brasileiro, com seus aparatos policial, acusatório e judicial, ao longo da história, buscou prever alguns meios para lidar com o uso de substâncias psicoativas, mais necessariamente para as classificadas como ilícitas. Seja por questões de saúde pública, no tocante a eventuais prejuízos ao corpo do indivíduo, seja por viés de ordem econômica, diante do que o poder público deixa de arrecadar com atividade do narcotráfico ou, principalmente, em relação à segurança pública, a legislação brasileira traz um aparato para que o aplicador do direito no caso concreto busque efetivar a proteção dos bens jurídicos tutelados: saúde pública, ordem econômica e incolumidade das pessoas.

Com isso, surgem, na sociedade, os discursos com ideias diametralmente opostas e que envolvem diversos aspectos e áreas do conhecimento humano que vêm fomentando o debate sobre a política de drogas ao longo dos anos. Assuntos como a descriminalização das drogas para consumo próprio e individual e o tratamento do usuário como questão de saúde pública, ao invés da repressão penal do Estado, já foram substituídos por ideias e políticas mais severas, como a tolerância zero ao consumo e a equiparação da figura do usuário com a do traficante.

No intuito de regulamentar esses fatos, o legislador pátrio instituiu a Lei 11.343/2006. Em tal diploma normativo buscou-se, entre outros objetivos: criar conselhos e mecanismos para inibir e prevenir o consumo de drogas; buscar tratamentos que envolvem diretamente o sistema de saúde; despenalizar as condutas do usuário de drogas; e reprimir com maior rigor as condutas referentes ao tráfico.

Tratando especificamente do tráfico de drogas, a prática de quaisquer crimes previstos no Título IV, capítulo II da Lei 11.343/2006, requer uma fase pré-processual realizada pelas polícias judiciárias (civil ou federal a depender da matéria e interesse da União) que consiste no poder-dever

do Estado-investigador de colher elementos indiciários de autoria e materialidade que venham, eventualmente, a dar subsídio a um processo criminal. Tal investigação atinge a concretude com a instauração de um Inquérito Policial, presidido por um delegado, que irá buscar meios para embasar esse procedimento administrativo de colheita de informações.

Porém, ocorre que, ao se tratar do tráfico de drogas, o procedimento do inquérito deve respeitar o que prevê a Lei de Drogas, conjuntamente com a disciplina dos arts. 4º a 23º do Código de Processo Penal (CPP), distinguindo-se, portanto, em alguns aspectos, se comparado com o procedimento inquisitorial comum. Desse modo e diante do exposto, o presente trabalho visa analisar essas peculiaridades e, à luz do sistema constitucional, observar se alguns meios de obtenção de colheita de material informacional estão devidamente compatíveis com os mandamentos constitucionais, como a vedação às provas ilícitas e suas derivações.

Há que se ressaltar a necessidade de uma proporcionalidade entre a eficiência do serviço público investigatório, capaz de conduzir a uma ação penal que vigorará o princípio *pro societatis*, e as garantias individuais do indiciado, como as de não ter provas ilícitas que maculem o iter procedimental e o direito ao silêncio sem ser prejudicado. Importante, pois, diante da própria garantia fundamental que rege o direito penal, analisar como vem funcionando a eficácia da Lei de Drogas: o princípio da legalidade e seus desdobramentos – lei certa e estrita.

Uma questão que merece destaque para análise é que, desde o advento da Lei 11.343/2006, os casos de consumo pessoal de substâncias ilícitas deixaram de chegar vertiginosamente ao judiciário. Em contrapartida, o número de casos por tráfico de drogas aumentou de maneira considerável; isso, obviamente, não significa que o consumo de drogas diminuiu, afinal o judiciário sempre têm demandas para julgar casos de tráfico de drogas. O que talvez ocorra é uma subnotificação dos casos de consumo ou até mesmo errôneas interpretações, em outras palavras: possa que ser haja punição de traficante para usuário ou o abrandamento para um traficante visto pelo Estado como usuário, tudo isso em decorrência da subjetividade da norma.

2. Breve histórico das legislações de drogas no Brasil

O primeiro diploma normativo a tratar sobre o tema de maneira mais abrangente foi o das Ordenações Filipinas, segundo explica Pierangeli:

Tendo sua parte criminal sido aplicada em território brasileiro por mais de dois séculos, vindo a ser substituída apenas quando da promulgação do Código criminal do Império, em 16 de dezembro de 1830, as Ordenações Filipinas demonstravam preocupação acerca da posse,

do comércio e da importação de certas substâncias. (PIERANGELI, José Henrique, 2001, p. 91).

Na chegada da Família Real no Brasil em 1808, ainda estava em vigor a referida ordenação que durou até a proclamação da Independência, em 1823, feita por D. Pedro I, e a Outorga da Constituição de 1824, idealizada pelos valores liberais da França e dos Estados Unidos. Isso pode ser visto no art. 179, *caput*, da Carta Imperial que preconizava “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio [...]”.

O código penal de 1830 não trazia consigo nenhuma normativa específica sobre drogas, contudo, havia um regulamento de 29 de setembro de 1851 dispendo sobre venda de medicamentos e sobre a política sanitária.

No ano seguinte à Proclamação da República, em 1889, surgiu o primeiro código penal da República que em seu art. 159 previa: “Expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários: Pena – de multa de 200\$000 a 500\$000.”

Em meados do século XIX, quando ainda vigorava um forte direito municipal, em que esses entes tinham competência para legislar sobre direito penal, as cidades de Santos, Rio de Janeiro e Campinas proibiam a venda e o uso de maconha, popularmente chamada à época de “Pito do Pango”. Nesses casos a diferenciação entre usuário e traficante era mínima, em algumas cidades, inclusive, havia previsão de multa para o crime de tráfico de drogas e de prisão para o usuário. Seguiu-se a lógica de que “só há quem venda porque há quem compre”.

Em 1932, foi criada a Consolidação das Leis Penais (CLP), tipificando de forma específica o delito de tráfico de drogas:

Art. 159. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saúde Publica; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias: Pena – de prisão cellular por um a cinco annos e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.

Em 1940, com a vigência do atual (mesmo que reformado) código penal, encontra-se uma expressa diferença entre o usuário e o traficante, visto que o art. 281 previa a conduta de comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica. Esse tipo penal trazia uma dura pena àquele que comercializasse: de 1 a 5 anos de reclusão. Com o advento

do regime militar, que vigorou 21 anos no Brasil, houve uma situação de retrocesso na questão da diferenciação usuário-trafficante. A lei 5.726/1971 alterou o supracitado dispositivo e equipareu as penas do usuário com o vendedor de drogas. Devido a conjuntura mundial, em que o usuário era visto como uma pessoa enferma, o governo castrense revogou a disposição da lei 5.726/1971 e a questão das drogas foi disciplinada em uma legislação extravagante.

A lei 6.368/1976 ficou conhecida como a “Lei dos Entorpecentes” e previa penas mais brandas ao usuário, considerado, agora, um doente. Tal dispositivo legal vigorou até 2002, quando a lei 10.409/02 revogou parte dos seus artigos e incluiu outros no referido diploma legal. A partir de então, o consumo e o tráfico de drogas estavam sendo concomitantemente disciplinados em duas leis, o que porventura poderia gerar antinomias hermenêuticas. No entanto, e pondo fim nessa questão, em 2006 o então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, promulgou a atual lei que rege a questão no país, revogando as disposições contrárias.

No atual diploma legal, avanços consideráveis ocorreram. Inicialmente, no tocante a nomenclatura: a palavra “entorpecente” foi substituída pelo termo “droga”, seguindo uma tendência mundial, uma vez que a OMS sugere que os diplomas normativos utilizem a expressão “droga”, pois é mais impactante para as pessoas do que “entorpecente”, por exemplo.

A lei de 2006 retirou, ainda, a pena privativa de liberdade dos usuários, deixando como possibilidade de punição apenas a admoestação, a prestação de serviços à comunidade e o comparecimento a cursos, além da pena de multa. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não houve, no art. 28 do referido diploma legal, uma descriminalização, mas uma despenalização do tipo de consumo pessoal.

Já sobre o crime de tráfico, a referida lei aumentou as penas e fez recair as situações previstas na Constituição Federal, tais como: equiparação a crime hediondo, no qual é vedada a concessão de anistia, graça, indulto, fiança; prevê-se, também, a possibilidade de confisco de terras utilizadas para o cultivo de material psicotrópico. Assim, aplica-se a esses casos o procedimento do juizado especial criminal, previsto na Lei 9.099/95, para o art. 28, referente ao consumo, e há, ainda, uma parte de um procedimento especial quanto ao tráfico de drogas, constante nos artigos 33 e seguintes.

Tratando especificamente do enfoque principal desta pesquisa, o inquérito policial na Lei de Drogas tem algumas particularidades que o diferencia da regra geral prevista no código de processo penal. Além do prazo ser diferenciado (30 dias para a conclusão quando o indiciado estiver preso e 90 dias quando estiver solto, podendo esses prazos serem duplicados com a devida autorização judicial – art. 51, Lei 11.343/06), a autoridade policial possui um certo juízo de valor quanto a

investigação ora realizada.

Enquanto que no relatório do procedimento comum há apenas uma descrição dos fatos apurados, na Lei observa-se uma previsão para que a autoridade policial apresente uma justificativa de suas razões sobre os motivos que o levaram àquela classificação, informando, por exemplo, a quantidade e a natureza da circunstância, a qualificação e os antecedentes do agente.

Ademais, são meios de prova previstos nesse diploma legal, realizadas em qualquer fase da persecução criminal, com mandado judicial e ouvido o Ministério Público, a infiltração de agentes da polícia e a ação retardada do flagrante, com o objetivo de colher o máximo de informações possíveis acerca da empreitada criminosa, nos termos do art. 53 da lei ora em estudo.

Assim, diante desse panorama, percebe-se que a história da legislação de substâncias psicoativas no Brasil se deu em uma lenta e progressiva evolução, seguindo parâmetros internacionais em que há separação da ideia de usuário e de traficante, até chegar a essa atual norma que possui um microsistema jurídico, e que envolve questões de saúde pública, de parte penal, de parte processual e investigatória, exigindo, então, uma análise pormenorizada para que haja sua correta e eficiente aplicação prática.

3. A prova no ordenamento jurídico pátrio

A doutrina costuma separar a temática da prova em duas partes, quais sejam: 1 – a teoria geral da prova; e 2 – as provas em espécie. Compreende-se como prova, de forma sintética, um conjunto de atos praticados dentro do processo pelas partes. O juiz, via de regra, não produz prova, mas é o destinatário delas, tendo como objetivo formar sua convicção sobre os fatos alegados.

Essa mesma doutrina entende, ainda, a prova, para o âmbito processual, em 3 sentidos, sendo: 1 – o ato de provar; 2 – o instrumento da prova (meio que se carrega o conteúdo probante); e 3 – o resultado da ação de provar. É importante salientar também que independentemente de qual parte produza a prova, o destinatário dela é o juiz, não podendo falar que o referido conteúdo é de autoria da acusação ou da defesa, logo, uma prova produzida por uma parte pode não servir ao seu mister.

Os processualistas clássicos ainda costumam fazer a dicotomia, no processo penal e no processo civil, entre a verdade real e a verdade formal, respectivamente presentes em cada uma dessas esferas. Na lição dos clássicos, como aponta Nucci (2016), enquanto no civil se discute, via de regra, direitos disponíveis, a verdade dos autos é uma verdade formal, ao passo que no processo penal, em que o que está em jogo é a liberdade do réu, vigeria uma verdade material, aproximando-se da realidade fática da conduta praticada.

O professor Aury Lopes Júnior, por exemplo, entende a verdade real no processo penal como uma utopia, defendendo haver uma verdade aproximada dos fatos, veja-se:

A distinção entre duas formas de verdade forjou o mal-entendido. A verdade formal vinculava proposições a leis do pensamento, falseando a realidade, enquanto a segunda fundia essas percepções. A teoria da história mostra que fatos tidos como verdadeiros são controvertidos e que a versão oficial pode se distanciar do que de fato ocorreu, embora nunca se possa colocar uma última e definitiva versão. É claro que o processo, ao ser aparentemente retrospectivo (mas é prospectivo), implica na escolha dos elementos mais interessantes, os quais restam sublinhados, incidindo o viés retrospectivo. Sempre, contudo, são parciais e representam interesses não ditos. É nos jogos de linguagem que o significante probatório ganhará sentido no contexto em que é invocado. (LOPES JÚNIOR, p. 125, 2011).

Corroboramos com o autor que esse debate, de certa forma, está se tornando ultrapassado, pois a efetividade do processo no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988, busca uma tutela jurisdicional que satisfaça o objetivo das partes em solucionar o conflito que as levou ao Poder Judiciário. Na lição do Art. 5º, LV, CF/88 (grifos nossos) lê-se: “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;**”. No processo penal, é ainda mais claro que a dita verdade real foi mitigada, um exemplo claro surge com o advento da Lei 13.964/2019, conhecida como “pacote anticrime”, que, entre outras mudanças, reforçou o princípio do sistema processual acusatório, ao inserir no art. 3º do Código de Processo Penal que é vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e sua substituição na atuação probatória do órgão de acusação.

4. Mitigação do princípio da tipicidade dos meios de prova no processo penal

As provas que estão previstas no código de processo penal e têm o seu procedimento previsto, são chamadas de nominadas. As que não estão expressas no código de ritos, são as ditas inominadas. Enquanto no processo civil há o princípio da atipicidade dos meios de prova, no processo penal esta questão é um pouco mais discutível, tendo em vista que não há um detalhamento maior quanto ao seu alcance.

Devido ao fato de o Código de Processo Penal elencar alguns meios de prova, assim como há esta previsão em algumas legislações processuais penais extravagantes, por uma interpretação restritiva, alguns estudiosos como Osternack Amaral (2015) entendem que pode haver um perigo de ofensa ao devido processo legal, pois há a ausência de um procedimento previsto na norma para a

obtenção de prova por meio atípico. O autor ainda elenca algumas dificuldades em admitir na integralidade o sistema atípico no processo penal:

[...] o adensamento do dever de fundamentação necessário à admissão da prova atípica: o juiz deverá avaliar a pertinência da prova, a eventual inexistência (ou dificuldade de produção) de um meio típico (a prova atípica deve ser sempre subsidiária), e principalmente a licitude e moralidade da prova ou do meio de produção pleiteado. Pela prudência [...] é recomendável ainda a valoração da prova atípica sempre em confronto com os demais elementos dos autos. (AMARAL, p.151, 2015).

É justificável a referida tese, tendo em vista que tanto no Código de Processo Penal quanto na legislação extravagante o legislador se preocupou em detalhar não apenas os meios de prova, mas o seu procedimento. Se até mesmo na audiência de instrução e julgamento, disposta nos arts. 400 e seguintes, o legislador se preocupou em detalhar a ordem do ato processual, em outros meios de prova, como a perícia, detalhou o *mister* que o perito deve elaborar o laudo em leis extravagantes – como a de interceptação telefônica –. Na Lei de Drogas há detalhes sobre o requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público para pedir ao juiz o deferimento de referida prova, é cediço que o meio atípico deve ser deveras mitigado no processo penal.

Em contraponto a esta questão, José Carlos Barbosa Moreira entende que a atipicidade no processo penal deve seguir um parâmetro semelhante com o disciplinado no processo civil, com o fundamento de que, o objetivo do processo é o de trazer a verdade e essa verdade não pode ser engessada, logo, tomando algumas premissas referentes ao respeito constitucional à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), e levando em conta os bons costumes, pode/deve adotar provas por meios atípicos, veja-se:

A regra é a admissibilidade das provas; e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante. Esse o princípio fundamental, que se reflete, por exemplo, na propensão dos modernos ordenamentos processuais para abandonar, na matéria, a técnica da enumeração taxativa e permitir que, além de documentos, depoimentos, perícias e outros meios tradicionais, em geral minuciosamente regulados em textos legais específicos, se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos. (MOREIRA, p. 03; 1996).

Em que pese a rica discussão acadêmica sobre o tema, é imprescindível lembrar que ter um meio atípico não significa ilegalidade, afinal, por uma sistemática moderna constitucional, algo para que não haja lei, nesses casos, não necessariamente é ilegal. Porém, é válido e eficaz se respeitar as premissas da Constituição Federal, dando concretude aos princípios-fundamentos da dignidade da pessoa humana, harmonizando-se com a efetividade da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º,

XXXV, CF).

A nova redação legislativa da LINDB (Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro), preocupando-se com a segurança jurídica, traz uma necessidade de fundamentação das decisões administrativas ou judiciais sobre as consequências do ato.

O Código de Processo Civil, já com uma redação moderna, influenciada pela sistemática constitucional (art. 1º, *caput*, CPC), no seu art. 489, §1º, II, aduz que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. Essa situação é plenamente aplicável ao processo penal, como também necessária para garantir o devido processo legal e dar concretude ao sistema acusatório.

Assim, entende-se que a mitigação ao princípio da tipicidade dos meios de prova no processo penal é válida, principalmente tendo em vista a evolução da forma que a criminalidade organizada vem fazendo para que seus crimes sejam cada vez mais ocultados. O direito sempre “chega atrasado” ao fato social e, no tocante ao processo, nem sempre os meios de prova usuais previstos no Código de Processo Penal (testemunha, documentos, perícia, acareação, cadeia de custódia entre outros) ou na legislação extravagante (Lei de Drogas, Lei das Organizações Criminosas, entre outras) terão eficácia para colher elementos de prova necessários para a persecução penal do(s) réu(s).

Sendo assim, para a análise da prova atípica, deve haver o exercício do contraditório, aplicação de procedimento de aquisição de prova por analogia, reserva judicial, a depender do caso para o seu deferimento, e a eficácia- necessidade no processo em comento. De tal feita, está vedado ao aplicador do direito afastar os procedimentos e as formas probatórias, legalmente consagradas, com base no princípio da não taxatividade, dado que, nestes termos, existiria fraude à lei. Ao invés, a atipicidade será princípio legítimo, respeitadas determinadas condições, para recorrer a meios de prova que não se encontrem, de todo, regulados pela lei, permitindo ao legislador que se utilizem, nomeadamente, meios de aquisição de prova que o progresso tecnológico desvende (MENDES, 2010). Na hipótese de não serem praticadas corretamente, podem diminuir a robustez de uma prova ou até mesmo inutilizá-la, a exemplo da quebra da cadeia de custódia. A correta execução desses procedimentos propicia maior efetividade ao trabalho.

Muito mais do que garantir a eficiência dos serviços públicos prestados à população, o Poder Judiciário, resultando na eficiência na aplicação do seu *jus puniendi*, garantindo a paz e a ordem social dá um passo a mais para a célere e efetiva prestação jurisdicional.

5. Da infiltração de agentes e a ação controlada

O art. 53 da Lei de Drogas aduz que o inciso I trata da infiltração dos agentes policiais, enquanto o inciso II aponta a chamada “ação controlada”, na qual o agente não realiza a prisão em flagrante no momento do cometimento do crime a fim de abarcar mais pessoas e mais condutas delituosas para a sua captura. A infiltração de agentes, consiste em uma medida por meio da qual um/uns agente(s) policial(is) adentra(m) no seio de uma organização criminosa ou grupo equiparado para buscar informações a respeito da prática delitiva, seja como um membro, seja como cliente. Essa medida visa posterior ação policial para pôr fim a atividade delituosa embasada com os elementos colhidos durante a infiltração.

Já a ação controlada é o meio em que há a retardação do dever policial de prender em flagrante quem está cometendo a infração, a fim de angariar mais pessoas e ter informação de mais condutas praticadas nesse contexto fático. A doutrina classifica esse tipo de ação como *flagrante diferido*, onde a sua voz de prisão e respectiva captura será postergada a outro momento. Em suma, os meios do art. 53 visam não apenas alcançar a “mula” ou o agente de baixo escalão no grupo criminoso, mas também seus líderes e grandes financiadores. Feitas essas observações genéricas sobre este meio extraordinário de investigação criminal, cumpre-nos tecer algumas considerações críticas a respeito da regulação desse tema junto ao ordenamento jurídico-penal brasileiro. Apesar de ambas estarem condicionadas à autorização judicial e ouvido o Ministério Público, por si só, não carregará o leque da legalidade/constitucionalidade.

Logo, o grande dilema consiste no fato de que as técnicas supracitadas, se não normatizadas e executadas de forma adequada, obedecendo-se aos postulados processuais e constitucionais, acabam por provocar perigo e eventual vulneração aos direitos e garantias dos investigados.

Primeiramente, o *caput* do art. 53 diz que os referidos meios podem ser aplicados em qualquer fase da persecução penal, então, podem ser aplicados tanto na investigação policial quanto no decorrer do processo. Em se tratando da fase pré-processual, tendo em vista que o inquérito tem por característica ser inquisitivo – mitigante do contraditório e sigiloso –, é imprescindível que haja um maior controle para que essa ação seja legítima.

Flávio Cardozo Pereira (2014) fala de uma “zona de equilíbrio” que visa selecionar uma solução aceitável para a eficiência da persecução penal com o respeito ao mandamento das garantias do investigado. Como não há uma regra absoluta para resolver tal problemática, recorre-se ao

princípio da proporcionalidade, que não está explícito na Constituição Federal, nem no Código de Processo Penal e nem na Lei de Drogas, mas tem respaldo doutrinário e jurisprudencial. Flávio Cardozo Pereira conceitua a proporcionalidade da esfera processual criminal:

A proporcionalidade no processo penal deverá ser encarada no sentido de que, diante da colisão de direitos igualmente tratados em sede constitucional, deverá buscar-se uma decisão de prevalência, considerada pelo peso dos princípios constitucionais, ponderando-se a adequação e a estrita necessidade da autorização excepcional de utilização de instrumentos ou medidas processuais que possam violar direitos e garantias fundamentais, na busca da manutenção da segurança coletiva. (PEREIRA, p. 17, 2008).

Convém destacar, ainda, por meio de uma interpretação histórica, que esses meios de provas são decorrência de uma neocriminalidade contemporânea, a qual os agentes delituosos estão se aperfeiçoando em suas técnicas, dificultando que apenas pelos meios “clássicos” de obtenção de prova seja possível a apuração, o processo, o julgamento e a condenação dessas pessoas.

A doutrina criminológica chama esses tipos penais de “crimes de plástico”. Rogério Sanches (2016) observa que essas são as condutas que antes eram indiferentes penais e hoje apresentam uma necessidade de tipificação; tanto pela conjuntura atual derivada de avanços sociais, tecnológicos quanto pelos novos costumes da população, gerando a expansão da delinquência organizada.

Diante desses crimes, emerge a necessidade de novos meios de prova mais eficientes para a busca do *ius puniendi* do Estado. A doutrina de Roxin chama este movimento de *terceira velocidade* do direito penal, tendo por características um direito penal e processual penal prospectivo, a relativização de garantias e um processo célere. A regra da reserva de jurisdição para a realização de determinados atos não necessariamente faz com que os direitos e garantias do réu estejam protegidos, devendo-se analisar caso a caso o contexto fático e o teor da decisão.

Por exemplo, seria imprescindível que a autoridade policial, após a autorização judicial e durante o período de infiltração dos agentes ou da ação controlada, relatar ao *parquet* o andamento das investigações, detalhando o que já se tem de diligências colhidas e documentadas, sem prejuízo de eventual controle judicial, evitando-se, assim, abusos na execução investigatória. Em que pese as críticas sobre o viés investigativo do Ministério Público, não encontra vícios um planejamento operacional estratégico no qual analisar-se-á a viabilidade-necessidade desses meios de prova, sem prejuízo de controle jurisdicional posterior.

Por falta de previsão legal, muitas vezes essas técnicas são aplicadas *prima ratio*, diferente, por exemplo, da lei de interceptação telefônica, que prevê sua utilização só e somente só quando não há outros meios possíveis para a referida obtenção probatória. Sendo assim, para balizar melhor

os mandamentos constitucionais de tais meios de prova, o juiz, ao analisar o andamento e as diligências trazidos pela autoridade policial, deve observar se outras formas já foram empregadas, se há a real necessidade delas serem impostas na investigação e, se positivo, autorizá-la por um tempo razoável para a sua duração, afinal, a referida norma também não traz um prazo específico.

Portanto, diante da situação acima exposta, não podemos dizer que o art. 53 da Lei 11.343/2006 é inconstitucional na sua integralidade, pois ele prevê a necessidade da autorização judicial para a aplicação da infiltração e da ação controlada e, argumentando por uma questão prática, esses meios são necessários para apurar e trazer elementos fáticos para a persecução penal, tendo-se em vista que a criminalidade organizada cada dia vem se especializando no seu refino, destruindo provas e ocultando sua empreitada, de forma que os meios tradicionais são difíceis de trazerem à tona as condutas criminosas. Contudo, também é importante ressaltar que a referida norma carece de maiores garantias aos investigados, devendo, nesse caso específico, o juiz, por meio de uma interpretação restritiva, reduzir o seu grau de aplicabilidade para os casos imprescindíveis, quando realmente demonstrados que não há uma outra forma de obtenção das provas (*ultima ratio*) bem como delimitar, com o seu juízo de razoabilidade, um prazo necessário para a duração das referidas ações investigatórias.

6. Considerações finais

O presente trabalho buscou demonstrar, primeiramente, um breve histórico da legislação de drogas no Brasil, com sua gradual evolução e distinção das penas entre usuário e traficante. Na atual legislação que rege a matéria, Lei 11.343/2006, a conduta de portar drogas para o consumo pessoal foi despenalizada, retirando a pena privativa de liberdade do preceito secundário do art. 28. Já as penas para quem exerce o tráfico de drogas e tipos análogos foram aumentadas, demonstrando a preocupação do legislador ordinário nesta espécie de crime.

No entanto, a Lei 11.343/2006 ainda é omissa no parâmetro de diferenciar quem é usuário de quem é traficante. Uma vez que essa lei não estabelece critérios quantitativos e objetivos, o agente terá sua conduta analisada, de certa maneira, pela subjetividade dos atores da persecução penal (autoridade policial, membro do Ministério Público e magistrado). Tal falta de critério legal pode levar usuários ao cárcere e traficantes a serem julgados como usuários, subvertendo o sistema prisional ao colocar naquele espaço quem na prática não deveria estar.

Por ser a Lei 11.343/2006 um microsistema jurídico, também neste trabalho vimos as

peculiaridades do inquérito policial previstas no diploma em estudo, especialmente no tocante à necessidade de um laudo provisório para detectar a materialidade da substância apreendida, material este que servirá de base para a prisão em flagrante e para o oferecimento da denúncia. A peça inquisitorial, diferentemente do que é previsto no Código de Processo Penal, tem prazos diferentes, sendo de 30 dias se o indiciado estiver preso, e de 90 dias se o indiciado estiver solto, nos termos do art. 51, *caput*, da Lei de Drogas.

Outra questão interessante abordada nesta pesquisa diz respeito ao procedimento judicial da referida lei. Enquanto no código de processo penal o interrogatório é o último ato da audiência de instrução e julgamento, verdadeiro instrumento de autodefesa do réu, na Lei 11.343/2006, o interrogatório é o primeiro ato a ser realizado na audiência, nos termos do art. 57, *caput*, do diploma legal. O Supremo Tribunal Federal, analisando a constitucionalidade da audiência tratada no Código de Processo Penal Militar, que também tem o interrogatório previsto como primeiro ato, declarou-o inconstitucional por violar o direito à ampla defesa. No entanto, apenas citou a Lei de Drogas, sem fazer um amplo juízo a respeito da sua validade; hoje, então, prevalece o entendimento de que o interrogatório como o primeiro ato da audiência na Lei de Drogas, por ora, é válido.

Passando por uma breve revisão bibliográfica, este estudo abordou os principais tópicos discutidos em sede doutrinária e jurisprudencial a respeito dos temas dos meios de provas, tanto os previstos no Código de Processo Penal quanto nas leis extravagantes. Viu-se, então, que a prova está intrinsecamente ligada ao meio em que é produzida, por isso que o ordenamento jurídico pátrio, calcado no que o art. 5º, LVI, CF aduz em relação à vedação, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

Enquanto os meios de prova previstos no Código de Processo Penal, como a prova documental, a testemunhal, a pericial, o reconhecimento de pessoas e coisas, o interrogatório, a confissão e a busca e apreensão possuem um caráter mais generalista, o legislador ordinário também previu nas leis extravagantes outros meios de prova para o processo penal como: a interceptação telefônica, a colaboração premiada e, no caso do objeto de estudo deste trabalho, a infiltração de agentes policiais e a ação retardada/controlada visando a postergação de sua atuação.

A mitigação do princípio da tipicidade dos meios de prova no processo penal, apesar dos embates doutrinários, é válida, desde que observados alguns parâmetros como o do respeito ao princípio da legalidade no sentido amplo, que possa dessa ação atípica ser possível exercer o contraditório e a ampla defesa desta prova obtida. Além disso, esse meio atípico deve respeitar as balizas morais, sociais e dos bons costumes.

Ao analisar o art. 53 da Lei de Drogas, vimos que o legislador previu a infiltração de agentes e a ação controlada como meios de prova para apurar atos relacionados ao tráfico de entorpecentes. Para ambos casos, é necessária a autorização judicial, devendo a autoridade policial, no inquérito, ou o membro do ministério público, que venha eventualmente a realizar investigação, requerer ao juiz essa autorização.

Em se tratando da preocupação do legislador constituinte originário com a questão do tráfico de drogas, inclusive com mandamento de criminalização da conduta equiparando-a com crime hediondo, houve também previsão à respeito da licitude dos meios de prova e o rol dos direitos fundamentais, os quais até podem ser restringidos ordinariamente, mas com a devida cautela e justificativa.

O legislador ordinário, por sua vez, apenas citou os referidos meios de prova na Lei de Drogas e não explanou o momento em que poderiam ser realizados, nem a maneira de aplicá-los. Pela complexidade que é esse tipo de realização, deve haver uma regulamentação, aos moldes do que vem a ter, por exemplo, a Lei de Interceptação Telefônica, Lei 9.296/96, que expressamente traz consigo a característica de meio de prova subsidiária e todo o procedimento a ser realizado.

A previsão de autorização judicial, por si só, não dá ao art. 53 da lei de tóxicos a sua constitucionalidade e, diante disso, o magistrado tem o dever de zelar pela legalidade e constitucionalidade dos atos. Pela forma em que está, a redação do texto legal não carrega consigo uma melhor definição para que se realize uma infiltração de agentes policiais ou ação retardada; seria necessário, por parte do legislador, essa regulamentação, sob pena de haver decisões contraditórias, umas autorizando e outras negando pedidos que tenham um contexto fático semelhante, ferindo, assim, a segurança jurídica.

Em relação à análise de constitucionalidade propriamente dita, não é razoável declarar de pronto a inconstitucionalidade do art. 53, afinal, a atividade criminosa do tráfico de drogas é complexa e costuma se especializar ainda mais com adventos tecnológicos. Logo, meios de prova “tradicionais” previstos no código de processo penal, muitas vezes são insuficientes para que haja uma efetiva investigação e eventual condenação aos réus que de fato se envolvem nos atos de traficância de entorpecentes.

Por meio de métodos interpretativos amplamente utilizados na análise de constitucionalidade, como a apreciação conforme e o princípio da proporcionalidade, é possível que seja feito um exame da constitucionalidade do dispositivo em questão sem retirá-lo do ordenamento jurídico. Ao utilizar tais métodos, tanto no controle concentrado quanto no controle difuso, conjuga-

se a ponderação da atividade legislativa com a atividade judicial, para que se tenha um “aproveitamento” da norma e a sua devida concretude e validade com a Constituição Federal.

Tomando por base os métodos acima mencionados, e ainda com uma analogia à lei de interceptações telefônicas e à lei das organizações criminosas - que tiveram uma regulamentação pelo legislador sobre os meios de prova no tocante ao momento e como utilizá-las –, podemos dar uma interpretação conforme a constituição para declarar o art. 53 da Lei de Drogas como constitucional, desde que observados alguns parâmetros, sendo eles: a autoridade policial ou membro do ministério público, ao pedir autorização judicial para a infiltração ou ação controlada, deve demonstrar os indícios de autoria e materialidade delitiva, indícios, por sua vez, oriundos de outros meios de prova que, razoavelmente, demonstrem que há a prática de tráfico de drogas por alguns agentes investigados. Outro parâmetro a ser levado em conta é o da subsidiariedade desses meios de prova, devendo ser empregados apenas quando for necessário para que haja a efetividade da investigação. Importante considerar que no momento do pedido ao juiz, deve-se demonstrar que foram infrutíferas outras formas de prova para a colheita de elementos para o inquérito policial, sendo assim, imprescindível a realização dessa modalidade investigativa.

Os agentes policiais que participarem da investigação como infiltrados, ou retardando a atuação, devem receber algumas proteções legais, aos moldes da lei de organização criminosa: recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada; ter os benefícios dados a lei de proteção às testemunhas; e ter sua identidade preservada.

Dessa feita e diante do que se debateu aqui, neste trabalho entendemos, portanto, que o legislador foi omissivo em não regulamentar de forma devida o art. 53 da Lei 11.343/2006, deixando padecer de constitucionalidade um dispositivo legal importante ao combate à criminalidade organizada, fazendo com que haja questionamentos em sede doutrinária e jurisprudencial a respeito deste meio de obtenção de prova. Logo, faz-se necessário que a hermenêutica jurídica traga balizamentos para a sua utilização, dando à investigação policial, e ao posterior processo penal, uma efetiva concretude a ambos polos da relação, sem esquecer dos direitos fundamentais dos acusados.

Referências

AMARAL, Ostermack. **Provas. Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

ANVISA (Brasil). **Portaria N° 344**, de 12 de maio de 1988. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em:

https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html Acesso em: 20 jul 2019.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUALAND, Dieter Mayrhofer; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. *A obsessão pela verdade e algumas de suas consequências para o processo penal*. Porto Alegre: Notadez, 2006.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan 2020

BRASIL. **Decreto n° 22.213 de 14 de dezembro de 1932. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em:**

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm Acesso em: 16 jun 2019.