

## A LEI Nº 10.409/02 (NOVA LEI DE TÓXICOS) E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

André Fernandes Indalencio

*Promotor de Justiça em Blumenau-SC*

**D**ecidiu recentemente o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina no *habeas corpus* nº 02.007976-1, de São José, relator o Desembargador Maurílio Moreira Leite:

*Habeas-corpus*. Prisão em flagrante. Tráfico ilícito de entorpecentes. Alegado constrangimento ilegal em face da não aplicação do procedimento previsto na lei nº 10.409/02. Não ocorrência. Os crimes definidos na lei referida, não existem, pois constavam do Capítulo III, que foi totalmente vetado (artigo 14 até o 26). Logo, não há como aplicar o procedimento referido, por ausência dos "crimes definidos nesta lei". Ordem denegada.

Do acórdão:

Realmente, a lei 10.409/02, no seu artigo 27, determinou que 'O procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal'.

Todavia, os crimes definidos na lei referida não existem, pois constavam do Capítulo III, que foi totalmente vetado (artigo 14 até o 26). Logo, não há como aplicar o procedimento referido, por ausência dos 'crimes definidos nesta lei'.

Além disso tenha-se em conta que o referido procedimento, tinha por escopo o disposto no artigo 32 e § 2º, dizendo respeito a arquivamento e sobrestamento, bem como a absolvição liminar, quando invocado poderia ser o artigo 386, do Código de Processo Penal. Também vetadas restaram tais disposições, não se justificando, por óbvia inutilidade, o procedimento reclamado.

As demais disposições, previstas no artigo 39, dizendo respeito à rejeição da denúncia – ‘for manifestamente inepta, ou faltar-lhe pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; não houver justa causa para a acusação’ – devem ser, necessariamente, examinadas de ofício, como sempre ocorreu. Matéria que, na omissão em primeiro grau, poderá ser examinada em *habeas corpus*.

Em face do exposto, a ordem é denegada.

A tese acabou sendo ratificada no *habeas corpus* n. 2002.012759-6, de Joinville, relator o Desembargador Newton Janke, a indicar possível fixação do paradigma:

*Habeas corpus*. Narcotraficância. Constrangimento ilegal. Não aplicação do rito procedimental instituído pela lei nº 10.409/02. Nulidade inexistente. Ordem denegada.

O veto presidencial aos arts. 14 a 26 da lei 10.409/02, que descreviam os crimes, transformou em verdadeira ‘norma penal em branco’ os dispositivos relativos aos ritos procedimental inquisitivo (art. 27 a 34) e judicial (art. 37 a 45). Continuando em vigor os arts. 12 e seguintes da Lei 6368/76, que definem os delitos referentes a tóxicos, prevalece a aplicação do rito deste último diploma legal.

Cumprе colocar, inicialmente, os acórdãos supra referidos, embora não discutam a *vigência* do texto legal, negam-lhe *eficácia e, por consequência, a aplicabilidade*. Pois, formalmente, não há dúvida, mesmo seguindo o entendimento presente em tais decisões, a lei encontra-se em vigor. Como, porém, condiciona sua própria aplicabilidade, destinando-se a regular situações delineadas em normas presentes em seu próprio *corpus* e que acabaram vetadas quando de sua edição – logo, que nunca chegaram a existir no mundo normativo, tal diploma teria comprometido sua eficácia, tornando-se, assim, no que refere a matéria relacionada ao processo penal, um fantasma jurídico, mera declaração legislativa sem condições de gerar qualquer efeito concreto.

Ressalvando o respeito a tais posicionamentos, sugerimos a adoção de outra regra de hermenêutica para a solução do conflito existente, devendo-se apreciar a eficácia de tais preceitos à luz dos princípios constitucionais aplicáveis: especificamente, impõe-se a análise da *razoabilidade* do texto, este sim, quer parecer, o real fundamento da incompatibilidade da nova lei (ao menos em parte) com o texto fundamental, colidindo, ademais, em sua essência, com as cláusulas da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal material.

De onde, já neste primeiro momento, descarta-se a tese ventilada em tais acórdãos que incorrem, *data maxima venia*, no pecado de desprezar o fato evidente de que a nova lei, por regular matéria idêntica a anterior (o processo para formação da culpa nos crimes de tóxicos), tacitamente, nesse particular, a revogou. Assim, pouco importa coloque a lei nº 10.409/02 que o rito nela estabelecido aplica-se aos delitos que *deveriam* estar em seu texto<sup>1</sup>, pois, atendendo-se antes a sua *ratio* do que a sua literalidade, fica evidente sua pretensa função dentro do sistema jurídico, destinado-se a disciplinar a matéria relacionada ao *procedimento penal* para imposição de pena nos delitos de tóxicos. A identidade de situações justificadora da aplicação do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, então em vigor, quer parecer, é fora de dúvida.

De outro lado, o veto do artigo que revogava a lei 6368/76 não pode servir de fundamento de validade a tais entendimentos, já que a supressão realizada teve escopo único de garantir a vigência da anterior legislação relacionada aos delitos, evitando-se o absurdo de simplesmente revogar toda matéria relacionada aos crimes de entorpecentes no país. Nada mais que isso.

Fica todavia a questão: a lei atual teria revogado a anterior? A nova lei processual, então, teria que ser aplicada imediatamente, inclusive aos casos em andamento?

A resposta a tal indagação passa pela constatação palpável de que referido texto legal, ao estender o contraditório, formalizando toda uma instância judicial para o recebimento da denúncia<sup>2</sup>, o fez de forma equivocada, desprezando o coeficiente de razoabilidade exigido para sua validade, afe-

<sup>1</sup> Até porque, isso parece claro, nem poderia ser diferente, pois à época de sua elaboração eles ainda ali se encontravam, tendo sido suprimidos por veto presidencial a final mantido pelo Congresso Nacional.

<sup>2</sup> Os delitos previstos nos artigos 15, 16 e 17 da Lei 6368/76, em face da nova lei 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, seguem, agora, o rito da lei 9099/95.

tando, assim, o devido processo legal material insculpido na Constituição Federal.

De fato, uma lei que estabelece como inovação o estabelecimento de prazos visivelmente desnecessários e desproporcionais (15 dias para a conclusão do inquérito, no caso de réu preso, permitida a duplicação pelo juiz; 10 dias – e aqui independe da condição do réu, se preso ou solto – para o oferecimento da denúncia), estabelece novas e inúteis instâncias (todo um procedimento prévio para o recebimento da denúncia, com possibilidade de diligências que podem superar a 10 dias), repete atos de forma desnecessária (dois interrogatórios – um antes, outro depois de recebida a denúncia), opta por redundar no estabelecimento de disciplinas processuais completamente dispensáveis (obrigatoriedade da ação penal e seus desdobramentos) e, fundamentalmente, possibilita antever a ocorrência de maior demora na conclusão da formação da culpa, retardando desproporcionalmente o prazo para o reconhecimento de uma acusação formal, não pode ser considerado razoável (ao menos *de todo razoável*). O simples ato de comparação com o texto anterior já basta a que se reconheça tal impropriedade e é esse, quer parecer, o fundamento implícito nos acórdãos transcritos.

Pois, ao buscar estender o contraditório, o faz de modo incongruente, acabando por prejudicar a garantia individual da celeridade processual, diretamente ligada a dignidade da pessoa humana: de fato, não se pode esquecer, é cânone ratificado pelo Brasil (e que ademais decorre do próprio sistema democrático constitucionalmente adotado), integrando, portanto, o ordenamento pátrio (para alguns, inclusive, com *status* de princípio constitucional), o artigo 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, o chamado Pacto de San José da Costa Rica, segundo o qual *"toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (grifo)."*

Logo, há no sistema local o direito a celeridade processual e o diploma em questão, ao menos na parte ora examinada, ao permitir o encarceramento sem acusação formal por mais de setenta dias (somando-se os prazos máximos das diligências como a nomeação de advogado para defesa, manifestação do Ministério Público acerca da defesa preliminar

oferecida, duplicação do prazo de conclusão da investigação etc.) – mais até, quer parecer, do que o necessário para a própria instrução em juízo, extrapola, em muito, tal imperativo <sup>3</sup>.

De onde, seguindo-se, aqui, os requisitos desenvolvidos pela doutrina alemã <sup>4</sup>, o texto em questão, no que se refere especificamente a disciplina da fase inquisitorial/pré-cognitiva, *não é adequado*, porque a simples ampliação de atos processuais, com o prolongamento indevido da fase pré-processual, não basta para maior garantia na verificação da viabilidade da acusação; *não é necessário*, já que, parece claro, representa a utilização de meios mais gravosos ao réu (bastava, para maior efetividade do contraditório, a imposição do dever de fundamentar o ato de recebimento da denúncia), incorrendo, assim, em visível excesso na eleição dos meios disponíveis para a consecução de tal finalidade; e *é desproporcional* (em sentido estrito), gerando maiores danos do que benefícios, na medida em que, a pretexto de garantir ao réu maior segurança na verificação da viabilidade da denúncia feita, afeta-lhe o direito a acusação formalizada (ou recusada) contra sua pessoa no menor tempo possível <sup>5</sup>.

Deriva daí, pois, quer parecer, visível ausência de razoabilidade interna, a afetar a validade de tais normas.

No que se refere ao processo penal, então, permaneceriam válidos e aplicáveis na lei, apenas, os dispositivos que relacionam-se a determina-

<sup>3</sup> O fato de que referida instância é judicial, desenvolvendo-se perante o Juiz de Direito, não modifica tal situação, pois representa, ainda, a ausência do reconhecimento formal da acusação feita. O simples afastamento da característica inquisitória, por si só, não serve a lhe conferir viabilidade e adequação às diretrizes da Constituição Federal.

<sup>4</sup> Quer se evitar, aqui, por amor a brevidade necessária à dimensão deste estudo, a divergência acerca da autonomia dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, de resto não superada na doutrina: para alguns, tais princípios seriam ontologicamente idênticos, não obstante suas diferentes origens (o constitucionalismo norte-americano, no primeiro caso, cujo fundamento repousa na análise da cláusula constitucional do devido processo legal, e o constitucionalismo alemão, no segundo caso, fundado na resolução dos casos concretos em que verifique a colisão de direitos fundamentais); para outros, encontram-se em relação de conteúdo e continente; outros, ainda, os vêem como desdobramento um do outro; e há, por fim, quem lhes reconheça as respectivas autonomias. Tal, entendemos, não impede, por sua pertinência e adequação, a utilização, aqui, dos critérios supra referidos, os quais, embora reconhecidos na doutrina alemã como sub-princípios da proporcionalidade, são, em parte, comuns aos dois sistemas jurídicos.

<sup>5</sup> De onde poderia se extrair, na linha do anteriormente colocado, a colidência entre os princípios fundamentais da ampla defesa (maior cuidado no exame da imputação) e da dignidade da pessoa humana (direito a uma célere solução do processo).

dos aspectos da investigação, ao estabelecimento de benefícios ao acusado (especificamente no que se refere ao *pentitismo*, de resto já contemplado em outros textos legais, atinentes aos crimes hediondos – lei nº 8.072/90, e a proteção do réu colaborador – lei nº 9.807/99), e, ainda, no que toca a disciplina do número de testemunhas a serem ouvidas em juízo<sup>6</sup>, comandos normativos estes que, ao menos numa primeira abordagem, não afetam a referida diretriz constitucional.

Os demais dispositivos, em nosso modesto entendimento, teriam nos fundamentos supra colocados a correta justificativa para o reconhecimento de sua inaplicabilidade.

---

<sup>6</sup> Ao silenciar sobre tal circunstância, remetendo tal disciplina ao Código de Processo Penal, o número a ser adotado, doravante, será aquele atinente aos crimes apenados com reclusão - não obstante daí decorra certo prejuízo da concentração que caracteriza a instrução judicial nos crimes de tóxicos. De outro lado, permanece, a nosso ver, o exame de dependência toxicológica enquanto diligência destinada a provar a inimputabilidade total ou parcial do agente, portanto enquanto elemento relacionado ao conhecimento potencial da ilicitude e eventual exigibilidade de conduta diversa por parte do mesmo.