



CLAUDIO CESAR VITORIO PORTELA

Tema: A CRIMINALIZAÇÃO DA DEFESA DIANTE DO ARTIGO 37 DA LEI DE DROGAS

Brasília – DF
SETEMBRO DE 2016

CLAUDIO CESAR VITORIO PORTELA

Tema: A CRIMINALIZAÇÃO DA DEFESA DIANTE DO ARTIGO 37 DA LEI DE DROGAS

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Brasília – DF
SETEMBRO DE 2016

CLAUDIO CESAR VITORIO PORTELA

Tema: A CRIMINALIZAÇÃO DA DEFESA DIANTE DO ARTIGO 37 DA LEI DE DROGAS

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

BANCA EXAMINADORA

Professor(a) Dr(a). Bruno André Ribeiro

Professor(a) Dr(a). Luiz Bivar

Professor(a) Dr(a). Janete Ricken Lopes de Barros (Representante do CEPES)

Brasília – DF
SETEMBRO DE 2016

Agradeço a DEUS todo poderoso por ter me dado vida através de JESUS CRISTO, que num ato de amor incondicional me remiu com seu sangue na cruz, e antes de ser assunto ao céu deixou-me o consolador ESPIRITO SANTO que tem me dado paz e tranquilidade nas horas difíceis. Aos meus pais, vovó Oracina pelos ensinamentos e fé, aos irmãos e demais familiares, aos irmãos da igreja (ICE SHALAON) pelas orações, a minha amada e eterna esposa pela paz carinho amor e compreensão nos meus momentos “*loucos*”, ao meu incentivador e filho CALEBE a minha princesa MEL que veio adoçar ainda mais nossas vidas e deixar o “rimão” dela louco para dar beijinhos, aos advogados do escritório PORTELA E SILVA ADVOGADOS, ao titio Moises que tem me proporcionado o prazer dos estudos e pesquisas, ao grande Mestre Dr. BRUNO ANDRÉ RIBEIRO juiz do TJDFT pela orientação satisfatória a este pequeno aluno, ao movimento HIP HOP. Favela também é sociedade.

RESUMO

O presente trabalho busca de forma coerente dá o real sentido do que *quis* o legislador afirmar no artigo 37 da Lei 11.343/06, em síntese mostraremos que tal artigo vem sendo interpretado de forma equivocada, fazendo com que *causídicos* sejam indiciados e processados por conduta totalmente atípica, as interpretações equivocadas tem criminalizado o papel do advogado e feito com que muitos causídicos não exerçam seus *mister* com dignidade, decoro e independência, mas neste trabalho de forma clara discorreremos sobre o verdadeiro espírito do artigo 37 da Lei 11.343/06.

Palavras Chaves: Tráfico de drogas, Lei 11.343/06, colaboração ao tráfico, advogado colaborador, ética, Estatuto da OAB, conduta atípica, incidir nos exatos termos dos artigos 33, caput, 1º e 34 da Lei 11.343/06.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| Introdução..... | 07 |
| 1. Do Tipo, Sua Incidência e consumação..... | 18 |
| 1.1. Do preenchimento do Tipo..... | 20 |
| 1.2. Da importância do chamado – soldado de reserva..... | 22 |
| 1.3. Encaixe do tipo descrito..... | 23 |
| 1.4. Do perdimento dos bens..... | 28 |
| 2. Jurisprudências e doutrinas..... | 33 |
| 3. Das perdas implícitas por apenas responder ao processo penal..... | 34 |
| 4. Objetivos gerais e específicos..... | 35 |
| Conclusão..... | 48 |
| Referencias bibliográficas..... | 50 |

INTRODUÇÃO

A Lei 11343/06¹ é o conjunto de normas do ordenamento jurídico brasileiro que conforme o artigo 1º instituiu 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 bem como define os crimes nela tipificados.

A Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006, representa um avanço no direito das pessoas ao explicitar os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta no combate ao tráfico, esta lei avançou e claramente trata o usuário como “doente” ao contrário da antiga Lei 6863/76², que reprimia o usuário e o fazia criminoso, certo que estas novas diretrizes a nosso sentir já estavam previstos na Carta Magna de 1988³. Podemos afirmar que a Lei 11.343/06 é superior legislativamente por diferenciar traficantes contumazes de pessoas “obrigadas” a qualquer forma a traficar ou incidir em alguma conduta proibida em seu texto.

O Parágrafo 4º do artigo 33 ensina que:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

No escopo da revogada Lei 6368/76 não havia tal previsão, ou seja, os condenados pelo crime de tráfico eram equiparados no momento da dosimetria da pena, fosse ele o “dono” do laboratório, fosse ele o embalador, não havia diferença entre o grande traficante e o morador de rua que também traficava.

Hoje a realidade é outra, realidade que se deve a política de justiça criminal⁴, que reconhece em prol deste “marinheiro de primeira viagem” primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa o que a

¹Institui 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.

²Art. 16. ~~Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias multa.~~

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

⁴O respeito aos direitos humanos requer a construção de um sistema de justiça criminal justo e eficaz, capaz de controlar a criminalidade dentro dos limites colocados pelo Estado de Direito. O UNODC apoia governos no desenvolvimento de estratégias para a reforma de todos os aspectos do sistema de justiça criminal, com especial ênfase à assistência aos grupos mais vulneráveis, especialmente mulheres, jovens e crianças.

doutrina quis chamar de tráfico *privilegiado*⁵, e não é faculdade do magistrado aplicar tal benefício, é direito do acusado que passará a ser condenado com o benefício do § 4º do artigo 33 da lei 11.343/06.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal - STF, tendo por vistas o texto da nova Lei, declarou que o tráfico privilegiado não é equiparado ao crime hediondo.

A lei trás juridicamente a cidadania e a atenção universalizada a todos, tanto ao traficante, na intenção de sua ressocialização, quanto ao usuário de drogas, representando um aprimoramento jurídico a respeito da regulamentação do processo por atos que envolvam tráfico (artigo 33), associação (artigo 35), colaboração (artigo 37) e uso de drogas ilícitas (artigo 28).

Inicialmente houve uma discursão a respeito da constitucionalidade sobre conceder liberdade provisória ao acusado de tráfico de drogas, mas em pouco tempo foi decidido que cabe liberdade antes de sentença condenatória.

Em nossa monografia⁶ “O embate entre as normas e a realidade do adolescente em conflito com a lei e a garantia da dignidade da pessoa humana dos mesmos como fator para sua sociabilidade” concluímos que existem no mínimo três fatos que contribuem para a delinquência juvenil: a) a liberação e consumo de drogas “lícitas” b) construções de presídios e c) compras de novos armamentos.

Naquele momento dissemos que o problema da delinquência não estava somente nas drogas ilícitas, mas de forma clara nas drogas lícitas, fato que a Lei 11.343/06 não abarcou. O que de tudo não foi esquecido, pois em 2015, com a revogação do artigo 63, I⁷ da Lei das Contravenções Penais - LCP e mudança do artigo 243⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA a lei passou a tecer com rigor este assunto.

⁵Tráfico privilegiado é aquele que pode ser aplicado os benefícios do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. Recentemente o STF decidiu que este tipo de conduta não será mais equiparado ao crime hediondo.

⁶PORTELA, Claudio Cesar Vitorio, Monografia: O embate entre as normas e a realidade do adolescente em conflito com a lei e a garantia da dignidade da pessoa humana dos mesmos como fator para sua sociabilidade. Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na pós-graduação de Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP. http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1594/Monografia_Claudio%20Cesar%20Vitorio%20Portela.pdf?sequence=1

⁷Art. 63. Servir bebidas alcoólicas:

~~I – a menor de dezoito anos;~~ (Revogado pela Lei nº 13.106, de 2015)

⁸Art. 1º O art. 243 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 243. Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.” (NR)

Na verdade, a nova Lei Antidrogas declina que a repressão tal qual no sistema que era aplicado – Lei 6368/76 - não recuperava e criava ainda um grande amontoado de presos sem critério algum. Assim, o morador de rua que traficava passaria de sua personalidade já deformada para a deformada pelos procedimentos inconsistentes e ausentes de propostas recuperativas dos presídios, que não raras vezes, revoltava e aguçava a tendência para o crime e para o desrespeito aos direitos garantidos pela Carta Magna e acima de tudo aos princípios, tal como a dignidade da pessoa humana.

O professor Roberto Lyra, ensina que: “A verdadeira prevenção da criminalidade é a justa e efetiva distribuição do trabalho, da cultura, da saúde, é a participação de todos nos benefícios da sociedade, é a justiça social”.⁹

O que a lei fez, diga-se em seu texto, (a doutrina *e a jurisprudência dia a dia*) foi não etiquetar o agente que incide nos tipos proibidos apenas pela condição social. E este caminho foi importante, pois evitou o direcionamento dos processos de criminalização no rumo dos pobres (STF, *Habeas Corpus* n. 111840, no dia 27-junho-2012)¹⁰, e reconheceu que, para

⁹ Comentários Jurídicos e Sociais, 8ª Edição – Coordenador Munir Cury – pág. 379.

¹⁰ No julgamento do plenário da Excelsa SUPREMA CORTE, na ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 111840, no dia 27-junho-2012, declarou-se incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07, o qual prevê que a pena por crime de tráfico será cumprida, inicialmente, em regime fechado. Esta decisão, conforme a teoria da transcendência dos motivos determinantes, em razão de versar sobre direitos individuais e da liberdade do cidadão, embora proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, apresenta eficácia que transcende o caso concreto, não devendo se limitar às partes da decisão, mas expandindo-se os seus efeitos para gerar efeito *erga omnes*. No caso de condenação pela incidência dos artigos da lei 11343/06, esse novo panorama processual externado e pacificado pela Corte Suprema acarretará interferência no regime de cumprimento da pena possivelmente fixado ao condenado. Diante desse novo panorama, o juiz deverá avaliar se o acusado preenche ou não os requisitos para ter sua pena privativa de liberdade convertida em uma pena alternativa. O artigo 44 do Código Penal estabelece os requisitos legais e permite a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando: a) a pena corporal não for superior a 4 (quatro) anos; b) o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; c) o réu não for reincidente em crime doloso e d) as circunstâncias judiciais relacionadas no artigo 59 indicarem que a substituição seja suficiente para cumprir as funções da pena. Destarte, tais elementos indicam que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mostra-se um direito dos acusados condenados por tráfico ou associação ao tráfico, cumprindo é lógico os requisitos acima. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 1 - ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE USO. INADMISSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÕES MANTIDAS. Estando devidamente comprovadas a materialidade e autoria do crime de tráfico de drogas, impõe-se a confirmação da sentença condenatória, desprovendo os pleitos absolutório ou desclassificatório. 2 - RESTITUIÇÃO DE VALOR APREENDIDO. Não demonstrada a origem lícita do dinheiro apreendido, impossível proceder sua restituição. 3 - PENAS ADEQUADAS. SUBSTITUIÇÕES. MANUTENÇÃO. Sem reparos as penas corretamente estabelecidas no mínimo do tipo, aplicada a causa de diminuição no patamar máximo, devidamente substituídas por duas restritivas de direitos, tendo em vista que a Resolução nº 5/2012 do Senado Federal permite tal substituição aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos (CP, art. 44). 4 - ALTERAÇÃO, DE OFÍCIO, DO REGIME FECHADO PARA O ABERTO. Com base no recente julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Habeas Corpus nº 111840, no qual foi declarada a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, altera-se, de ofício, o regime de cumprimento das penas, passando-o para o aberto. 5 - CORRUPÇÃO ATIVA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. Sem prova plena de que o acusado, efetivamente, ofereceu dinheiro para os policiais militares para não ser preso, a manutenção do decreto

determinadas pessoas, as condições reais de um mínimo existencial se apresentam tão adversas e insuperáveis pelos meios considerados legais e legítimos que acabam impulsionados, especialmente, tratando-se de jovens a prática de atos antissociais, que em muitos casos, como diuturnamente visto, bárbaros e repugnantes aos olhos do mais sagaz dos homens.

A lei tipificou dezoito condutas como tráfico, percorrendo uma delas o sujeito pode ser condenado pelo crime de tráfico.

Em seu artigo 35 a lei declina como se pode associar e concorrer para o crime do artigo 33.

Já em seu artigo 37, a lei ensina que:

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

E este é o ponto central do nosso trabalho, uma vez que, dentro da conduta profissional de *causídico*, há interpretações equivocadas que imputam ao advogado tal conduta, o que não concordamos com base na Carta Magna, no Código de ética da OAB e principalmente pela leitura fria do artigo 37 da Lei 11.343/06.

Infelizmente há autoridades públicas confundindo – de má-fé – a nobre função da defesa com a proibida conduta de transgressor da lei, estão de forma desassociada da lei imputando aos *causídicos* a conduta do artigo 37 da Lei 11.343/06 por cristalino revanchismo institucional.

Pode o advogado ser processado ou condenado por ter informado seu representado a respeito de investigações criminais ou sobre mandados de prisão ou até mesmo sobre prisões em flagrante?

Antes da resposta, é preciso entender que este crime tem como ação nuclear a conduta **colaborar**, no sentido de contribuir, cooperar eficazmente para a difusão e o incentivo ao tráfico de drogas com grupo, organização ou associação, na qualidade de informante.

absolutório é medida retumbante. 6 - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS, PORÉM, DE OFÍCIO, ALTERADO O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO. E digo mais, Tendo em vista a Resolução N. 5, de 15 de fevereiro de 2012, do Senado Federal, que suspende, nos termos do art. 52, inc. X, da CF, a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 97.256/RS, há que se reconhecer que o condenado que preenche os requisitos acima faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Percebam que – na qualidade de informante – é algo certo e doloso, ou seja, com nítida intenção de fomentar as práticas dos artigos 33, caput e 1º, 34 da Lei 11.343/06.

Inclui-se na descrição legal, por exemplo, o “olheiro”, bem como qualquer outro que atue como informante cooperando para a manutenção da estrutura do grupo, organização ou associação para o tráfico. Será que tal tipificação se assemelha a conduta de advogado que age dentro da legalidade, da ética e do Estatuto da OAB?

Necessário entender que o advogado que age dentro da ética e do estatuto da OAB não recebe propina de meliantes, não defende o ato do infrator e sim o infrator, ou seja, o advogado não concorda com os atos criminosos, mas da mesma forma não corrobora com julgamentos desconexos da lei, não faz parte da associação criminosa e não concorre de qualquer maneira para os crimes da Lei Antidrogas.

Conforme a Lei 11.343/06 em seu artigo 37 o crime se consuma no momento em que o criminoso recebe notícia capaz de cooperar com a difusão e o incentivo ao tráfico ou para os tipos do artigo 34. Ressalte-se que a conduta tipificada no artigo 37 da Lei de Drogas exige o dolo de colaborar com o grupo, organização e associação na prática criminosa. É fundamental que a informação tenha algum relevo para facilitar a prática dos crimes previstos no artigo 33 (tráfico de drogas) e no artigo 34 (tráfico de maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer outro objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas).

Assim, ademais, o advogado é o defensor nato da própria Constituição Federal, cujos princípios não o permitem transigir diante dos Direitos Fundamentais Democráticos, em especial da Dignidade Humana e do bem estar social, com trabalho social incansável e perpétuo. Sem embargos, esse “dever-ser” decorre da ambiência criada pela normatividade sob comento que, nas lições emblemáticas de Friedrich Müller¹¹ extraídas pelo professor Marcelo Neves¹², que é capaz de influenciar a realidade social e, ao mesmo tempo, é, de certo modo, influenciada e estruturada sob o aspecto da realidade criada. Ou seja, nesse processo contínuo e participativo, o advogado renova suas ideias e forças para manter viva a chama da democracia. Logo, se defendemos de forma intransigente tais ditames constitucionais, como fartamente ciente está a advocacia, é inadmissível a ausência ou omissão do advogado¹³ – aquele que ostenta essa prerrogativa profissional e assim um dia jurou - quanto à sua

¹¹MULLER, Friedrich, Jurista alemão que leciona Direito Constitucional, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Heidelberg. Desenvolve pesquisas em teoria e linguagem do Direito. Além disso, publica poemas sob o pseudônimo de *Fedja Müller*.

¹²NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3a. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

¹³Artigo 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestação no exercício da profissão, nos limites da lei.

participação, seja através de manifestações ou tomadas de providências, quando situado diante das questões que afetam o campo de interesse de seu representado.

Nestes termos cientes do papel que lhe foi dado o advogado não pode de maneira alguma se constrangido com esta norma do artigo 37 da Lei antidrogas, caso contrário, estaríamos amarrando as mãos dos advogados e calando seu falar, fazendo-o prestar parcialmente seus serviços o que de maneira indubitável feriria o Estatuto da Ordem dos Advogados bem como a Constituição Federal que afirma ser o advogado essencial para a justiça.

Novamente indaga-se: Pode o advogado ser processado ou condenado por ter informado seu representado a respeito de investigações criminais ou sobre mandados de prisão ou até mesmo sobre prisões em flagrante? Entendemos com base no próprio artigo 37 da Lei 11.343/06 que não!

De outra forma, a quem mais interessa uma prisão em flagrante?

O estado policial pretende prender a qualquer preço e depois mostrar as provas. Quem melhor que o advogado para analisar a conduta e informar o melhor momento para que o acusado ou investigado apresente-se a autoridade judiciária?

Retirar esta análise do advogado é um retrocesso, pois com este artigo sendo interpretado em desfavor do advogado os *causídicos* irão com toda certeza se omitirem sobre ordem de constrição de liberdade, prestando parcialmente seus serviços e os clientes irão sempre rotulá-los como não confiáveis e até mesmo como informantes da polícia. É o que tem acontecido, lamentavelmente.

Ora, o código de ética e disciplina da OAB determina que o exercício da advocacia exige conduta compatível com a do Estatuto, do Regulamento Geral e dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

Assim verificando que o advogado não integra a organização criminosa e que este é indispensável à administração da Justiça, igualmente defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce não pode ser considerado que no desempenho de seu labor tenha incorrido na proibição legal do artigo 37 da Lei 11.343/06.

Não pode o advogado sentir-se amedrontado pelo artigo 37 da Lei 11.343/06, pois, dentro do seu contrato de prestação de serviços advocatícios deve preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade, mesmo que para isto tenha que comunicar ao representado sobre

investigação, mandado de prisão preventiva ou definitiva, bem como iminente prisão em flagrante.

É que por culpa da má interpretação ou revanchismos institucionais tem crescido no meio da advocacia um temor desmedido advindo das autoridades participantes do processo penal, onde estes entendem que, a comunicação aos investigados ou condenados faz com que o advogado incorra nos termos do artigo 37 da Lei 11.343/06, devido a estas interpretações os advogados não estão atuando com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé aos seus juramentos e principalmente aos seus representados.

Além do que não avisar ou comunicar o representado sobre possível investigação ou mandado de prisão pode afundar no meio da sociedade a reputação pessoal e profissional do advogado que ficará rotulado como “delator” dos policiais.

Sobre este temor de figurar como incurso no artigo 37 da Lei 11.343/06 o advogado mesmo com o risco que pode lhe causar uma denúncia ou até mesmo uma condenação (*artigo 91 a 93 do CP*) não pode de maneira alguma esquecer o que indica o código de ética da OAB em seu artigo 21 “É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado”.

Veja que o próprio código não nos permite como advogado opinar sobre a culpa do acusado. Então como pode os órgãos policiais ou mesmo o Ministério Público imputar aos advogados conduta capitulada no artigo 37 da Lei Antidrogas?

Acreditamos que dentro da relação profissional – *cliente – advogado – cliente* -, que não há como imputar aos advogados conduta do artigo 37 da Lei de drogas. O parágrafo 3º do artigo 21 do código de ética da OAB ensina que “No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei”.

Ora como advogar sabendo ou temendo que por seus atos legais pode ser punido pelo tipo proibido do artigo 37 da Lei 11.343/06?

O § 1º do estatuto da OAB declara que o advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

Como manter esta independência se ao final do dia o advogado por interpretação errônea e equivocada pode figurar no rol de uma ocorrência policial por suposto descumprimento do tipo do artigo 37 da Lei Antidrogas?

Nosso pensamento é que o advogado deve ser urbano e cortes com todos, leal aos seus clientes, não tendo nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade no exercício da profissão.

Defendemos que qualquer informação que seja diferente, ou seja, que não tenha condições concretas de fomentar as condutas dos artigos 33, caput e § 1º e 34 da Lei antidrogas não pode ser adequada no tipo do artigo 37 da Lei Antidrogas. Mas também defendemos que caso ocorra indiciamento ou denúncia a advogado pelo tipo do artigo 37 da Lei 11.343/06 que este percorra, ou seja, defenda-se, de todo o processo de forma diligente e eficaz demonstrando a ausência de dolo e justa causa para a ação penal.

Verificando ainda que este advogado, inocente e fora dos requisitos que são necessários para o preenchimento do tipo, pode, mesmo temporariamente, perder seus bens/valores na forma do artigo 60 e seguintes da Lei 11.343/06 ou na forma da Lei 12.683/12.

Quando declaramos um certo temor em advogar sob tal ameaça, muitos podem achar que é exagero, fascismo ou hipocrisia, mas os advogados dedicados a defesa na ação penal, rotulados como advogados *criminalistas* sabem que a polícia em muitos casos decide quem irá ser preso ou não.

Confirma Lemgruber¹⁴ que:

A primeira tipificação do fato delituoso, feita pela polícia, influencia decisivamente o curso do processo, determinando desde a escolha entre registrar, ou não, a ocorrência, indiciar ou não o suspeito, até a forma de conduzir o interrogatório e montar os autos que serão enviados ao Promotor.

À mesma conclusão chegou Alba Zaluar¹⁵, ao analisar a relação entre droga e corrupção:

Devido às nossas tradições inquisitoriais, a criminalização de certas substâncias, como a maconha e a cocaína, conferiu à polícia um enorme poder. São os policiais que decidem quem irá ou não irá ser processado por mero uso ou por tráfico, porque são eles que apresentam as provas e iniciam o processo.

Assim caso algum policial erroneamente faça o indiciamento de advogado pelo tipo do artigo 37 da Lei 11.343/06 e caso a denúncia seja recebida que se maneje nos termos dos artigos 647¹⁶ e 648¹⁷ e seguintes do Código do Processo Penal, bem como 5º, inciso LXVIII¹⁸,

¹⁴LEMGRUBER, Julita ,O (des) controle da polícia no Brasil. Controle externo da polícia: o caso brasileiro. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE O CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA,1, 2002, Rio de Janeiro. Anais... Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, 2002. p. 7.

¹⁵ ZALUAR, Alba. Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 33.

¹⁶Art. 647. Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

¹⁷Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

¹⁸Artigo 5º, LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

da Constituição Federal Habeas Corpus no tribunal para trancamento da famigerada ação penal.

A denúncia deve necessariamente apresentar-se lastreada em elementos que evidenciem a viabilidade da acusação, sem o que se configura abuso de poder de denunciar, coarctável por meio de habeas corpus. (RSTJ 29/113).¹⁹ A fundamentação da inexistência de justa causa não se presta à concessão do remédio heroico a não ser quando nem mesmo em tese o fato constitui crime, ou então, quando se verificar *prima facie*, que não se configura o envolvimento do acusado no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação de provas capazes de se produzirem somente no decorrer da instrução criminal”. (STJ-RT 668/334)²⁰.

Atente-se por tudo já explanado, que sendo o processo penal o que de mais importante se tem no ordenamento jurídico, isto por tratar-se de *liberdade e perda de direitos políticos*²¹ além do estigma de condenado e da implícita perda da dignidade humana no curso do cumprimento da pena, pois não há como preservar a dignidade cumprindo pena em cela com 50 pessoas quando a mesma foi programada para 10.

Por isso não se deve de maneira alguma descurar-se de analisar ponto a ponto cada conduta, não se pode fazer tábula rasa da interpretação literal dos textos, as autoridades públicas, seja do executivo ou judiciário não podem, agir com imprudência no momento do indiciamento, denúncia ou julgamento, pois, caso contrário, estariam por motivo não esclarecidos dando vazão a vinganças privadas ou até mesmo fazendo crescer nos inocentes sentimentos capazes de minar a esperança na justiça e no próximo.

A inveja, opiniões contrárias ou antipatia não podem nunca serem motivos para instauração de ação penal ou qualquer procedimento que prejudique o advogado no seu mister.

Tais condutas devem ser evitadas, o instituto da suspeição e impedimentos (artigos 96 a 112 do Código Penal) devem ser invocados neste caso, pois, caso o acusado inocente ao final do processo ou da investigação, pode a nosso ver, comunicar a má-fé dos envolvidos pela imputação nos termos do artigo 339 do Código Penal, uma vez que, os executores da

¹⁹<https://ww2.stj.jus.br/web/revista/eletronica/publicacao/?aplicacao=revista.eletronica> – acessado em 15/03/2016 às 17h12min.

²⁰ www.stj.jus.br/revista/eletronica - acessado em 16/03/2016 às 10h

²¹ Código Penal, artigo 92

São também efeitos da condenação:

I- a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

- a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
- b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

investigação com suas interpretação equivocada sem dúvidas alguma incidiram no crime de denúncia caluniosa²².

Percebam que não é exagero, pois, o dolo na Denúncia Caluniosa é a vontade inequívoca de instigar ou provocar investigação policial e conseqüente processo judicial em desfavor do denunciado. O comunicante seja civil ou funcionário público, leva ao conhecimento da autoridade policial, ou a própria autoridade policial ou agente de policia, mediante o *delatio criminis*, relata o fato em termo próprio, sabendo-o falso ou equivocado, provocando investigação sobre uma pessoa, que em nosso estudo seria o advogado, que não se encaixa na definição legal do artigo 37 da Lei 11.343/06.

Ninguém ousa discordar que a Denúncia Caluniosa completa-se quando for provada a inocência de tal pessoa seja por uma decisão judicial inocentando-a, ou arquivamento de inquérito policial.

Então não será por demais que este advogado possa fazer frente ao artigo 339 do CP, pois em um julgamento justo e equilibrado, de acordo com a Lei nunca será condenado, pois, somente incidirá no tipo do artigo 37 da Lei 11.343/06 quando sua informação for precedida de dolo e tais informações possa comprovadamente colaborar para as práticas dos artigos 33, caput, §1º e 34 da Lei 11.343/06.

Ainda sobre o dolo de prejudicar quem sabe ser inocente a autoridade policial pode incorrer no crime de abuso de autoridade²³, frisando que a Lei 4898/1965 prevê apenas condutas dolosas, e neste caso é correto afirmar que o indiciamento de advogado que não tenha colaborado para a prática dos artigos 33, caput, §1º e 34 da Lei 11.343/06 é conduta dolosa, não podendo se imaginar que tenha sido culposa, pois a Lei é clara e nestas condições o advogado não se encaixa no tipo.

Mas, lamentavelmente navegamos em um mar pouco explorado, ou um continente pouco explorado. E não é por falta de capitães²⁴ ou Cabrais. A doutrina caminha bem quando

²²Denúncia Caluniosa

Art. 339 - Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 10.028, de 2000)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.

§ 2º - A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

²³Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

a) à liberdade de locomoção;

²⁴ O autor refere-se a capitães no sentido de que há muitos doutrinadores qualificados para escrever sobre o tema, como também há muitos Magistrados capazes de esclarecer e sanar muitas dúvidas sobre este assunto.

o tema é a Lei 11.343/06, destrincham-na, as opiniões são diversas em especial quando o assunto é relacionado aos artigos 28, 33 e 35 da referida Lei.

Já quando é avistado o artigo 37 o tema começa a ficar simples, não há exploração temática ou pesquisas jurisprudências relevantes, os exemplos são repetidos ou são citações de um autor ao outro.

Observamos, contudo, que quando se aprofundam no tema este aprofundamento é tratado apenas para os colaboradores de carteirinha, ou seja, os famigerados “*fogueteiros e olheiros*”, não há na doutrina preocupação de ensinar sobre demais agentes ativos, públicos ou não sobre a possível incidência no tipo legal.

Notamos que todas as doutrinas diferenciam as características do que a lei quis dizer com grupo, organização e associação, com exceção do NUCCI²⁵ que ensina que grupo, organização e associação no sentido da lei são palavras iguais, ou seja, de mesmo significado.

Da pouca caneta também verificamos que os autores concordam que é possível incidir nos termos do artigo 37 da Lei 11.343/06 quando a colaboração é para um único traficante.

Por fim há concordância de que não há concurso entre os crimes de associação ao tráfico e colaboração para o tráfico, sendo neste caso, apontado que a solução será a condenação pelo crime do artigo 35 (associação ao tráfico).

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 276.

1. DO TIPO, SUA INCIDÊNCIA E CONSUMAÇÃO.

Para a maioria dos crimes não se faz necessário o uso de informantes ou colaboradores, uma vez que, em muitos deles as vítimas sentem-se obrigadas a denunciar o transgressor, *v.g. Roubos, estupro, homicídios e etc.*

Para o crime de tráfico de drogas onde a base é normalmente um comprador e um vendedor, não é crível imaginar que um deles vá denunciar o outro, pois não há nenhum incentivo para a autodenúncia, pelo contrário, ambos desejam que o crime siga sem problemas, pois envolve grandes quantias em dinheiro, além do que a pena em abstrato é bastante considerável, o regime de cumprimento poderá ser o fechado, nos termos do artigo 33 do Código penal²⁶.

O texto do artigo 37 da Lei Antidrogas ensina que incidirá no tipo o sujeito que:

Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Por ser um crime comum, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, ou seja, qualquer um pode praticá-lo. No polo passivo, na posição de ofendido, temos a incolumidade pública.

A ação nuclear é *colaborar*, no sentido de contribuir, cooperar **eficazmente** para a difusão e o incentivo ao tráfico de drogas com grupo, organização ou associação, na qualidade

²⁶Reclusão e detenção

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

de *informante*, como, rotineiramente, é possível verificar pessoas servindo de “olheiros” “vigias” ou mesmo autoridades ou servidores públicos servindo de pombos-correios para o crime organizado, bem como qualquer outro que atue como informante cooperando para a manutenção da estrutura do grupo, organização ou associação, podendo sem dúvidas incluir o advogado, que possa “labutar” fora da lei como leva e traz dos grupos organizados, exclusivamente para as práticas dos tipos descritos nos artigos 33, caput, 1º e 34 da Lei 11.343/06, frisando que se a informação não fomentar esta prática não se encaixa nos termos da do artigo 37.

É crime de forma livre que pode ser praticado por qualquer meio, *verbal, gestual ou escrito*. Afigure-se o exemplo de um investigador corrupto que, ciente de ação a ser desencadeada em um “laboratório de refinamento de drogas”, envia uma mensagem para o responsável pelo negócio ilícito, a fim de mostrar sua “lealdade” e, assim, continuar recebendo uma quantia mensal em dinheiro ou favores ilícitos.

O crime consuma-se com a chegada da notícia ao seu destino, de molde a cooperar com a difusão e o incentivo ao tráfico. Por se tratar de crime material, admite a tentativa.

Em julgado do dia 11/06/2013 a 5ª Turma do STJ julgou o HC 224.849-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, prevaleceu o entendimento de que estando a pessoa associado deverá esta ser condenada apenas pelo crime de associação do artigo 35 da Lei 11.343/06²⁷ – e não pelo mencionado crime em concurso com o de colaboração previsto no artigo 37 da mesma Lei.

O professor Paulo Queiroz²⁸ escreve em seu artigo “notas sobre a lei de drogas” que para configurar o crime é necessário o concurso simultâneo dos seguintes requisitos:

- a) ato de colaborar, b) condição de simples informante, c) colaboração com grupo, organização ou associação criminosa, d) colaboração específica para os crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 da lei antidrogas e eventualidade da colaboração”.

Renato Brasileiro, em sua obra, explica:

²⁷Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

²⁸www.pauloqueiroz.net, acessado em 03/12/2015 às 15h32m. Paulo de Souza Queiroz: doutor em Direito (PUC/SP), é Membro do Ministério Público Federal e autor dos seguintes livros: 1)Direito Penal, parte geral. Rio: 2011, 7a. edição; 2)Ensaio crítico. Direito, Política e Religião.Rio: Lumen Juris, 2011; 3)(em coautoria com Alexandre Bizotto e Andreia Rodrigues) Comentários críticos à lei de drogas. Rio: Lumen Juris, 2010; 4)Funções do direito penal. S.Paulo: RT, 2005; 5)Do caráter subsidiário do direito penal. Belo Horizonte: Del-Rey, 2002; 6)Direito penal. Introdução crítica. S.Paulo: Saraiva, 2001

A *contrário sensu*, qualquer outra forma de colaboração que não a mera prestação de informações, como ocorre, por exemplo, quando o agente fica responsável pelo transporte de drogas, subsume-se ao artigo 33, caput, da lei de drogas, por meio da norma de extensão do artigo 29 do CP.

No HC 106.155/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Julgado em 04/10/2011 o Supremo assim se manifestou: “A conduta do fogueteiro do tráfico, antes tipificada no art. 12, § 2º, da Lei 6.368/76, encontra correspondente no art. 37 da Lei que a revogou, a Lei 11.343/06, não cabendo falar em *abolitio criminis*”.

1.1. DO PREENCHIMENTO DO TIPO

Ponto crucial é saber quando este tipo do artigo 37 da Lei 11.343/06 é totalmente preenchido, pois não basta a tipificação, tem que haver o preenchimento total do tipo para que a norma possa ser aplicada.

Segundo o artigo 37 da Lei 11.343/06 incorrerá no tipo quem Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinada à prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 da Lei antidrogas.

Repita-se que a colaboração deve ter como objetivo ajudar a praticar umas das condutas tipificadas no artigo 33, caput ou § 1º ou igualmente para que pessoas pratiquem as condutas proibidas no artigo 34 da Lei antidrogas.

De saber que qualquer outra informação afora estas não são relevantes para o tipo do artigo 37 da Lei 11.343/06.

De outra forma, ainda tem-se que preencher o tipo com informações para grupos, organização ou associação destinados a pratica de qualquer dos crimes tipificados nos artigos 33, caput e § 1º e 34 da Lei Antidrogas.

E o que são essas pessoas ou conjuntos segundo a Lei? O professor Guilherme de Souza Nucci, em²⁹ entende que as expressões são sinônimas, o que com todo respeito não podemos concordar, pois na verdade o legislador tomou expressões distintas na intenção de se compreender que seus significados são diversos.

Grupo seria a reunião de pessoas, ainda que para o cometimento de um único ato de tráfico de drogas, não necessitando de que este grupo tenha estabilidade e permanência.

²⁹NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. Vol. 1. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Página 276.

Para entender o que o legislador quis dizer com *organização* deve-se obrigatoriamente observar o artigo 1º, § 1º da Lei 12.850/13³⁰.

No último, *Associação* prevalece o conceito do artigo 35 da lei em comento que ensina que deve se ter provas robustas de que as pessoas (no mínimo 2) estavam associados para o tráfico ilegal de drogas, o Supremo Tribunal Federal, já na vigência do antigo Artigo 14 da Lei nº 6.368/1976 que, como visto, foi substituído pelo atual artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, proclamava a necessidade de a associação para o tráfico ser permanente, duradoura e não apenas eventual.

Confira-se a seguinte ementa³¹:

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA ESTABILIDADE OU PERMANÊNCIA PARA SUA CARACTERIZAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei n.º 11.343/2006. Doutrina. Precedentes.

2. O Tribunal a quo não aponta qualquer fato concreto apto a caracterizar que a associação entre o paciente, o corréu e os menores inimputáveis para a prática do tráfico de entorpecentes seria permanente.

3. *Não havendo qualquer registro, na sentença condenatória ou no aresto objurgado, de que a associação do paciente com o corréu e os menores inimputáveis teria alguma estabilidade ou caráter permanente, inviável a condenação pelo delito de associação para o tráfico, estando-se diante de mero concurso de pessoas.*

4. Ordem parcialmente concedida para trancar a Ação Penal n.º 294.01.2007.004725-1 (Controle n.º 414/07) no que diz respeito ao delito de associação para o tráfico quanto ao paciente DANIEL LIBANORI. (HC 166.979/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012).

Então, de tudo, é correto perceber que as informações, devem ser eficazes, direcionadas a *Grupo*, *Organização* ou *Associação*, tais informações devem contribuir para que tais pessoas ao seu modo incidam nas condutas dos artigos 33, caput, §1º e 34 da Lei 11.343/06.

³⁰ Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

³¹ HC 166.979/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012

Frisando que tal conduta, de colaborador, admite tentativa, v.g. quando a informação é dada e o colaborado por torpeza ou ação policial não consegue desenvolver as ações descritas nos artigos 33, caput, §1º e 34 da Lei 11.343/06.

Nestes termos considera que o agente colaborador teve dolosa intenção de colaborar, sendo sua conduta autônoma das demais inseridas nos tipos violadas pelo colaborado, ou tentado pelo colaborado.

E quanto ao soldado de reserva?

1.2. DA IMPORTÂNCIA DO CHAMADO – SOLDADO DE RESERVA

Pelo aclamado princípio da especialidade, o conhecido *soldado de reserva*³² a norma ou lei mais abrangente prevalece sobre a menos abrangente.

Para Nélson Hungria³³, “a norma primária (mais abrangente) prevalece sobre a subsidiária (menos abrangente), que funciona como soldado de reserva”.

Assim em nosso tema, caso a informação seja dada a uma só pessoa, pessoa esta que não faça parte de *grupo*, *organização* ou *associação* discute-se com razão a doutrina sobre o correto enquadramento deste colaborador, pois se as informações são uteis e preenche o tipo do artigo 37 da Lei 11.343/06 não se pode descartar a responsabilidade penal.

Ora, a discursão é no sentido de que, caso as informações, de fato, comprovadamente, indubitavelmente se amoldam no tipo do artigo 37 da Lei 11.343/06, sendo relevantes para a traficância, então, não há como negar que o colaborador concorreu³⁴ para o crime nos termos do artigo 29 do Código Penal.

Ai é que entra em campo de guerra o soldado de reserva, pois, caso aplique-se o artigo 29 do CP, o colaborador que colaborou com apenas um traficante seria responsabilizado como participe do crime de tráfico, com pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, equiparado em alguns casos³⁵ com crime hediondo³⁶, ao contrário, se este mesmo colaborador colaborasse com

³² Princípio que se aplica para dirimir um conflito aparente de normas, quando duas ou mais normas legais parecem incidir sobre determinado fato delituoso, devendo escolher-se qual delas a mais indicada. Pelo princípio da subsidiariedade, a norma dita subsidiária é considerada, na expressão de Hungria, como um "soldado de reserva", isto é, na ausência ou impossibilidade de aplicação da norma principal mais grave, aplica-se a norma subsidiária menos grave. É a aplicação do brocardo *lex primaria derogat legi subsidiariae*.

³³ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho, Manual do Criminalista, Ed. Edijur, 2014, 1º edição, página 852.

³⁴Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

³⁵ Da entrada em vigo da lei 11.343/06, o crime do artigo 33 era considerado equiparado com o crime hediondo, ou seja, a progressão de regime era no percentual de dois quintos da pena, acontece que no dia 23/07/2016, por maioria, 8 votos a 3, o plenário do STF decidiu, que o tráfico privilegiado, previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da lei 11.343/06, não pode ser considerado crime de natureza hedionda, desta forma a pessoa condenada por este crime pode ter direito à progressão de pena cumpridos um sexto da pena. Ficaram vencidos os ministros Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio.

grupo, organização ou associação seria responsabilizado pelo tipo do artigo 37 da Lei 11.343/06 e teria pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos, que não é crime equiparado ao hediondo e a progressão de regime dar-se-á com um sexto da pena.

Assim ante a lacuna constante na Lei de Drogas, a escassa doutrina³⁷ ensina que deve ser ter aplicação da analogia *in bonam partem*³⁸ para concluir que neste caso, colaboração com apenas um traficante a conduta do colaborador seja a do artigo 37 da Lei 11.343/06.

Entendimento diverso seria ainda mais prejudicial aos acusados pelo tipo do artigo 37, ainda mais quando este acusado fosse um advogado, assim, o intitulado soldado de reserva, impede que este advogado acusado de colaboração fosse indiciado e processado pelos tipos dos artigos 33 e 35 da Lei de Drogas.

É claro que se o advogado estiver inserido na associação, com atividades permanentes e duradoura ou em conduta comprovada pelo tipo do artigo 33 não há que se falar em soldado de reserva.

1.3. ENCAIXE DO TIPO DESCRITO

Indagamos: Qual dos itens citado pela Lei encaixa-se o advogado que comunica sobre prisão em flagrante ou sobre um mandado de prisão preventiva ao seu representado?

Ora, colaborar é ajudar, cooperar, prestar auxílio de modo que nos parece que só haverá incidência da conduta, se a informação servir para ajudar o grupo, organização e

³⁶ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II - fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)

Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.

³⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Página 154.

³⁸ Usando da analogia, é possível comparar caso semelhante onde o primeiro tenha tipicidade penal e o segundo não, porém devido a semelhança julga-se o segundo com base no primeiro mas, nunca aplicando uma penalidade superior ou mais agravante (*in malam partem*) e *sim in bonam partem* que é mais benéfica. - <http://www.dicionarioinformal.com.br/in+bonam+partem/> - acessado em 25/04/2016, às 16h25m.

associação a consumação de cometimento dos crimes capitulados nos artigos 33, caput e § 1º e 34 da Lei 11.343/06.

Renato Brasileiro, em³⁹ “por isso, se a informação fornecida pelo agente for irrelevante para a prática de tais crimes, há de ser reconhecida a ausência denexo causal, com o conseqüente reconhecimento da atipicidade de sua conduta”.

Se a comunicação não se vale para aprimoramento ou continuação eficaz das condutas capituladas nos artigos 33, caput e § 1º e 34 da Lei 11.343/06 deve-se reconhecer a insignificância jurídico-penal da ação.

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF – encontramos um único julgado oriundo da Quarta Vara de Entorpecentes, da lavra do Emérito Juiz Aimar Neres de Matos, que absolveu a acusada Dra. ANDREA da imputação do tipo do artigo 37 da Lei 11.343/06, no tribunal, em recurso de apelação a Segunda Turma confirmou a absolvição vencido o Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE COLABORAÇÃO, COMO INFORMANTE, PARA GRUPO, ASSOCIAÇÃO OU ORGANIZAÇÃO DESTINADOS AO TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL E DE INÉPCIA DO ADITAMENTO À DENÚNCIA. REJEIÇÃO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Havendo a prática de crime permanente no território de comarcas distintas, todas elas são competentes para o processamento e o julgamento da ação penal correspondente, incidindo as regras referentes à prevenção para que seja determinado o Juízo competente.

O Juízo que determina a interceptação telefônica em primeiro lugar torna-se prevento para o julgamento da causa e das demais que lhes forem conexas.

A denúncia que descreve clara e suficientemente o fato criminoso e suas circunstâncias, identifica o acusado e indica a classificação penal não está maculada pelo vício da inépcia.

Demonstradas nos autos a materialidade e a autoria do crime previsto no art. 37 da Lei nº 11.343/2006, a condenação é medida que se impõe.

De outro lado, não estando indene de dúvidas que a co-denunciada - advogada de um dos réus, tenha agido com a intenção de colaborar com o grupo criminoso, como exige o tipo penal em questão, impõe-se a absolvição.

Apelação do Ministério Público parcialmente provida.

(Acórdão n.792401, 20120111770464APR, Relator: SOUZA E AVILA, Relator Designado: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Revisor: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 22/05/2014, Publicado no DJE: 30/05/2014. Pág.: 180).

³⁹DE LIMA, Renato Brasileiro, Legislação Criminal Especial Comentada, 2ª Edição, revista, ampliada e atualizada, Ed. JusPodivm, página 763.

No julgamento realizado em segunda instância ficou assentado pelo revisor seguido pelo vogal que o tipo subjetivo deste crime é o dolo, consistente na vontade de colaborar, como informante. O Desembargador Cesar Laboissiere Loyola em seu voto ainda citou que:

Comentando o citado artigo 37 da Lei 11.343/06, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, Lei de Drogas Comentada, pág. 143, expõe: “O verbo-núcleo é colaborar, que significa prestar auxílio de qualquer modo”. Porém não é qualquer forma de colaboração que se está incriminando neste tipo penal, pois o próprio legislador especificou que se pune aqui somente a colaboração como informante. Ou seja, o legislador restringiu o verbo-núcleo para alcançar apenas o agente que auxilia prestando informações. Estas podem ser das mais variadas espécies, como, por exemplo, informações relativas a eventuais ações da polícia, o planejamento de rotas para o tráfico, os locais para aquisição de matéria prima, etc. É de relevo destacar que estas informações devem possuir força causal para contribuir, de qualquer forma, com a prática de um dos crimes indicados pelo próprio tipo penal, quais sejam arts. 33, caput, e § 1º, e 34 da Lei de Drogas. Uma informação que não tenha, de qualquer modo, contribuído para o sucesso da empreitada criminosa certamente não poderá ser punida, por falta de nexo de causalidade essencial para a configuração do tipo penal.

Em refinada pesquisa nos demais tribunais não encontramos outros julgados que tivessem como acusados *advogados*.

Ao contrário no julgado MG 1.0024.08.036555-4/001, Relator Antônio Armando dos Anjos foi declarado “que restando comprovado que o agente exercia função de “olheiro” que avisava a aproximação dos agentes o tipo é preenchido, estando correta a condenação pela transgressão do artigo 37 da Lei de drogas”.

Veja que há necessidade de preenchimento de requisitos, quais sejam: informações devem possuir força causal para contribuir, de qualquer forma, com a prática de um dos crimes indicados pelo próprio tipo penal, quais sejam artigos 33, caput, e § 1º, e 34 da Lei de Drogas.

Veja o assentado no acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - ABSOLVIÇÃO - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS - VALIDADE - ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO - ESTABILIDADE - "ANIMUS ASSOCIATIVO" - REQUISITOS INEXISTENTES - ABSOLVIÇÃO - COLABORADOR DO DELITO DE TRÁFICO - AUTORIA COMPROVADA - REDUÇÃO DA PENA - POSSIBILIDADE - PRIMARIEDADE - BONS ANTECEDENTES - PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA.

1. (...).
2. (...).

3. Restando comprovado que o agente exercia a função de "olheiro", avisando os traficantes da aproximação dos policiais, correta a condenação pelo delito previsto no art. 37 da Lei 11.343/06.

4. (...)

5. Recurso parcialmente provido. (TJ-MG 100240803655540011 MG 1.0024.08.036555-4/001(1), Relator: ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS, Data de Julgamento: 31/03/2009, Data de Publicação: 12/05/2009).

O tipo em estudo é tão mal interpretado pelos operadores do direito que há julgados condenando pessoas pelo crime de associação ao tráfico (artigo 35 da Lei 11.343/06) em concurso com de crime de colaboração ao tráfico (artigo 37 da Lei 11.343/06), ora, claramente da leitura, diga-se, *da simples leitura*, percebe-se que o ato de associar consome o ato de colaborar, mas alguns julgadores contrários com todas as *vênias* à lei decidem desta forma, decisões equivocadas e sem bases jurídicas, ocasião em que o sentenciado deve buscar junto ao tribunal local a reforma da sentença, neste sentido é o julgado do Tribunal de São Paulo vedando o *bis in idem*.

Apelação. Tráfico, associação para o tráfico, colaboração como informante com associação e posse de arma com numeração raspada. Autoria e materialidade comprovadas no tocante a todos os delitos, com exceção do previsto no art. 37 da Lei de Drogas, que não pode referir-se a integrante da associação, mas a colaborador eventual. Recursos de quatro dos réus não providos, parcialmente provido o do quinto, somente para afastar a colaboração com a associação, da qual era integrante. (TJ-SP - APL: 00210317720108260050 SP 0021031-77.2010.8.26.0050, Relator: Francisco Bruno, Data de Julgamento: 31/01/2013, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 31/01/2013).

Observando ainda que se há condenações pelo concurso do tipo do artigo 35 e 37 é porque houve denúncia oferecida pelo Ilustre representante do Ministério Público, o que é mais triste ainda, pois o Ministério Público deveria abster-se de tal conduta, uma vez que, é o fiscal da lei e não vingador da lei.

Os requisitos para a associação ao tráfico de drogas não são os mesmos para o tipo do artigo 37 (colaboração). Para tanto o ato de associar consome o de colaborar, ou seja, é pacificado que o ato de associar consome o ato de colaborar, pois no tipo do artigo 35 a ou as suas condutas são (maiores) e mais eficazes do que a do tipo do artigo 37.

O STJ em HC⁴⁰ da quinta turma assim se manifestou:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.

⁴⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas-Corpus. N.º 224.849/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Marco Aurelio Bellizze, J. 11/06/2013, www.stj.jus.br – acessado em 01/04/2016.

RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. **2. DELITO DE COLABORAÇÃO COMO INFORMANTE. ART. 37 DA LEI Nº 11.343/2006. PRESSUPOSIÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE QUALQUER OUTRO ENVOLVIMENTO COM O GRUPO, ASSOCIAÇÃO OU ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MANUTENÇÃO DE VÍNCULO. DIVISÃO DE TAREFAS. FUNÇÃO INTERNA DE SENTINELA, FOGUETEIRO OU INFORMANTE. CONFIGURAÇÃO DE TIPO PENAL MAIS ABRANGENTE. TRÁFICO OU ASSOCIAÇÃO. 3. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E DECOLABORAÇÃO COM A ASSOCIAÇÃO. ARTS. 35 E 37 DA LEI Nº 11.343/2006. AGENTE QUE EXERCE FUNÇÃO DE INFORMANTE DENTRO DA ASSOCIAÇÃO DA QUAL PARTICIPA. CONCURSO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA APENAÇÃO INDEVIDA. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. 4. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 5. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA CASSAR A CONDENAÇÃO PELO DELITO DO ART. 37 DA LEI Nº 11.343/2006 E ALTERAR O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O ABERTO.****

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A norma incriminadora do art. 37 da Lei nº 11.343/2006 tem como destinatário o agente que colabora como informante com grupo (concurso eventual de pessoas), organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.694/2012) ou associação (art. 35 da Lei nº 11/343/2006), desde que não tenha ele qualquer envolvimento ou relação com as atividades daquele grupo, organização criminosa ou associação para as quais atua como informante. Se a prova indica que o agente mantém vínculo ou envolvimento com esses grupos, conhecendo e participando de sua rotina, bem como cumprindo sua tarefa na empreitada comum, a conduta não se subsume ao tipo do art. 37 da Lei de Tóxicos, mas sim pode configurar outras figuras penais, como o tráfico ou associação, nas modalidades autoria e participação, ainda que a função interna do agente seja a de sentinela, fogueteiro ou informante.

3. O tipo penal trazido no art. 37 da Lei de Drogas se reveste de verdadeiro caráter de subsidiariedade, só ficando preenchida a tipicidade quando não se comprovar a prática de crime mais grave. De fato, cuidando-se de agente que participa do próprio delito de tráfico ou de associação, a conduta de colaborar com informações para o tráfico já é inerente aos mencionados tipos. Considerar que o informante possa ser punido duplamente, pela associação e pela colaboração com a própria associação

da qual faz parte, além de contrariar o princípio da subsidiariedade, revela indevido **bis in idem**.

4. Além de o 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 ter sido considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o crime de associação nem sequer é equiparado a hediondo, não havendo se falar, portanto, em regime fechado decorrente de imposição legal. Fixada a reprimenda no mínimo legal, ante a inexistência de circunstâncias negativas, mostra-se adequada a aplicação do regime aberto, nos termos do que disciplina o art. 33, 2º, alínea c, do Código Penal.

4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar a condenação pelo delito descrito no art. 37 da Lei nº 11.343/2006, mantendo apenas o édito condenatório pelo crime de associação, alterando-se, no mais, o regime de cumprimento da pena para o aberto.

Portanto, é de se ressaltar, que não bastasse o absurdo que é o advogado responder ação penal por decisão ou interpretação equivocada ainda é possível que este *causídico* seja processado em concurso pelos tipos dos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/06. O que com todo respeito é o pior das interpretações, na verdade não é interpretação, pois, até o leigo consegue entender o que quis o legislador proteger.

A nosso ver tanto o indiciamento realizado pela autoridade policial, quanto o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, quanto o recebimento pelo poder Judiciário revela falta de sensibilidade e desconhecimento do que a Lei quis dizer em seu artigo 37.

Pois com a simples leitura da lei e pesquisas no pouco que a doutrina ensina é possível entender que o tipo só se completa se a informação for capaz de fomentar indubitavelmente as práticas capituladas nos artigos 33, caput, §1º e 34 da Lei Antidrogas.

Não se pode criar a qualquer pretexto uma indústria de condenações, pois, é certo que a configuração da tipificação penal depende de prova da existência do crime na conjunção de indícios suficientes de autoria para o fim que o tipo penal descreve. Em termos prosaicos, significa dizer que os dois requisitos devem vir juntos.

Assim conclui-se que devem os operadores do processo, tanto autoridades policiais, quanto MP e Magistrados cada um no seu momento observar tais questões, para não impor ao acusado advogado conduta atípica como ilícita.

1.4. DO PERDIMENTO DOS BENS

De tudo ainda é importante frisar, que os prejuízos para os advogados acusados da prática do crime do artigo 37 da Lei 11.343/06, podem ir muito além do *corró*,⁴¹ as perdas

⁴¹ Tipo de cela ou xadrez existente em delegacias de polícia, onde a pessoa permanece temporariamente detida, em razão de prisão em flagrante delito ou cumprimento de determinação judicial, até sua remoção definitiva para

podem alcançar até a família do acusado, o que é vetado pela Constituição Federal de 1988⁴², senão vejamos:

Entenda que a Lei 11.343/06 em seu 60 e seguintes ensina que o juiz poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos na Lei 11.343/06, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos artigos 125 a 144 do Código de Processo Penal, sendo que tais medidas podem ser decretadas de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, sendo necessário apenas indícios suficientes.

Veja o perigo de um advogado inocente, ou seja, que não preencha os requisitos do tipo, quais sejam: transmitir informações capaz de fomentar comprovadamente as condutas dos artigos 33, caput e §1º e 34 da Lei 11.343/06.

De qual perigo estamos falando? De ver perdido seus bens, fruto de um longo trabalho, isto devido a considerações equivocadas, pois, além de ser preso ou processado, poderá ter cautelarmente seus bens, conta corrente e outros objetos de valores apreendidos ilegalmente, isto, devido a algum gênio da interpretação burocrática, entender e deseja fazer que todos acreditem que a conduta do advogado preenche o tipo e que com isso este *causídico* locupletou-se ao longo dos tempos e por isso seus valores, bens e outros foram angariados com a prática criminosa e por isso devem ser apreendidos.

O que para o nosso ver, tal conduta, deve ser entendida como confisco.

Tal perdimento inicialmente é cautelar e depois definitivo (caso condenado) com o trânsito em julgado da sentença, caso contrário os bens devem ser devolvidos, isso, após o trânsito em julgado da ação penal, pois, certo que haverá recurso de uma sentença absolutória por parte do MP.

Sentença de não perdimento do bem no TJDF.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.
SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

estabelecimento prisional. V.g. *O doutor mandou enfiar esse vagabundo no **corró!*** – <http://www.dicionarioinformal.com.br> – acessado em 07/01/2016 às 16h47min.

⁴²Art. 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:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido

DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. PEDIDO DE DECRETAÇÃO DO PERDIMENTO DE AUTOMÓVEIS SUPOSTAMENTE UTILIZADOS PARA O TRÁFICO DE DROGAS. NÃO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE TAIS BENS FORAM ADQUIRIDOS COM RECURSOS PROVENIENTES DE CRIME OU QUE FOSSEM UTILIZADOS HABITUALMENTE PARA A PRÁTICA DE ILÍCITO PENAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Incabível o confisco de bens se não há prova de que estes foram utilizados, de forma não eventual, ou auferidos no tráfico de drogas. Para que ocorra a perda de bens há que haver um nexo etiológico entre o delito e o objeto utilizado para a sua prática. No caso, não há prova nos autos de que os bens apreendidos foram adquiridos com o produto do tráfico ou que estivessem a serviço do tráfico.

Recurso conhecido e não provido para manter a sentença na parte em que deixou de decretar o perdimento dos automóveis. (20090110965862APR, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 26/08/2010, DJ 15/09/2010 p. 224).

Sentença de perdimento do bem no TJDF

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. DOSIMETRIA DA PENA. CONDUTA SOCIAL. COMPORTAMENTO DO AGENTE NO MEIO EM QUE VIVE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. DECOTE. MOTIVOS. LUCRO FÁCIL. INERENTE AO TIPO PENAL. CONSEQUÊNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. ARTIGO 42 DA LAD. CRACK. ALTO POTENCIAL LESIVO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, DA LAD). REQUISITOS CUMULATIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MOTIVOS DO CRIME. SUSTENTAR O PRÓPRIO VÍCIO. PRÁTICA FREQUENTE. AFASTADA. CONSEQUÊNCIAS. ARTIGO 42 DA LAD. NATUREZA DA DROGA. ALTO POTENCIAL LESIVO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU NÃO MULTIRREINCIDENTE. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL. FECHADO. CRITÉRIOS (ART.33, §2º e §3º, do CP). PENA PECUNIÁRIA. APLICAÇÃO COGENTE. PROPORCIONALIDADE COM A PENA CORPORAL. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO APREENDIDO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 10.A procedência lícita, por si só, não afasta o perdimento da coisa, se comprovado que foi utilizada como instrumento para a prática de crime de tráfico de drogas.

11. Demonstrada a vinculação do bem com a prática do delito de tráfico de entorpecentes, correto a decretação do perdimento do veículo em favor da União, nos termos do artigo 243 da Constituição Federal e artigo 62 da Lei Antidrogas.

13. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Acórdão n.939114, 20150111058403APR, Relator: SANDOVAL GOMES DE OLIVEIRA, Revisor: HUMBERTO ADJUTO ULHOA, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 05/05/2016, Publicado no DJE: 12/05/2016. Pág.: 154/168).

Da leitura do artigo 62 da Lei 11.343/06 e do artigo 91, II, "A", do CP, é possível entender que a sentença que determina o perdimento de bens (incluindo valores) em favor da união só será possível se comprovado que os bens ou valores reclamados foram utilizados para a prática de crimes relativos ao comércio de substâncias entorpecentes ou crimes da Lei 11.343/06, neste caso, veja que mesmo que a sentença entenda que o acusado era traficante de drogas ou incidente em algum artigo da Lei Antidrogas, há que se ter provas suficientes e robustas para que se conclua pelo perdimento dos bens/valores.

Pois uma condenação não pode ter supedâneo em meras conjecturas e suposições, mas sim em provas concludentes e inequívocas, porquanto tal penalidade exige prova plena e incontestada, caso contrário, cumpre invocar o princípio *in dubio pro reo*.

Nesse sentido, temos:

APELAÇÃO. PROCESSO PENAL. LEI Nº 11.343/2006. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. Não restando comprovado que a sentenciada vendeu entorpecentes, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, impõe-se sua absolvição, por insuficiência de provas, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. 2. Negado provimento ao recurso do Ministério Público. (20100110619884APR, Relator JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 16/12/2010, DJ 10/01/2011 p. 222).

E no caso de absolvição? O que tem pensado os julgadores? O suposto proprietário do bem ou valores devem comprovar a titularidade do bem ou dos valores, caso contrário, não serão devolvidos.

Assim, caso o advogado venha ser processado pelo tipo do artigo 37 da Lei 11.343/06 ou em concurso com o artigo 35 da Lei 11.343/06, isto por interpretação errônea o mesmo pode sofrer de ofício, a pedido do MP ou da autoridade policial expropriação de seus bens, o que além de sofrer com a imputação injusta deixará seus familiares com receio de ficarem ao final do processo sem seus bens e valores, observando que para os valores o dano é imediato, uma vez que, todas as economias podem ficar indisponíveis para os usos emergenciais dentro outros.

Há também quem entenda que podem ser arrestados os bens dos advogados valendo-se da Lei de lavagem de dinheiro, leia-se Lei 12.683/2012, que para tal exige um crime antecedente, neste caso a autoridade, seja qual for, pode interpretar que o advogado angariou valores servindo dia a dia informações para que grupos, organizações e associações incidissem nos termos dos artigos 33, caput, §1º e 34 da Lei 11.343/06.

É ainda importante frisar que há hipóteses em que os bens podem ser perdidos em casos que o advogado acusado não consiga comprovar sua origem, melhor explicando: É

apreendido R\$ 100.000,00 (cem mil reais) no cofre do escritório ou mesmo na residência do advogado, com a sentença absolutória o valor deveria ser imediatamente restituído, mas, há decisões em que os magistrados podem solicitar ao advogado comprovação da origem lícita dos valores.

Ai o *causídico* necessita fazer verdadeira mágica, pois, como comprovar licitude dos valores recebidos de seus clientes? E no caso de pequenos escritórios que não emitem notas fiscais, o que fazer? Nestes termos como não conseguirá comprovar a licitude dos valores os mesmos serão perdidos.

APELAÇÃO. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE DE ARMA DE FOGO. ABSOLVIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. DOSIMETRIA. MANTIDA. RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS. INDEFERIMENTO. NEGAR PROVIMENTO.

1. Inviável o pleito absolutório se as provas dos autos são coerentes e harmônicas entre si no sentido de que o réu praticou atos típicos de tráfico de drogas.

2. Considerada a natureza, quantidade e nocividade da droga apreendida - crack, e a conduta social da agente, corretamente fixou o juízo a quo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, atuando com observância aos princípios da individualização e da proporcionalidade da pena.

3. Se não restou comprovado nos autos a origem lícita dos valores em espécie apreendidos em poder do apelante, indefere-se o pedido de restituição e declara-se o perdimento em favor da União, porquanto sujeito a confisco.

4. Negado provimento ao recurso.

(Acórdão n.849684, 20140111025218APR, Relator: JOAO TIMOTEO DE OLIVEIRA, Revisor: JOSE CARLOS SOUZA E AVILA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 12/02/2015, Publicado no DJE: 25/02/2015. Pág.: 119).

Assim mais uma vez é de grande importância frisar que tanto as autoridades policiais, MP e Magistrados devem redobrar a atenção quando a imputação de colaboração tiver como sujeito ativo um advogado no legítimo cumprimento de sua função.

2. JURISPRUDÊNCIAS E DOUTRINAS

Em relação à pesquisa doutrinária o assunto a nosso ver é pouco relevante e igualmente pouco escrito, em relação à jurisprudência pouco se tem de relevante para não dizer nada, isto considerando pesquisas que tenha *advogado* como denunciado pelo tipo do artigo 37 da Lei 11.343/06.

Do que tivemos a honra de ler notamos pouco incentivo para escrever sobre tema, sempre mirrado e pouco explicativo.

O que não chama a atenção não é lido ou escrito, autores renomados e concorridos até este momento não se dedicaram a tal façanha.

Da jurisprudência temos alguns julgados, mas sem advogados como acusados (com exceção do processo Acórdão n.792401, 20120111770464APR, Relator: SOUZA E AVILA, Relator Designado: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Revisor: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 22/05/2014, Publicado no DJE: 30/05/2014. Pág.: 180).

A pesquisa sobre julgamentos relacionados ao artigo 37 da Lei 11.343/06 deu-se nos Tribunais de Justiça, tendo como base os anos de 2010 a 2015, sendo que encontramos apenas um julgado tendo como recorrido advogado.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE COLABORAÇÃO, COMO INFORMANTE, PARA GRUPO, ASSOCIAÇÃO OU ORGANIZAÇÃO DESTINADOS AO TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL E DE INÉPCIA DO ADITAMENTO À DENÚNCIA. REJEIÇÃO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Havendo a prática de crime permanente no território de comarcas distintas, todas elas são competentes para o processamento e o julgamento da ação penal correspondente, incidindo as regras referentes à prevenção para que seja determinado o Juízo competente.

O Juízo que determina a interceptação telefônica em primeiro lugar torna-se prevento para o julgamento da causa e das demais que lhes forem conexas.

A denúncia que descreve clara e suficientemente o fato criminoso e suas circunstâncias, identifica o acusado e indica a classificação penal não está maculada pelo vício da inépcia.

Demonstradas nos autos a materialidade e a autoria do crime previsto no art. 37 da Lei nº 11.343/2006, a condenação é medida que se impõe.

De outro lado, não estando indene de dúvidas que a co-denunciada - advogada de um dos réus, tenha agido com a intenção de colaborar com o grupo criminoso, como exige o tipo penal em questão, impõe-se a absolvição.

Apelação do Ministério Público parcialmente provida.

(Acórdão n.792401, 20120111770464APR, Relator: SOUZA E AVILA, Relator Designado: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Revisor: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 22/05/2014, Publicado no DJE: 30/05/2014. Pág.: 180).

3. DAS PERDAS IMPLÍCITAS POR APENAS RESPONDER AO PROCESSO PENAL

No Brasil ao se condenar⁴³ alguém pela prática de um crime ou até mesmo contravenções, o Estado-Juiz impõe-lhe a além da sanção penal prevista na Lei, que pode ser de reclusão, restritiva de direitos, detenção e ou multa, mas, também pode impor sanções de efeitos secundários como de natureza extrapenal (efeitos civis, administrativos, etc)⁴⁴.

Os efeitos específicos da pena estão no artigo 92, do Código Penal.

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

De claridade solar é o artigo acima, sua leitura, leva-nos a entender o dano que uma condenação pode trazer ao advogado, considerando uma interpretação equivocada, a leitura do artigo 92 é suficiente.

Não sendo por demais repisar que se deve ter compromisso e sensibilidade antes de indiciar, denunciar ou condenar qualquer pessoa por crime não cometido.

⁴³ **Art. 91, CP** - São efeitos da condenação:

I- tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II- a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

⁴⁴ SCHIMITT, Ricardo Augusto, Sentença Penal Condenatória, Teoria e Prática, 10ª edição, revista e atualizada, Ed. JusPodivm, 2016, páginas.

4. OBJETIVOS GERAIS E ESPECÍFICOS

Paulo Queiroz⁴⁵ manifesta-se da seguinte forma:

O que hoje conhecemos por *tráfico ilícito de entorpecentes* nem sempre existiu, afinal houve tempo em que as drogas (antigas e atuais) eram livremente produzidas, comercializadas e consumidas. A história da repressão – grandemente fracassada – é, pois, recente. E o fato de atualmente existir uma política duramente repressiva não significa que tal ocorrerá sempre. Aliás, parece mesmo provável que num futuro não muito distante algumas das atuais substâncias ilícitas – talvez todas elas – voltem a ser comercializadas com algum controle oficial, à semelhança do que se passa com as drogas lícitas (tabaco, álcool, remédios etc.). Lembre-se, a propósito, que as atuais drogarias se prestam a isso, essencialmente: vender drogas. Naturalmente que proibir, sobretudo proibir incondicionalmente, não é controlar; proibir significa apenas remeter as atividades proibidas para a clandestinidade, onde não existe controle (oficial) algum, de modo que, a pretexto de reprimir a produção e o comércio de droga, a lei penal acaba por fomentar o próprio tráfico e novas formas de violência e criminalidade, transferindo o monopólio da droga para o chamado mercado negro. Não é por acaso que alguns países – Holanda, Suíça etc. – têm preferido uma política de redução de danos a uma política repressiva. É que, a pretexto de combater a produção e o consumo de droga, a proibição indiscriminada dessa forma de comércio tem causado efeitos claramente criminógenos, tais como: 1) criação de preços artificiais e atrativos, tornando extremamente rentável o tráfico; 2) o surgimento de uma criminalidade organizada especializada no tráfico; 3) frequentes confrontos e mortes entre grupos rivais; 4) frequentes confrontos e mortes entre traficantes e policiais; 4) vitimização de inocentes por meio das chamadas “balas perdidas” e semelhantes; 5) lavagem de dinheiro; 6) corrupção das polícias e outros agentes públicos; 7) tráfico de armas; 8) sonegação de tributos; 9) rebeliões nos presídios; 10) ameaça, extorsão e morte de usuários; 11) criação de um poder político (militar ou paramilitar) paralelo ao Estado.

Corroborando com o pensamento do Professor Paulo Queiroz pronunciamos-nos que diante da utopia de inibir, minorar e até extinguir o crescimento desmesurado do ilícito penal praticado tanto por adultos como pelas crianças/adolescentes (alguns com pouca idade, cerca de 9 a 12 anos) levou a sociedade organizada, impor tomada de decisões mais duras neste sentido, em muitos momentos o desejo de “justiça” traçou o perfil de uma sociedade perversa que desejava pagar o mal com o mal, assemelhando-se ao olho por olho e “tiro por tiro”, esquecendo assim da dignidade da pessoa humana e dos princípios basilares dos direitos humanos.

⁴⁵ www.pauloqueiroz.net – acessado em 10/02/2016 – às 22h12min.

Importante frisar que a Lei 11.343/06 abandonou a teoria monista ou unitária,⁴⁶ uma vez que, considerou a conduta do artigo 37 como autônoma, extirpando de uma vez por todas as injustiças contidas na Lei 6368/76.

No que se refere ao combate as drogas a solução dada pela Lei 11.343/06 foi que: Humanizar é preciso, traficantes não são iguais⁴⁷ e usuário tem que ser tratado. O tema deve ser encarado notadamente como um problema social de solução conjunta com os órgãos governamentais e sociais das variadas classes existentes em nossa sociedade, incluindo a religião, que tem funcionado de forma essencial.

Encarar os fatos de frente e fazer parte do problema é o ponto crucial nessa batalha, acreditar que o maior prejudicado é o usuário, muitos dos quais jovens infratores, ter ciência de que este usuário pode ou poderá ser nosso parente é pressuposto para elaborações de políticas públicas tendentes a diminuir a criminalidade relacionada ao uso indiscriminado de drogas, desmistificando a utopia existente, *quicá*, extinguir de uma vez por todas essa mazela de nossa sociedade.

Em relação à tipificação do *artigo 37 da Lei 11.343/06* que ensina que para infligir o tipo tem que a ver o *dolo* cremos que esta conduta será exaurida pelo individuo quando sua conduta tiver força causal para contribuir, de qualquer forma, com a prática de um dos crimes indicados pelo próprio tipo penal, quais sejam artigos 33, caput, e § 1º, e 34 da Lei Antidrogas.

O artigo descreve-se da seguinte maneira:

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Para o dicionário wikcionário⁴⁸ colaborar é:
“Trabalhar em comum com outrem na mesma obra”.

Assim não importa se o colaborador é ou não advogado, podendo ser das forças armadas ou até mesmo do poder judiciário, uma vez que, do individuo não é exigido qualidade ou requisito.

⁴⁶Teoria unitária (monista) – proclama que há único crime para autor e partícipe, ou seja, todos respondem pelo mesmo crime.

⁴⁷Ler especialmente os livros - Abusado - O dono do Morro Dona Marta, obra do escritor gaúcho Caco Barcellos, lançado em 2003, Ed. Record – O DONO DO MORRO – historio do traficante NEM, pelo jornalista Britanico Misha Glenny.

⁴⁸<https://pt.wiktionary.org/> - acessado em 14/04/2016, às 09h15min.

O sujeito, advogado ou não, que tenha dolosamente a intenção de colaborar para a prática dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 ultrapassa os limites da lei incidindo assim no artigo 37 da Lei 11.343/06, o sujeito, advogado ou não, para se encaixar na norma proibida, tem que dolosamente ter o animo de estar trabalhando junto, ou seja, em comum para a mesma obra, ou seja, para alguma conduta estipulada nos artigos 33, caput, §1º e 34 da Lei 11.343/06, neste caso para difusão ilegal de drogas ou para Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

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.

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Podemos citar como exaurimento deste tipo a seguinte conduta: advogado que informa grupo, organização ou associação para que transporte entorpecentes por via aérea, pois do contrário, por via terrestre, haverá blitz da polícia.

Ou, ainda, *advogado que informa grupo, organização ou associação dando a melhor rota de transporte para outro país ou cidade.*

E mais, *advogado que instiga grupo, organização ou associação para praticarem as condutas dos artigos 33, caput, 1º e 34 da Lei 11.343/06 em tal localidade, uma vez que, naquela semana há greve da polícia.*

Para o tipo ser exaurido é de suma importância que a colaboração além de ser para *grupo, organização ou associação* este agentes devem estar destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 da lei 11.343/06.

Observando que é possível que a colaboração seja imputada pelo auxílio a apenas um traficante ou associado, isto para beneficiar o colaborador, pois, do contrário seria processado e condenado pelo tipo do artigo 35 da Lei de Drogas que lhe seria muito mais gravoso.

ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO - ESTABILIDADE - ""ANIMUS ASSOCIATIVO"" - REQUISITOS INEXISTENTES - ABSOLVIÇÃO - COLABORADOR DO DELITO DE TRÁFICO - AUTORIA COMPROVADA - REDUÇÃO DA PENA - POSSIBILIDADE - PRIMARIEDADE - BONS ANTECEDENTES - PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. 1. O depoimento dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante dos agentes, oportunidade em que foi apreendida a substância entorpecente, não contraditados ou desqualificados, e não destoantes das demais provas dos autos, tem o mesmo valor probante de qualquer outro testemunho e são aptos para embasar um decreto condenatório, ainda mais quando prestados em juízo, sob o crivo do contraditório. 2. Incomprovado o ""animus associativo"" mais ou menos estável ou permanente, não há que se falar em associação para o tráfico, pois, para a sua caracterização é indispensável à associação de duas ou mais pessoas; acordo dos parceiros; vínculo associativo; e a finalidade de traficar tóxicos, formando uma verdadeira ""societas sceleris"" para essa finalidade. 3. Restando comprovado que o agente exercia a função de ""olheiro"", avisando os traficantes da aproximação dos policiais, correta a condenação pelo delito previsto no art. 37 da Lei 11.343/06. 4. Tratando-se de agentes primários e sem outros antecedentes, inexistindo provas de que se dediquem a atividades criminosas ou que integrem organização criminosa, diante da pequena quantidade de droga apreendida - 6,62g (seis gramas e sessenta e dois centigramas) de cocaína, na forma de subproduto conhecido como ""crack"", tudo indica tratarem-se de ""traficantes principiantes"", que incorreram no narcotráfico como um ato isolado de suas vidas pregressas, fazem jus à redução máxima 2/3 (dois terços) prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006. 5. Recurso parcialmente provido. (TJ-MG 100240803655540011 MG 1.0024.08.036555-4/001(1), Relator: ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS, Data de Julgamento: 31/03/2009, Data de Publicação: 12/05/2009)

O sujeito nesta conduta não pratica o tipo do artigo 35 da Lei antidrogas, pois para o tipo do crime de associação para o tráfico deve ser comprovada o *animus associativo* mais ou menos estável ou permanente, não há que se falar em associação para o tráfico, pois, para a sua caracterização é indispensável à associação de duas ou mais pessoas, acordo entre os agentes e vínculo associativo para a finalidade de traficar tóxicos, formando uma verdadeira *societas sceleris* para essa finalidade.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei

Creemos com todas as vênias que o contato de advogado com seu representado, nos limites do contrato de prestação de serviços advocatícios, dentro de uma lealdade ao representado, que não pode haver qualquer indiciamento por esta conduta, por vários motivos:

Primeiro, a informação não será para fomentar as supostas condutas dos artigos 33, caput, §1º e 34 da Lei 11.343/06.

Veja que se o tipo descreve claramente o dolo na conduta, de outra forma, a conduta é atípica. Informações que não contribuam para a fomentação das condutas dos artigos 33, caput, §1º e 34 da Lei 11.343/06 e dentro do exercício da profissão devidamente regulamentada torna o ato atípico.

Segundo, o código de ética e disciplina da OAB determina:

Art. 1º O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

III – velar por sua reputação pessoal e profissional;

Art. 4º O advogado vinculado ao cliente ou constituinte, mediante relação empregatícia ou por contrato de prestação permanente de serviços, integrante de departamento jurídico, ou órgão de assessoria jurídica, público ou privado, deve zelar pela sua liberdade e independência.

Art. 8º O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda.

Art. 21. É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.

Além disso, a lei 8906/1994 – **ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB** – prevê que:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei.

Art. 7º São direitos do advogado:

I – exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

III – comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

IV – ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;

VI – ingressar livremente: a) nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados; b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares;

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

§ 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

Terceiro, a Conduta imputada (*INFORMANTE – Artigo 37 da lei 11343/06*) é interpretada erroneamente, o tipo diz:

Artigo 37 da Lei 11.343/06

Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Este crime tem como ação nuclear a conduta colaborar, no sentido de contribuir, cooperar eficazmente para a difusão e o incentivo ao tráfico de drogas com grupo, organização ou associação, na qualidade de informante, o que não se apresenta no caso de *advogado* que apenas age nos limites de sua função, isto porque, pode haver “advogados” que participem diretamente nos tipos com recebimentos de vantagens indevidas.

Inclui-se na descrição legal como tipo o “olheiro”, bem como qualquer outro que atue como informante cooperando para a manutenção da estrutura do grupo, organização ou associação para o tráfico e em casos especiais para um único traficante como vem entendendo a doutrina e jurisprudência. O que não se assemelha a conduta de advogado que age de forma a informar seu representado sobre prisões ou investigações, uma vez que, sempre agirá dentro da legalidade da ética e do Estatuto da OAB.

Ora, o crime se consuma no momento da chegada da notícia ao seu destino. E que notícia seria esta? Notícia capaz de cooperar com a difusão e o incentivo ao tráfico. E no caso

de notícia que avise sobre mandado de prisão de envolvidos nos crimes capitulados nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 da Lei 11.343/06, há crime? Pensamos que não, pois a conduta de comunicar mandado de prisão definitivo ou em aberto não estimula no receptor as condutas dos artigos 33, caput e § 1 e 34 da Lei Antidrogas.

Qualquer informação que seja diferente, ou seja, que não tenha condições concretas de fomentar as condutas dos artigos 33, caput e § 1º e 34 da Lei Antidrogas não pode ser adequada no tipo do artigo 37 da Lei Antidrogas.

Penso que o Código penal e outras leis possuem condutas que possam se encaixar nas condutas dos advogados, uma vez comprovado é claro, para debate podemos citar os artigos 348 e 349 ambos do Código Penal.

Importante citar que para o Artigo 348 do CP o crime só se adequa a norma se o autor do crime antecedente for de pena no regime fechado e para o artigo 349 do CP o auxílio é para que o autor não perca o objeto do crime.

Favorecimento pessoal

Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão:

Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

§ 1º - Se ao crime não é cominada pena de reclusão:

Pena - detenção, de quinze dias a três meses, e multa.

§ 2º - Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

Favorecimento real

Art. 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime:

Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional. (Incluído pela Lei nº 12.012, de 2009).

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. (Incluído pela Lei nº 12.012, de 2009).

Nestes termos, tendo o advogado avisado, comunicado, informado ou orientado o representado a fugir em caso de prisão definitiva ou prisão preventiva não há que se falar em crime do artigo 37 da Lei Antidrogas, pois a conduta deve colaborar ou cooperar eficazmente para a difusão e o incentivo ao tráfico de drogas com grupo, organização ou associação para efetiva concretização dos tipos descritos nos artigos 33, caput e 1º e 34 da Lei Antidrogas, ou como dito, em casos especiais, para um único traficante.

Caso comprovado cabalmente que o *grupo*, *organização* ou *associação* incidam nos termos dos artigos 33, caput e 1º e 34 da Lei Antidrogas e desta conduta tenha-se originado

mandado de prisão preventiva, pode se falar em conduta do artigo 37 quando o advogado avisa a tais pessoas?

Ou caso tenha-se comprovado cabalmente que o *grupo, organização* ou *associação* incidiam nos termos dos artigos 33, caput e 1º e 34 da Lei Antidrogas e desta conduta tenha-se originado operação para prisão em flagrante, pode se falar em conduta do artigo 37 quando o advogado avisa a tais pessoas?

Então perceba que a conduta do advogado não é a primeira, mas sim a posterior, pois, para caracterizar a conduta do advogado é preciso que este antes tenha ciência de que tais pessoas incidam diuturnamente nas condutas dos tipos dos artigos 33, caput, 1º e 34 da Lei 11.343/06.

Assim sabedor que seus representados encaixam-se nos termos dos artigos citados, o advogado lhes forneça por quaisquer meio informações capazes de ajudá-los a continuar em tais práticas.

Visualizem que as informações devem colaborar para as condutas dos tipos dos artigos 33, caput, 1º e 34 da Lei 11.343/06, retirando qualquer imputação dos advogados quando a informação for ou tiver outro tipo de objetivo.

Nos exemplos, julgados e escassa doutrina entendemos que a conduta de avisar ou informar sobre prisões de qualquer tipo não se presta para fomentar as condutas dos artigos 33, caput e 1º e 34 da Lei Antidrogas.

Pelo contrário, caso a informação da prisão chegue ao acusado, é certo que pelo menos naquele momento ou naquela localidade o mesmo cesse por definitivo ou por tempo as condutas dos tipos dos artigos 33, caput, 1º e 34 da Lei 11.343/06.

E porque avisar sobre prisões é atípico? Pelo simples fato de que a comunicação (colaboração) não foi em relação à difusão ou incentivo ao tráfico de drogas, mas sim em relação à prisão, ou seja, fato posterior não punível.

Ressalte-se que a conduta tipificada no art. 37 da Lei de Drogas exige o dolo de colaborar na prática criminosa. É fundamental que a informação tenha algum relevo para facilitar a prática dos crimes previstos no artigo 33 (tráfico de drogas) e no artigo 34 (tráfico de maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer outro objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas).

E no caso de advogado que receba informações falsas sobre o motivo da prisão ou da investigação, por exemplo: que a prisão será por dano ao patrimônio público, crime punido com detenção.

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano qualificado

Parágrafo único - Se o crime é cometido:

I - com violência à pessoa ou grave ameaça;

II - com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; (Redação dada pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967)

IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

De posse desta informação (falsa) o advogado sabedor que o crime é punido com detenção, no cumprimento de seu contrato de serviços advocatícios, avisa-o para que desvie da polícia (fuga), pois saberá o momento posterior e correto para apresentá-lo as autoridades, neste caso comete o crime do artigo 37 da lei 11.343/06?

Afirmamos que não, pois o contato seja telefônico, pessoal ou por terceiros teve como fim orientação profissional baseada no melhor momento para apresentação a autoridade, ora o advogado, sabendo que o crime (168 do CP) não é punido com reclusão saberia o melhor momento de apresentar o acusado.

Assim, ademais, o advogado é o defensor nato da própria Constituição Federal, cujos princípios não o permitem transigir diante dos Direitos Fundamentais Democráticos, em especial da Dignidade Humana e do bem estar social, com trabalho social incansável e perpétuo. Sem embargos, esse “dever-ser” decorre da ambiência criada pela normatividade sob comento que, nas lições emblemáticas de Friedrich Müller extraídas pelo professor Marcelo Neves, que é capaz de influenciar a realidade social e, ao mesmo tempo, é, de certo modo, influenciada e estruturada sob o aspecto da realidade criada. Ou seja, nesse processo contínuo e participativo, o advogado renova suas ideias e forças para manter viva a chama da democracia. Logo, se defendemos de forma intransigente tais ditames constitucionais, como fartamente ciente está a advocacia, é inadmissível a ausência ou omissão do advogado – aquele que ostenta essa prerrogativa profissional e assim um dia jurou - quanto à sua participação, seja através de manifestações ou tomadas de providências, quando situado diante das questões que afetam o campo de interesse de seu cliente.

De tudo é possível sem medo afirmar que não estando o advogado encaixado nos requisitos da colaboração (dolo e informação capaz de incentivar as condutas do artigo 33, caput e 1º e 34 da Lei antidrogas) a conduta de informar sobre prisão de qualquer forma é indubitavelmente atípica, pois a informação foi sobre a possível prisão e não sobre meios para

execução ou continuação dos tipos descritos nos artigos 33, caput, 1º e 34 da Lei 11343/06, conduta que não pode ser considerada crime; nem mesmo caracteriza ilícito civil, ou conduta faltosa no âmbito do código de ética da OAB.

Mesmo informando sobre mandado de prisão não há, pois, o ânimo de cooperar ou colaborar para qualquer tipo da Lei 11343/06, o que exclui o dolo e conseqüentemente o crime do *artigo 37 da Lei 11343/06*, por total ausência dos pressupostos que são imprescindíveis à caracterização do delito.

Conseqüência indissociável dessas assertivas é a necessidade de que em caso de denúncia oferecida pelo *parquet* seja imediatamente pelo judiciário reconhecida a falta de justa causa para a persecução penal, não havendo outro fundamento válido para o prosseguimento da ação penal instaurada em desfavor do advogado.

Deste modo, claro como a luz solar que em casos como este (denúncia pelo tipo do artigo 37 da Lei Antidrogas em desfavor de advogado) a ação penal visará apurar fato manifestamente atípico, seja pela ausência de dolo específico de cometer o delito tipificado no artigo 37 da Lei 11343/06, seja porque, no exercício da profissão conflagra dano e prejuízo que para muitos pode ser irreparável, como por exemplo: a perda de sua carteira de clientes e a fé pública de que é um advogado estudioso e respeitado.

Efetivamente, nestes casos não há justa causa para o exercício da ação penal, pela ausência de dolo específico da conduta imputada ao advogado e também por não estar presente o elemento subjetivo do tipo penal em destaque, o que leva a evidente atipicidade do fato.

Ao judiciário, nas pessoas dos magistrados, com todo respeito, antes de cogitar-se da viabilidade da ação penal, é preciso verificar se há um mínimo de fundamento para se criar, pelo recebimento da denúncia, a coação processual com todas as suas conseqüências. O que com todas as vênias em relação a advogado sempre faltará, não sendo outra a solução, senão a rejeição da denúncia (Artigo 397, I, II e III do CPP).

E porque a rejeição? Pois é flagrante a ilegitimidade do advogado para figurar na mencionada ação penal. De outra forma estaria o advogado sofrendo coação ilegal, mercê do recebimento da mencionada denúncia, motivo bastante para quando não rejeitada a denúncia seja impetrado Habeas Corpus, na forma do artigo 648, I, do CPP, flagrante a falta de justa causa para a ação penal.

Para o trancamento da ação penal por via do Habeas Corpus a jurisprudência tem se manifestado da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPUTAÇÃO DE CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o trancamento da ação penal constitui medida excepcional, admitida, tão somente, quando restar inequívoca a existência de causa extintiva da punibilidade, a atipicidade da conduta, ou, ainda, quando for patente a ausência de prova da materialidade ou de indícios de autoria.

2. Evidenciada de plano a atipicidade do fato, deve-se reconhecer a ausência de justa causa para a ação penal.

3. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal.

(Acórdão n.849657, 20150020014467HBC, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 12/02/2015, Publicado no DJE: 25/02/2015. Pág.: 93).

HABEAS CORPUS. AMEAÇA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O trancamento da ação penal via habeas corpus é medida excepcional e só pode ser admitida se inegável a ausência de justa causa, como no caso de atipicidade da conduta.

2. É atípica a conduta descrita na denúncia se a ameaça foi dirigida a pessoa indeterminada e condicionada a acontecimento futuro e incerto

3. Ordem concedida.

(Acórdão n.630178, 20120020229733HBC, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 25/10/2012, Publicado no DJE: 31/10/2012. Pág.: 294).

“A denúncia deve necessariamente apresentar-se lastreada em elementos que evidenciem a viabilidade da acusação, sem o que se configura abuso de poder de denunciar, coarctável por meio de habeas corpus”. (RSTJ 29/113)

“A fundamentação da inexistência de justa causa não se presta à concessão do remédio heróico a não ser quando nem mesmo em tese o fato constitui crime, ou então, quando se verificar prima facie, que não se configura o envolvimento do acusado no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação de provas capazes de se produzirem somente no decorrer da instrução criminal”. (STJ-RT 668/334)

“Trancamento da Ação Penal – Falta de justa causa – Evidenciada a atipicidade de conduta, impende reconhecer a falta de justa causa para a persecução criminal”. (RSTJ 27/118)

“Cabe verificar em habeas corpus a inexistência de circunstância essencial à tipicidade da imputação, afirmada na denúncia, quando a desminta, no ponto, prova documental inequívoca”. (STF-RT 708/414)

“Em sede de habeas corpus só se reconhece a falta de justa causa para a ação penal, sob fundamento de divórcio entre a imputação fática contida na denúncia e os elementos de convicção em que ela se apoia, quando a desconformidade entre a imputação feita ao acusado e os elementos que lhe servem de supedâneo for incontroversa, translúcida e evidente, revelando que a acusação resulta de pura criação mental de seu autor”. (Ac. 5ª Turma do STJ, no RHC 681, RT 665/342 e 343)

A 2.^a Turma do TAMG, no julgamento do HC 191.941-9, relatoria do juiz Herculano Rodrigues, decidiu que:

“Admite-se a concessão da ordem de habeas corpus para trancamento da ação penal por falta de justa causa, se a denúncia não contém elementos de convicção da existência de infração penal ou de culpabilidade do acusado, não implicando tal reconhecimento julgamento antecipado do mérito da causa”. (RJTAMG 58-59/555)

Para a 1.^a Câ. Crim. do TAMG, no HC 150.719-1, relatoria do juiz Roney Oliveira:

Inexistindo justa causa para a oferta da denúncia, fundada em meras alegações de agiotagem feitas pelo devedor por ocasião dos embargos, configura-se o constrangimento ilegal a autorizar a concessão de habeas corpus para trancamento da ação penal. (RJTAMG 50/336)

É evidente que qualquer ação penal deve fundar-se em elementos suficientes à demonstração de sua viabilidade. Não há, pois, no caso dos autos, o mínimo fundamento para que a denúncia tivesse sido recebida.

A 2.^a Câ. Crim. do TAMG, no HC 9854-0/00, relatoria do juiz José Loyola, elucidou que:

HABEAS CORPUS – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – DENÚNCIA INEPTA – É manifesto o constrangimento ilegal decorrente de ação penal iniciada com base em denúncia que não se apoia em elementos que autorizem elo menos uma razoável suspeita da participação do acusado, e que este tenha praticado fato típico e antijurídico, agindo dolosa ou culposamente”. (RJTAMG 30/319)

A 5.^a Turma do STJ, no RHC 637-PR, rel. Min. Jesus Costa Lima, decidiu a respeito que:

“PROCESSUAL PENAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – O habeas corpus presta-se para o trancamento da ação penal quando das investigações conclui-se, às claras, que o recorrente não praticou qualquer infração penal”.

Não fora outro o posicionamento da 2.^a Câ. Crim. do TAMG, no HC 143.898-6, rel. juiz Mercedo Moreira:

“Habeas Corpus – Ação Penal – Interesse de agir – Denúncia – Impõe-se o trancamento da ação penal por ausência de legítimo interesse de agir, se inexistem no inquérito policial, em que se baseia a denúncia, elementos idôneos que indiquem a participação do agente no crime que lhe é imputado”.

Além do que é evidente que o processo criminal é, por si, causa de constrangimento, exigindo para sua instauração que a denúncia venha minimamente lastreada em elementos probatórios legítimos e idôneos em torno da conduta típica, e no caso de advogado agindo nos

limites da profissão tal processo é por si só causa muito mais grave, que como bem anotou FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO⁴⁹.

Para a propositura da ação penal é preciso haja elementos de convicção quanto ao fato criminoso e sua autoria. O juiz jamais receberá uma queixa ou uma denúncia que esteja desacompanhada daqueles elementos de convicção”.

Com precisão escreveu JOSÉ FREDERICO MARQUES⁵⁰, quando se cuida de ação penal, maior peso adquirem esses argumentos, porquanto a *persecutio criminis* sempre afeta o *status dignitatis* do acusado e se transforma em coação ilegal, se inepta a acusação.

Não fora sem razão que Carnelutti equiparara o processo criminal a que é submetido um homem de bem, a uma autêntica pena.

Para Ruy Barbosa, coação pode ser definida como a pressão empregada em condições de eficácia contra a liberdade no exercício de um direito, enquanto a violência é o uso da força material ou oficial, sob quaisquer das duas formas, em grau eficiente para evitar, contrariar ou dominar o exercício de um direito.

Artigo 648 do CPP - A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa

⁴⁹FILHO, Fernando Da Costa Tourinho, Processo Penal, Ed. Jalovi, vol. I, p. 434

⁵⁰MARQUES, José Frederico, Elementos de Direito Processual Penal, Ed. Forense, 1961, p. 163

CONCLUSÃO

Dos autores que escreveram sobre o tema, o fizeram com pouca caneta, mas o importante é que trouxeram o tema a baila, sendo que nenhum escreve para auxiliar os advogados acusados pelo tipo do artigo 37 da Lei 11.343/06.

Assim como pós-graduando nos dedicamos para mostrar neste estudo o que pensamos sobre o assunto.

Nossa dedicação e estudo e como advogado é no sentido de que o tipo descrito no artigo 37 da Lei 11.343/06 de maneira alguma deve ser interpretado contra o advogado que usando de suas prerrogativas exerce com zelo sua profissão pública e assegurada por lei.

Não estamos aqui a defender pessoas transvertidas de advogados, não estamos aqui a defender pessoas que possuem autorização legal para representar terceiros como advogados e que no curso desta representação passam a tomar o lugar dos infratores, grupos, organizações ou associações.

Não desejamos de maneira doutrinaria ou apoiados na doutrina fazer com que os operadores do direito incorram em erro ao analisar o tipo descrito no artigo 37 da Lei Antidrogas, pelo contrário! Optamos pelo real sentido da norma, que ensina que para o preenchimento do tipo descrito (colaborar) este tem que obrigatoriamente cooperar para os tipos dos artigos 33, caput, §1º e 34 da Lei 11.343/06.

É essencial que a conduta venha lastreada de dolo e que após a conduta, ou seja, a colaboração tenha poder de fazer com que os colaborados incidam nos exatos termos dos artigos 33, caput, §1º e 34 da Lei 11.343/06.

Através das pesquisas e leituras, tentamos de forma fiel aos textos e julgados, concluir que estando o advogado munido de suas prerrogativas, cumprindo contrato de prestação de serviços advocatícios, exercendo com zelo sua profissão, que este *causídico*, não pode ser acusado pelo tipo do artigo 37 da Lei antidrogas.

De posse do texto, *letra fria da lei*, ou seja, de toda a Lei 11.343/06, notamos que esta lei, abandonou a teoria monística, não permitindo punições equivocadas, o que nos levou a concluir que a lei no todo não pune em suas condutas atos que não sejam dolosos.

Assim sem medo ou precipitações concluimos que o advogado que age dentro das normas permissivas, digo, dentro dos estatutos e das leis não pode, não porque é advogado e deve ser protegido, não porque advogado é superior, não porque advogado é advogado e pronto, mas sim, porque de outra forma, quero dizer, sendo a interpretação a de que comete o crime do artigo 37 da Lei Antidrogas o advogado que comunica sobre mandado de prisão, ou

investigação criminal, sendo o entendimento neste sentido, a interpretação de forma explícita, vergonhosa e covarde estará colocando na boca dos advogados uma mordaca.

Para finalizar cabe aqui lembrar as autoridades envolvidas na ação penal a anedota moral de Dâmocles que figurou originalmente na história perdida da Sicília por Timeu de Tauromênio (c. 356 - 260 a.C.).

Dâmocles era um cortesão bastante bajulador na corte do tirano Dionísio, de Siracusa, ele dizia que, como um grande homem de poder e autoridade, Dionísio era verdadeiramente afortunado.

Dionísio então se ofereceu para trocar de lugar com ele por um dia, para que ele também pudesse sentir o gosto de toda esta sorte, sendo servido em ouro e prata, atendido por garotas de extraordinária beleza, e servido com as melhores comidas.

No meio de todo o luxo, Dionísio ordenou que uma espada fosse pendurada sobre o pescoço de Dâmocles, presa apenas por um fio de rabo de cavalo, ao ver a espada afiada suspensa diretamente sobre sua cabeça, perdeu o interesse pela excelente comida e pelas belas garotas e abdicou de seu posto, dizendo que não queria mais ser tão afortunado.

A espada de Dâmocles é uma alusão frequentemente usada para remeter a este conto, representando a insegurança daqueles com grande poder (devido à possibilidade deste poder lhes ser tomado de repente) ou, mais genericamente, a qualquer sentimento de danação iminente.

Assim a anedota nos remete a termos maior compromisso com o processo penal e não usá-lo como vinganças privadas ou sob a desculpa da proteção estatal (famigerada ordem pública).

Pois um dia, com a mesma interpretação equivocada, ou com revanchismos ou com vinganças privadas, uma espada pode estar sobre nossas cabeças, e pior, segurada apenas por um fio de rabo de cavalo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MENDONÇA, Andrey Borges de, CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de, Editora METODO, 1ª edição.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. Vol. 1. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal, 13ª edição, revista, ampliada e atualizada de acordo com Lei n.º 11.449/07, 11464/07.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCHIMITT, Ricardo Augusto, Sentença Penal Condenatória, Teoria e Prática, 10ª edição, revista e atualizada, Ed. JusPodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição - fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3ª edição, Editora Saraiva: 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003. 205 _____. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, n.2, p. 233-240, 1996. BIZZOTTO, Alexandre, RODRIGUES, Andréia de Brito. Nova lei de drogas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 1 ed., São Paulo: Edipro, 2000;

GOMES, Luiz Flávio. Comentários à convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica / Luiz Flávio Gomes, Valério de Oliveira Mazzuoli. – 2 ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009;

NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal e Código Processual Penal, Editora Revista dos Tribunais, 2009;

www.stf.jus.br – 14/05/2016 – as 17:35 min.;

www.jus.com.br – 01/04/2016 – às 9 horas;

<https://pt.wiktionary.org/> - Dicionário - 05/08/2013 – às 10 horas;

www.planalto.gov.br – 10/02/2016 – às 12:35 min.

www.tjdft.jus.br – acessado em diversos momentos, para pesquisas de sentenças e acórdãos relacionados ao tema.

www.tjgo.jus.br – acessado em diversos momentos, para pesquisas de sentenças e acórdãos relacionados ao tema.

www.tjsp.jus.br – acessado em diversos momentos, para pesquisas de sentenças e acórdãos relacionados ao tema.

www.tjrj.jus.br – acessado em diversos momentos, para pesquisas de sentenças e acórdãos relacionados ao tema.

www.tjmg.jus.br – acessado em diversos momentos, para pesquisas de sentenças e acórdãos relacionados ao tema.