

MATHEUS WILLIAN MANENTE

**TRÁFICO ILEGAL E PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO
PRÓPRIO NA LEI 11.343/06:
A Identidade de Condutas Entre os Delitos**

Brasília

2014

MATHEUS WILLIAN MANENTE

**TRÁFICO ILEGAL E PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO
PRÓPRIO NA LEI 11.343/06:
A Identidade de Condutas Entre os Delitos**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadores: Gabriel Haddad Teixeira e Larissa Maria Melo Souza.

Brasília

2014

*Dedico este trabalho aos meus pais, Mário Celso e Rosane,
pois sem eles nada disso seria possível.
Dedico-o, também, aos meus irmãos, Patrícia e Rodrigo,
por todo carinho, cuidado e credibilidade que dispõem à mim.
Por fim, dedico-o a você, pelo simples interesse por este.*

Agradeço aos professores Gabriel Haddad Teixeira e Larissa Maria Melo Souza pelo inestimável apoio e pela indispensável orientação que me deram para a realização deste trabalho.

Agradeço, também, aos professores e colegas do curso de Bacharelado, em especial, a Laura Beatriz, pela amizade e pelo convívio ao longo dos desses anos.

Agradeço, finalmente, a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

“O estatuto criminal da droga inventou um motivo fantasticamente plástico, capaz de substituir a guerra fria na realocação imperialista de continentes suspeitosos, capaz de conceder uma sobrevida à medicalização da conduta infracional que nem o positivismo criminológico mais estulto jamais imaginaria, capaz de reinventar o sabá depois do iluminismo, porém principalmente capaz de alavancar doses gigantescas de vigilância e controle social penal sobre os filhos da pobreza, os únicos que se dispõem aos riscos letais que este mercado ilegal acarreta.”

Nilo Batista

RESUMO

Este é um trabalho que resulta da análise dos tipos penais que preveem o porte de drogas para consumo próprio e tráfico ilegal de drogas na lei 11.343/06, a Nova Lei de Drogas, com o propósito de diferenciar tais condutas, tendo em vista que a nova lei não resolveu este problema. É feita uma análise do estatuto jurídico referente ao tema, que confirma a hipótese do trabalho quanto à insuficiência de critérios idôneos a classificação da conduta pela autoridade judicial. Busca-se pelas eventuais consequências provenientes da falta de diferenciação entre as condutas. São selecionados dois precedentes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal dentre um extenso rol de julgados. A análise dos precedentes possibilita alçar critérios definidos pela própria jurisprudência. Observa-se, contudo, que a insuficiência de critérios idôneos a classificação das condutas possibilita à jurisprudência certa discricionariedade. É apresentado estudo criminológico acerca da criminalidade e suas relações com os entorpecentes por meio do olhar da Criminologia, tendo por teoria base a Criminologia Crítica e o Paradigma da Reação Social, também conhecido como etiquetamento ou *labelling approach*.

Palavras-chave: Política de Repressão às Drogas - Identidade de condutas - Criminologia Crítica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 TRÁFICO ILEGAL E PORTE DE DROGA PARA CONSUMO: ESTATUTO JURÍDICO	10
1.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS	10
1.2 TRÁFICO E PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO: IDENTIDADE DE CONDU TAS ENTRE OS DELITOS	14
1.3 O SILÊNCIO DA LEI FRENTE O SISTEMA DE GARANTIAS PEN AIS E PROCESSUAIS	19
2 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DO TRÁFICO E PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL	25
2.1 O USUÁRIO À LUZ DO JUDICIÁRIO	26
2.2 O TRAFICANTE A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA	31
2.3 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE O USUÁRIO E O TRAFICANTE A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA ...	35
3 ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS ACERCA DO TRÁFICO ILEGAL E DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL	39
3.1 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE O TRÁFICO ILEGAL E O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL	39
3.2 O ESTIGMA E A RESPONSABILIZAÇÃO DO USUÁRIO	41
3.3 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL	45
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

Este trabalho teve início no ano de 2013 a partir de um diálogo com o professor José Theodoro Corrêa de Carvalho,¹ no qual este sugeriu que fosse feita a análise da identidade de condutas entre os delitos de tráfico de drogas e de porte de drogas para consumo próprio na Lei 11.343/06, a Nova Lei de Drogas, e as eventuais consequências decorrentes desta semelhança. A problemática das drogas, sempre foi um tema de insuperáveis discussões e controvérsias, que deixou de ser uma questão difusa e passou a afetar diretamente a todos, não somente aos brasileiros, mas as sociedades contemporâneas como um todo, podendo, inclusive, ser taxada como um sintoma social.

Com o intuito de conter a disseminação de substâncias entorpecentes, que aumenta paulatinamente, de acordo com os relatórios anuais da ONU, por intermédio de convenções internacionais, maioria dos Estados se empenham no combate aos entorpecentes por meio de suas legislações internas. As principais condutas a coibir são, geralmente, o consumo e o tráfico ilícito e, desse modo, utiliza-se todas as medidas possíveis, fazendo do Direito Penal um aliado nessa “guerra às drogas”, seja por meio da incriminação das condutas que envolvam entorpecentes, ou pelas providências tomadas quando é o usuário ou dependente químico que comete a infração.

Em vista disso, a sugestão dada pelo professor Theodoro foi aceita, assim, deu-se início ao trabalho que fora amadurecido no diálogo com os Professores orientadores, Larissa Maria Melo Souza e Gabriel Haddad Teixeira, na leitura da doutrina especializada, e na reflexão sobre os resultados do trabalho anteriormente realizado por Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende.²

Conforme o trabalho foi sendo desenvolvido, possibilitou-se a abordagem do problema formulado: “qual a diferença entre o tráfico ilícito e o porte de drogas

¹ José Theodoro Corrêa de Carvalho é Doutor em Direito, professor de Direito Processual Penal no Centro Universitário de Brasília, promotor de Justiça do MPDFT, conselheiro do CONEN/DF e autor do livro "Tráfico de Drogas - Prueba Penal Y Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales"

² Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende é Doutora em Direito, professora adjunta da Universidade de Brasília e autora do trabalho "A Ilusão do Proibicionismo: Estudo Sobre a Criminalização Secundária do Tráfico de Drogas no Distrito Federal".

para consumo na Lei 11.343/06 tendo em vista que na redação dos tipos penais verifica-se integral correspondência dos verbos?”. A partir de então, buscaremos solucionar esta incógnita por meio de três capítulos.

No primeiro capítulo, estudaremos, inicialmente, o estatuto jurídico que disciplina as substâncias entorpecentes no nosso ordenamento. Abordaremos o processo de criação da lei 11.343/06, a Nova Lei de Drogas, que surge como alternativa as Leis 6.368/76 e 10.409/02. Em seguida, ainda no primeiro capítulo, analisaremos, separadamente, cada uma das condutas delitivas em questão, alçando a semelhança que se encontra entre ambas e a maneira que lei lida com esta questão.

Neste sentido, a hipótese do presente trabalho sustenta que a Lei 11.343/06 fornece à autoridade judicial critérios apresentados como idôneos para classificar a conduta do agente, entretanto, por ora tais critérios se apresentam insuficientes, pois apenas sugerem e indicam a incidência dos tipos penais sem definir o juízo de imputação, não sendo únicos e exclusivos.

Ademais, sendo os critérios, apresentados como idôneos, insuficientes à diferenciação dos delitos, ao fim do primeiro capítulo, tratamos desta inobservância da lei frente o sistema de garantias penais e processuais. Em seguida, já no segundo capítulo, trataremos da questão dos entorpecentes sob o prisma da jurisprudência, a fim de confirmar a insuficiência dos critérios legais e compreender de que forma estes critérios são recepcionados pelos magistrados.

Em síntese, essa indefinição entre as condutas, não se restringe à lei, guardando, conseqüentemente, uma relação com a jurisprudência. Deste modo, nos utilizaremos, especificamente, de dois julgados para demonstrar os aspectos abordados no final do primeiro capítulo e a relação que a falta de diferenciação das condutas tem com a jurisprudência.

Os julgados analisados foram selecionados a partir de uma pesquisa jurisprudencial no sítio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Onde, primeiramente, buscamos por termos relacionados a tipificações errôneas, no sentido de usuários condenados por tráfico e vice-versa. A fim de reduzirmos o rol de precedentes, demos preferência à alguns em razão das teses alegadas pela

defesa dos recorrentes, que coadunavam com aspectos considerados expressivos pela doutrina. Então, selecionamos os precedentes que serão analisados tanto pela maneira que os juízes recepcionaram a intervenção da defesa, quanto pela forma com que se utilizaram dos critérios de classificação trazidos pela lei.

Deste modo, inicialmente, analisaremos um julgado referente ao porte para consumo e outro referente ao tráfico e, em seguida, avaliaremos a forma como que os juízes diferenciam o usuário do traficante. Por fim, no terceiro capítulo, mudamos o enfoque, apresentando estudo criminológico acerca da criminalidade e suas relações com os entorpecentes. A ideia é, portanto, abordar determinadas questões do fenômeno através do olhar da Criminologia, a fim de justificar o modo pelo qual o sistema penal se opera.

Assim, para compreender a relação da criminalidade com os delitos que envolvem entorpecentes, estudaremos, sob o prisma das teorias adotadas, a ação do sistema penal, especificamente, no tocante aos efeitos provenientes dos mecanismos de controle institucionalizados.

1 TRÁFICO ILEGAL E PORTE DE DROGA PARA CONSUMO: ESTATUTO JURÍDICO

O tráfico de drogas e o porte de drogas para consumo são delitos previstos na Lei 11.343/06, no entanto, não podemos nos referir e analisar estes delitos na lei sem que antes façamos uma análise do estatuto jurídico que os engloba, por esse motivo, faremos, primeiramente, uma análise das legislações pertinentes ao tema, inclusive, com aspectos doutrinários que enriqueçam o desenvolvimento desta.

Por conseguinte, analisaremos, separadamente, cada uma das condutas delitivas em questão, alçando a semelhança que se encontra entre ambas e a maneira que lei lida com esta questão, além das consequências provenientes deste problema.

1.1 Legislação brasileira sobre drogas

No tocante a questão das drogas, sempre houve insuperáveis discussões e controvérsias quanto a sua problemática, tanto por parte de especialistas, quanto por parte da população em geral, isso por afetar a todos, diretamente, ou não. Tal problemática não é exclusiva do âmbito interno, sendo considerada como um dos principais conflitos da sociedade contemporânea, no mundo todo.

No âmbito jurídico, pululam discussões, na seara do Direito Penal e, como veremos, também, na seara da Criminologia, desde as políticas de prevenção e repressão ao consumo de drogas até a necessidade de repressão ao tráfico, passando por estudos de criação de microssistemas jurídicos penais voltados especificamente para essas questões.

Posto isto, o Poder Legislativo, por sua vez, movimentou-se, no sentido de fazer refletir, no ordenamento jurídico, as discussões que se multiplicavam acerca da questão das drogas. Bem ou mal, o legislador acatou tanto as tendências aclamadas pela população, quanto às tendências por parte dos especialistas, nesse sentido, Mendonça e Carvalho anotam:

Em alguns pontos, premido pelo clamor popular que constantemente pressiona pela efetividade da segurança pública, contrariou

tendências de setores da doutrina penal que pregam pela insubsistência do agravamento das penas como meio de refrear as práticas criminosas. Por outro lado, acatou outras tendências, discutidas com ênfase pela comunidade medico-científica, e pareceu, aos olhos da população, estar tratando com mais leniência a questão das drogas.³

Assim, no panorama da legislação brasileira sobre drogas, a primeira alteração significativa, deu-se com o advento da Lei 10.409/02, que, com o objetivo de realizar a renovação do ordenamento jurídico, surgiu como alternativa a Lei 6.368, que estava em vigor desde 1976 e vinha sofrendo importantes críticas, pois, já não mais servia a refrear plenamente as nuances da criminalidade moderna e tampouco refletia os avanços nas pesquisas e estudos científicos sobre drogas.⁴

No entanto, ao invés de solucionar os problemas resultantes da lei anterior, a Lei 10.409/02 foi promulgada com tantas imperfeições técnicas⁵ e preceitos inconstitucionais que grande parte de seu conteúdo foi vetado pelo Presidente da República, sem que referido veto tenha sido derrubado pelo Legislativo.⁶

Destarte, a Lei 10.409/02 teve sua vigência inteiramente descaracterizada, tendo em vista que os vetos presidenciais impediram a aplicabilidade dos outros dispositivos que haviam sido sancionados. Deste modo o ordenamento jurídico, referente à questão das drogas, passou a ser composto por diplomas esparsos, passando a valer, conjuntamente, as Leis 6.368/76 e 10.409/02.

Em outras palavras, no que tange ao processo penal, a Lei 10.409/02 obteve plena vigência, restando à estrutura material do direito penal (delitos e

³ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Ed. Método, 2012, p. 17.

⁴ idem, p. 18.

⁵ Dentre as diversas imperfeições técnicas, cite-se que a legislação anterior, picotada por vetos presidenciais, era praticamente inaplicável; que era prevista a realização de dois interrogatórios, sem que ficasse claro o que se pretendia com isso; que se impunha a suspensão do processo para hipóteses de revelia com citação pessoa, dentre outros exemplos. Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos – Prevenção – Repressão, Comentários à Lei 10.409/2002 e a parte vigente da Lei 6.368/1976*. 12. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

⁶ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Drogas: Comentários à Lei n. 11.343, de 23.8.2006*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2006, p. 01.

penas) atrelada a antiga Lei 6.368/76⁷, uma vez que a Lei 10.409/02 recebeu veto presidencial integral no capítulo sobre os delitos e as penas, que constavam os tipos penais.

Não demoraram a surgir varias discussões doutrinarias e jurisprudenciais, gerando interpretações antagônicas sobre a aplicação de ambas as leis. Diante disso, ainda no ano de 2002, o Poder Executivo, responsável pelos vetos à anterior legislação, em regime de urgência, paralelamente, com o Poder Legislativo, elaboraram projetos e versões sobre a matéria, que foram agrupados, passando a seguir juntos, sob a rubrica de Projeto de Lei 7.134/2002.⁸

Considerada urgente, a matéria foi incluída na pauta da convocação extraordinária do Congresso Nacional ao cabo do ano de 2003, e iria ter lugar no mês de janeiro de 2004. Em vista de apresentar a versão final para o que viria a ser a nova Lei de Drogas, foi criado um grupo de trabalho formado por técnicos de diversos setores do Poder Executivo e do Poder Legislativo com o intuito de elaborar novo substitutivo ao projeto de lei em tramitação, de modo que, a matéria a ser apresentada, abarcasse os imperativos estabelecidos nas convenções internacionais, e as mais variadas escalas de conhecimento sobre a questão das drogas.⁹

Por sua vez, a criação desse grupo se mostrou imprescindível, entretanto, os trabalhos feitos por ele, apresentavam imperfeições, isso em razão da exigência de que um projeto de tamanha importância fosse discutido e refeito no curso de uma convocação extraordinária da Câmara dos Deputados, em aproximadamente duas semanas.¹⁰ Contudo, para Mendonça e Carvalho:

A urgência, que aqui, mais uma vez, foi inimiga da perfeição, era inteiramente desnecessária – prova disso é que o Senado Federal levou outros dois anos e meio para aprovar o projeto, que voltou à casa original por conta das alterações realizadas na Câmara.¹¹

⁷ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 63.

⁸ As informações sobre a tramitação das proposições podem ser verificadas nos sítios www.camara.gov.br e www.senado.gov.br.

⁹ FREITAS JUNIOR, op. cit., p. 02.

¹⁰ MENDONÇA; CARVALHO, op.cit., p. 19.

¹¹ idem.

O Projeto de Lei sofreu poucas alterações, quando de volta ao Senado Federal, mas, em alguns casos, foram retomadas redações de alguns dispositivos da proposta anterior que não condiziam com o restante do substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados, o que acabou por misturar disposições que divergiam em tudo – mais uma razão para as imperfeições da nova lei sobre drogas.¹²

Todavia, após receber alguns vetos presidenciais que não alteraram a essência do Projeto de Lei, a Lei 11.343/06, acabou por ser sancionada. Desta maneira, a denominada Nova Lei de Drogas, com qualidade superior às normas anteriormente vigentes¹³, veio ao ordenamento jurídico, porém, ainda, com diversos equívocos que são objetos de dúvida e controvérsia¹⁴, não se restringindo a formalidades, tratando-se, muitas vezes, de relevantes pontos da Lei.

Dentre esses equívocos, aos quais, a doutrina especializada¹⁵ não poupa críticas, iremos nos ater, especificadamente, à distinção normativa dos tipos penais de tráfico e porte de droga para consumo, vulgo uso, uma vez que a nova lei, não resolveu, definitivamente, as controvérsias e omissões legislativas desse ponto.

Ademais, no tocante as ações próprias ou facilitadoras do porte de drogas, houve a descarcerização por intermédio da proibição de pena de prisão, entretanto, no que tange ao tráfico a nova lei aumentou as quantidades mínimas de pena. Portanto a discrepante diferença entre as punições do tráfico e do porte de droga para consumo, e a semelhança entre os tipos, permite com que ações menos

¹² ibidem, p. 20.

¹³ Vale notar que a nova legislação passou a ser a única em vigor, a regulamentar toda a matéria referente ao uso e disseminação de drogas, já que em seu artigo 75, revogou expressamente as duas lei anteriores (Lei 6.368/76 e Lei 10.409/02).

¹⁴ Dentre os diversos equívocos, cite-se que na nova legislação, foram mantidos, o contexto de utilização de lei penal em branco, nos mesmos moldes da legislação revogada; tipos penais isentos de precisão semântica; inúmeros verbos nucleares do tipo penal, dentre outros exemplos. Nesse sentido: WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de drogas e o sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.68.

¹⁵ Por ora, referimos-nos aos doutrinadores com os quais dialogamos, tais como Mariana de Assis Brasil e Weigert, Salo de Carvalho, Maria Lucia Karam, dentre outros doutrinadores.

danosas sejam processadas e punidas como se tráfico fossem.¹⁶ Nesse sentido, faz-se necessário, de forma clara e objetiva, a diferenciação entre os tipos penais.

1.2 Tráfico e porte de drogas para consumo: identidade de condutas entre os delitos

Nos termos da Lei 11.343/06 é tênue o liame entre os tipos tráfico e porte de drogas para consumo, portanto, para que, de forma clara e objetiva, possamos vir a diferenciar o traficante do mero usuário, faz-se necessário compreender cada um desses tipos penais.

O artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, estipula as condutas típicas relativas ao tráfico ilícito de drogas, possuindo regras penais e procedimentais próprias, diversas daquelas previstas aos meros usuários ou dependentes de drogas. Em suas penas estará incurso aquele que:

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.

Em razão da lógica onicompreensiva, que pretende punir qualquer conduta que contribua, ainda que, minimamente, a disseminação de drogas e ao consumo, faz-se necessária à diferenciação das condutas de significado impreciso.

Em relação às condutas nucleares, “importar” significa trazer a droga do exterior para dentro do país, por qualquer meio, inclusive pelo correio, ou seja, introduzir a droga no território nacional, enquanto “exportar” é dar caminho inverso ao entorpecente, de modo que este saia dos limites espaciais do território brasileiro, ou seja, fazer com que a substância vá do Brasil a outro país qualquer, irregularmente.¹⁷

Já o verbo “remeter”, por seu turno, “tem o sentido de enviar, destinar, por qualquer meio a droga de um local a outro, mas sem que esta saia do país, e se consuma com a mera remessa, independentemente de ter chegado ao

¹⁶ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de drogas e o sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.78.

¹⁷ MENDONÇA; CARVALHO, op. cit., p. 100.

destinatário.”¹⁸ É a conduta daquele que se desfaz da posse da droga, transferindo-a a terceira pessoa, ou a outro local, dentro do território nacional.

Segundo Bizzotto e Rodrigues, há distinção entre as condutas de “preparar”, “produzir” e “fabricar”:

Preparar constitui a operação física ou química, destinada a compor a droga, ou seja, seria a ação de misturar substâncias a fim de obter como resultado a droga. Produzir assemelha-se ao preparo, mas se diferencia por resultar numa substância entorpecente até então inexistente, ou seja, parte-se do ponto zero da criação da droga. Assim, na conduta de preparar, o agente apenas mistura substâncias já conhecidas, na conduta de produzir, ele mistura várias substâncias, criando uma nova droga. Fabricar, em contraste com os dois verbos anteriores, identifica-se com a produção em massa, com uso de maquinário ou instrumentos industriais.¹⁹

“Adquirir” consiste na obtenção da propriedade da droga, ou seja, a aquisição da substância ilícita sob qualquer forma, onerosa ou gratuitamente, bastando o ajuste entre o adquirente e o fornecedor, sendo prescindível o efetivo recebimento da droga ou do pagamento desta. A inexistência de tradição, portanto, não tem interferência na consumação do delito. O agente que acerta a compra da droga, dessa forma, responderá por tráfico consumado.²⁰

“Vender” é a disposição onerosa da droga, podendo ter o preço fixado em dinheiro ou mercadoria. É prescindível, do mesmo modo que na conduta de adquirir, que o agente entregue a droga ao comprador, bastando a prova do acerto realizado entre ambos. “Expôr à venda”, por sua vez, tem o sentido de exibir a droga a eventuais compradores, consiste em deixar à mostra para venda, ou seja, é a oferta tacita aos consumidores.²¹

O verbo “oferecer” tem o significado de prestar informações aos eventuais consumidores, esclarecendo que lhes podem ser fornecidas as substâncias ilícitas, a título oneroso ou gratuito, ou seja, colocar a disposição de terceiro para sua aceitação. É irrelevante para a consumação do delito, nesta modalidade, o contato

¹⁸ FREITAS JUNIOR, op. cit., p. 49.

¹⁹ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Nova Lei de Drogas: Comentários à Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007, p. 56.

²⁰ MENDONÇA; CARVALHO, op.cit., p. 101.

²¹ FREITAS JUNIOR, op. cit., p. 51.

com a droga, bastando, tão somente, realizar a intermediação com os consumidores.²²

Igualmente importante é a diferenciação entre as condutas de “ter em depósito” e “guardar”. Ambas exprimem a mesma ideia, ou seja, a retenção da droga, pouco importando se o acusado é ou não proprietário da mesma, ocorre que na primeira a retenção da droga, tem caráter de provisoriedade, sugerindo fácil alcance, que possibilite o deslocamento rápido da droga de um lugar para outro, enquanto que na segunda conduta a ação é no sentido de mera ocultação da droga, desnecessário, ainda, que a droga esteja estocada em local próximo ao agente.²³

Ressaltam-se, também, as condutas de “transportar” e “trazer consigo”. A primeira constitui a condução da droga de um local para outro por intermédio de algum meio de locomoção que não o pessoal, pois nesse caso configurar-se-ia o trazer consigo. A segunda conduta, por seu turno, configura-se com o transporte da droga em poder do agente, junto a ele ou materialmente a ele ligado, o que normalmente significa junto ao corpo, nas roupas, bolsa, etc.²⁴

No núcleo do tipo “prescrever” há a configuração de crime próprio, isto é, que só pode ser praticado por aqueles que em situação de exercício profissional prescrevam drogas, geralmente médicos e dentistas. Trata-se de recomendação ou ordem profissional, evidentemente contrária a qualquer critério científico para fins terapêuticos, que assume caráter de pseudoautorização para utilização da droga.²⁵

Em contrapartida, a conduta de “ministrar”, que consiste na ação de inocular, aplicar a droga em alguém, apesar de comumente praticada por enfermeiros, farmacêuticos e demais profissionais da saúde, não se trata de crime próprio, restrito a tais profissionais, podendo ser praticada por qualquer pessoa.²⁶

Ainda é necessário distinguir-se entre “entregar a consumo” e “fornecer drogas”. Ambas as condutas referem-se à entrega da droga à terceiro, portanto, a distinção entre as condutas está na continuidade desta entrega, pois, a primeira se

²² BIZZOTTO; RODRIGUES, op. cit., p. 59.

²³ WEIGERT, op. cit., p.71.

²⁴ MENDONÇA,; CARVALHO, op. cit., p. 102.

²⁵ WEIGERT, op. cit., p.72.

²⁶ BIZZOTTO; RODRIGUES, op. cit., p. 60.

caracteriza pela entrega única, esporádica, uma vez que, o fornecimento, vincula-se a ideia de continuidade no tempo, habitualidade, de entrega continua durante determinado lapso temporal.²⁷

Como podemos ver, o delito do artigo 33 contém em sua redação diversos núcleos do tipo, isto é, vários verbos que expressam a incidência da conduta alcançada pelo tipo penal, porquanto, trata-se de tipo penal de ação múltipla ou conteúdo variado, ou seja, uma única norma incriminadora que tipifica várias condutas, bastando, para caracterização do crime, a prática de uma única ação dentre as previstas.

Desse modo, verifiquemos que, no tocante a pena cominada ao delito, a nova lei inovou com o aumento da pena, tanto a privativa de liberdade, quanto a pecuniária. A pena mínima cominada ao delito foi aumentada de três para cinco anos, enquanto a pena pecuniária, a fim de desestimular a prática delitiva, foi elevada de 50 a 360 dias-multa para 500 a 1.500 dias-multa. Ademais, a processualização do delito é das mais danosas que o imputado pode sofrer na lei brasileira, uma vez que a Constituição Federal equipara tal delito aos crimes hediondos.²⁸

O porte de droga para consumo próprio, por sua vez, está disciplinado no artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/06, possuindo, também, regras penais e procedimentais próprias. De acordo com o referido texto legal, incorre em suas penas “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”²⁹

Percebe-se, portanto, que todas as condutas descritas em seu texto estão também previstas no tipo penal do tráfico. Ademais, podemos concluir que o consumo em si não é punido, uma vez que, o legislador de maneira indireta o criminalizou, de modo que tipificou toda conduta a ele relacionada, tornando

²⁷ *ibidem*, p. 61.

²⁸ Art. 5º, XLIII, da Constituição Federal: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

²⁹ Art. 28. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Nova Lei de Drogas. Brasília, DF.

praticamente impossível utilizar drogas sem incorrer em pelo menos um verbo nuclear do artigo 28.³⁰

Exatamente do mesmo modo que o delito de tráfico, o tipo do artigo 28, por conter vários verbos nucleares do tipo é igualmente classificado como crime de ação múltipla ou conteúdo variado. Além disso, trata-se, também, de delito doloso e comissivo, pois suas condutas necessitam, pela vontade humana, de estarem destinadas ao fim de consumo pessoal de drogas.³¹

Outro ponto relevante a ser enaltecido no que se refere à conduta do usuário, é que a nova lei inovou com a desprisionalização do tipo do artigo 28, ou seja, proibiu a pena de prisão para quem incorre nessa infração, contudo, não podemos confundir a referida desprisionalização com a descriminalização, o que não houve, pois o artigo 28 da Lei 11.343/06 manteve as condutas dos usuários criminalizadas, alterando apenas a sanção prevista, impedindo, a pena de prisão.³²

Ademais, diferentemente dos delitos relacionados ao tráfico, o porte de drogas para consumo será processado no rito sumário, pois, nos termos do artigo 48, §1º, da Lei 11.343/06, foi incluído entre os crimes de menor potencial ofensivo, cuja competência para processar e julgar, pertence aos Juizados Especiais Criminais.³³

Frise-se, nesse sentido, que a discrepância entre as processualizações dos delitos de porte de droga para consumo e tráfico de drogas – mais danosa (Lei dos Crimes Hediondos) e mais branda possível (Juizados Especiais Criminais) – é

³⁰ WEIGERT, op. cit., p.73.

³¹ MENDONÇA; CARVALHO, op. cit., p. 105.

³² Nesse sentido, vale transcrever em parte, decisão do Superior Tribunal de Justiça no HC 113.531/SP, da lavra da Ministra Laurita Vaz: “[...] O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ, rejeitou as teses de *abolitio criminis* e infração penal *sui generis* para o crime previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização [...]” (STJ - HC: 116531 SP 2008/0213223-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 26/05/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2009).

³³ Diz o artigo 48, §1º, da Lei 11.343/06: O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

um dos maiores problemas da nova lei.³⁴ No tocante a falta de proporcionalidade, de maneira geral, Azevedo e Azevedo explicam que:

[...] no Brasil, para o bem e para o mal, continuamos ecléticos: (a) a Lei nº 8.072/90 (dos crimes hediondos) é claramente contrária ao Estado de Direito, violando princípios como da proporcionalidade, da igualdade, da individualização da pena. Sua filosofia é: para crimes graves, penas extremadas, regime carcerário fechado, restrição aos poderes do juiz. Esta lei filia-se ao movimento 'Law and Order'. E temos (b) a Lei nº 9.099/95, que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. O crime de menor gravidade submete o autor a simples audiência para composição (cível) do dano e/ou transação penal, em que a sanção é aplicada, sem condenação. Esta lei filia-se à corrente do direito penal consensual, mas é preciso consignar que o faz com sacrifício do direito de ampla defesa e da presunção de inocência.³⁵

Portanto, a diferença entre as processualizações e as punições de tráfico e porte para consumo e a correspondência da integralidade dos verbos do artigo 28 com hipóteses previstas no artigo 33 tendem a possibilitar que ações menos danosas sejam processadas e punidas como se tráfico fosse, e vice-versa. Isto contribui para que ocorra a fundamental diferenciação entre condutas tão distintas no que tange à lesão causada ao bem jurídico tutelado (princípio da proporcionalidade).

1.3 O silêncio da lei frente o sistema de garantias penais e processuais

O modelo de intervenção do nosso direito penal pode ser identificado como um modelo intermediário que se encontra entre dois polos opostos – o modelo de direito penal mínimo (caracterizado por um modelo de intervenção, rigidamente, limitado às normas jurídicas, tanto as de direito penal, quanto as de processo penal) e o modelo de direito penal máximo (identificado pela ausência total de limites no tocante ao exercício do poder punitivo). Nesse sentido, Ferrajoli aduz:

Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira [tendência ao direito penal mínimo] os níveis normativos superiores e, a outra [tendência ao direito penal máximo], os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência

³⁴ WEIGERT, op. cit., p.78.

³⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. *Política Criminal e Legislação Penal no Brasil: Histórico e Tendências Contemporâneas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 60.

tendencial dos primeiros e uma ilegitimidade tendencial dos segundos.³⁶

Observamos, desde logo, que em um mesmo ordenamento jurídico, a existência de normas, que ora tendenciais ao modelo de direito penal mínimo, ora ao modelo de direito penal máximo, possibilitam, por sua vez, a violação do sistema de garantias penais e processuais que é expresso por meio de princípios atinentes a pena, ao delito e ao processo.

À vista disso, no tocante aos delitos de porte de droga para consumo e tráfico de drogas, podemos perceber o convívio dessas duas tendências opostas – direito penal mínimo e direito penal máximo – no mesmo ordenamento (Lei nº 11.343/06). Observa-se, todavia, que o tipo de porte de droga para consumo é tendencial ao modelo de direito penal mínimo, enquanto que, o tipo de tráfico de drogas é tendencial ao modelo de direito penal máximo.

Como já mencionamos, a nova lei inovou com a desprisionalização do porte para consumo próprio, proibindo a pena de prisão para quem incorre nos delitos previstos no artigo 28, e no tocante a processualização, o porte de drogas para consumo passou a ser processado no rito sumário, tendo sido recepcionado pela lei como crime de menor potencial ofensivo, cuja competência para processar e julgar, pertence aos Juizados Especiais Criminais.

Neste aspecto, tivemos, por conseguinte, uma tendência ao direito penal mínimo,³⁷ com a redução do direito penal a níveis mínimos, alcançada pela ampliação de um sistema quase que consensual, através da adoção de penas alternativas à pena privativa.

Por outro lado, quanto ao tipo de tráfico de drogas a nova lei inovou no aumento da pena mínima cominada ao delito, que foi aumentada de três para cinco anos, enquanto que a pena pecuniária foi elevada de 50 a 360 dias-multa para 500 a 1.500 dias-multa. Ademais, a processualização do delito é nos termos da Lei

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2006, p. 102.

³⁷ Mais a frente, analisaremos a concepção do direito penal mínimo, com base nos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni dentre outros doutrinadores.

8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), uma vez que a Constituição Federal equipara tal delito aos crimes hediondos.

A Lei 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, surgiu diante de um movimento de bem e ordem, caracterizado por um sensacionalismo, gerador de pânico, que objetivava o extermínio de alguns crimes, por meio de um terror penal, que buscava, basicamente, como solução, repreensões cada vez mais severas, para elidir as consequências e não as causas da criminalidade.³⁸

Logo, a mera processualização do delito nos termos da Lei dos Crimes Hediondos, já demonstra uma tendência ao direito penal máximo, uma vez que, a Lei 8.072/90 é claramente contrária ao Estado de Direito, violando princípios constitucionais, como o da proporcionalidade, da igualdade, da individualização da pena.³⁹

Não obstante, o convívio dessas duas tendências opostas, no mesmo ordenamento, como já alertamos, possibilita, por sua vez, a violação do sistema de garantias penais e processuais que é expresso por meio de princípios atinentes a pena, ao delito e ao processo, dos quais muitos possuem respaldo constitucional. Por ora, iremos nos atentar ao princípio da legalidade.

O princípio da legalidade decorre do brocardo latino *nulla poene, nullum crimen sine lege* (não há pena, não há crime sem lei), e expressa à sujeição dos juízes, seus destinatários, ao ordenamento jurídico, independentemente do conteúdo das normas, ou seja, não podem possuir poderes discricionários, salvo nas hipóteses autorizadas pela lei, onde a liberdade de ação estará limitada a tais hipóteses.⁴⁰

Nesse sentido, importa ressaltar que a Lei 11.343/06 fornece, aos juízes, no artigo 28, §2º, dados apresentados como idôneos à classificar as condutas entre porte de drogas para consumo pessoal e tráfico ilícito, vejamos:

³⁸ TOVIL, Joel. *A (nova) Lei dos Crimes Hediondos Comentada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 15/17.

³⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. *Política Criminal e Legislação Penal no Brasil: Histórico e Tendências Contemporâneas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 60.

⁴⁰ FERRAJOLI, op. cit., p. 93.

Art. 28. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Embora a nova lei tenha trazido alguns critérios para serem utilizados como parâmetro para que a autoridade judicial classifique os delitos, estes não são suficientes para tanto. Os critérios, apresentados pela lei, para classificação, tais como quantidade, local e antecedentes, “podem apenas sugerir e indicar a incidência dos tipos penais do artigo 33 ou do artigo 28. Nunca, porém, definir o juízo de imputação como se tais critérios fossem únicos e exclusivos, exatamente por se tratarem de elementos objetivos do tipo.”⁴¹

Destaca-se, portanto, que a lei outorga aos magistrados, certa liberdade de ação, discricionariedade, no que concerne a classificação dos tipos penais, diante das circunstâncias ora apresentadas a estes, uma vez que esta, não definiu o que é porte e o que é tráfico propriamente dito.

Nesse sentido, vale dizer que não somente os magistrados possuem esta discricionariedade no tocante a classificação dos tipos penais, mas as instâncias oficiais como um todo, isto é, as agências de controle, o sistema penal de acusação. Como veremos, são os policiais que decidem quem irá ou não ser processado por mero uso ou tráfico, contudo, são os magistrados que definem, no final, qual pena será, eventualmente, imposta aos acusados.

Desse modo, a discricionariedade autorizada pela lei, possibilita, diante da falta de critérios suficiente à classificação das condutas, que as autoridades judiciais exerçam com arbitrariedade a diferenciação da conduta ora praticada pelo usuário, ora praticada pelo traficante, o que implica em decisões equivocadas, que expressam, muito mais, as convicções pessoais dos magistrados do que o próprio texto legal.⁴²

Nesse sentido, é válido ressaltar que não podemos confundir discricionariedade com arbitrariedade, posto que, a primeira representa uma

⁴¹ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 205.

⁴² WEIGERT, op. cit., p. 83.

autonomia de escolha exercida sob a égide da lei, de modo que não haja um exercício ostensivo de competências, e em sentido oposto, a segunda representa uma afronta à discricionariedade outorgada, uma vez que a autoridade judicial extrapola os limites da liberdade autorizada pela lei.⁴³

Ademais, essa indefinição entre as condutas, não se restringe a lei, guardando, conseqüentemente, uma relação com a jurisprudência, uma vez que nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça, incumbido de uniformizar a jurisprudência, é unânime no assunto, tendo em vista a divergência de entendimentos entre as Câmaras Criminais, que diante da mesma matéria se posicionam de maneira diferente.⁴⁴ Nesse sentido, Leonardo Sica, critica:

Os juízes aplicam a lei de maneira errática, eles fazem cálculos aleatórios, que muitas vezes não fazem sentido. A falta de definição legal abre espaço pra opinião pessoal do juiz. Esse critério moral é muito perigoso e varia dependendo de o juiz ser mais liberal ou mais conservador.⁴⁵

Assim, a classificação da conduta de tráfico ilícito ou porte de droga para consumo pessoal, fica a critério da vara, câmara ou turma para onde o processo será distribuído, pois, nesse caso, tem pouco de lei e muito mais de sorte.

Portanto, observamos que a o silêncio da lei em não conceituar ambas as condutas delitivas, e nem em dispor de critérios para que essas sejam diferenciadas de forma inequívoca, condiciona a uma arbitrariedade nas decisões judiciais, que, implica numa, explícita, violação de princípios, que, por ora, expressam um sistema de garantias penais e processuais.

Por fim, importa ressaltar, novamente, a necessidade de diferenciar as condutas de tráfico ilícito e porte de droga para consumo pessoal, uma vez que, resta demonstrada que aqui tratamos de uma das maiores problemáticas da Lei 11.343/06, de modo que, tanto a lei, quanto a jurisprudência, demonstram-se

⁴³ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. São Paulo: Rideel, 2010, p. 104-314.

⁴⁴ SCRIBONI, Marília. *Punição Subjetiva: Lei e jurisprudência não definem conceito de tráfico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-15/jurisprudencia-lei-confundem-diferencas-entre-porte-trafico-drogas>>. Acessado em: 26 de maio de 2014.

⁴⁵ SICA, Leonardo. *Punição Subjetiva: Lei e jurisprudência não definem conceito de tráfico*. Entrevistado por Marília Scriboni. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-15/jurisprudencia-lei-confundem-diferencas-entre-porte-trafico-drogas>>. Acessado em: 26 de maio de 2014.

indefinidas quanto a classificação das condutas, o que permite, conseqüentemente, inequívocas decisões, que violam, inclusive, princípios garantistas do direito penal.

2 ASPECTOS JURISPRUDÊNCIAIS ACERCA DO TRÁFICO E PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

A Lei 11.343/06 não conceitua o que vem a ser tráfico propriamente dito, nem o que é porte, apenas apresenta critérios para que as autoridades judiciais utilizem como parâmetro para diferenciar ambas as condutas. Por ora, tais critérios, demonstram-se insuficientes para distinguir as condutas e, por conseguinte, abrem espaço para a arbitrariedade, de modo que as decisões possam vir a violar garantias penais e processuais.

Assim, tais circunstâncias implicam em uma aplicação equivocada da lei, de modo que a conduta imputada ao réu fica a critério do juízo para onde o processo foi distribuído, o que demonstra que essa indefinição entre as condutas, não se restringe à lei, guardando, conseqüentemente, uma relação com a jurisprudência.

Em síntese, diante do extenso rol de precedentes jurisprudenciais, tanto no tocante ao usuário, quanto ao traficante, nos utilizaremos, especificamente, de dois casos que demonstram bem a arbitrariedade que tratamos no final do capítulo anterior.

Os julgados analisados foram selecionados a partir de uma pesquisa jurisprudencial no sitio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Onde, primeiramente, buscamos por termos relacionados a tipificações errôneas, no sentido de usuários condenados por tráfico e vice-versa. Posteriormente, a fim de reduzirmos o rol de precedentes, demos preferência à alguns em razão das teses alegadas pela defesa dos recorrentes, que coadunavam com aspectos considerados expressivos pela doutrina, como, por exemplo, a insignificância e o tráfico de pequena monta. Por último, selecionamos os precedentes que serão analisados tanto pela maneira que os juízes recepcionaram a intervenção da defesa, quanto pela forma com que se utilizaram dos critérios de classificação trazidos pela lei.

2.1 O usuário à luz da jurisprudência

Neste primeiro momento, importa-nos analisar de maneira crítica a forma com que o Poder Judiciário vem tratando a pessoa do usuário de drogas, quer seja como mero usuário, quer seja como um dependente químico. Nesse sentido, é possível inferir uma posição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios por meio do julgado que analisaremos. Diz a ementa:

PENAL. PORTE DE ENTORPECENTES. CONJUNTO PROBATÓRIO HARMÔNICO E CONCLUSIVO. INSIGNIFICÂNCIA. AUTOLESIVIDADE. AUSENTES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. CABÍVEL AO CASO. CUSTAS. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO AFASTA.

1. O contexto probatório como um todo aponta para a autoria e materialidade do delito, sendo excertos esparsos insuficientes para afastar esses fatos.
2. O porte de pequena quantidade de entorpecentes não implica em insignificância apta a afastar a responsabilidade pelo delito, que já é proporcional à quantidade.
3. Não configura autolesividade o porte de entorpecentes, pois este é causa e razão da existência do tráfico, altamente lesivo à sociedade.
4. As penas do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não são sucessivas, mas cumulativas, dependendo sua aplicação da necessidade e adequação à repressão do crime, elementos que foram bem sopesados pela sentença.
5. A hipossuficiência de renda determina o sobrestamento da condenação ao pagamento das custas, mas não a sua isenção.
6. Apelação conhecida, mas improvida.
7. Custas pelo apelante.⁴⁶

Trata-se de uma apelação criminal contra sentença que condenou o apelante como incurso no artigo 28 da Lei de Drogas (porte de entorpecentes para consumo próprio), à pena de prestação de serviços à comunidade⁴⁷. Nela, afirma-se

⁴⁶ TJ-DF - APJ: 20110111649456 DF 0164945-49.2011.8.07.0001, Relator: FLÁVIO AUGUSTO MARTINS LEITE, Data de Julgamento: 25/03/2014, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE: 08/04/2014.

⁴⁷ Na sentença que condenou o apelante, verificou-se a materialidade do delito, devidamente comprovada pelo laudo de exame químico e pela prova oral colhida, e, igualmente, e pelas mesmas razões, a autoria do delito fora, seguramente, segundo o juiz de primeiro grau, atribuída ao apelante. Ao dosar a pena o juiz denotou que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie; não era portador de maus antecedentes; poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social e personalidade; o motivo do delito foi desconhecido; as circunstâncias do crime se encontravam relatadas nos autos, não tendo o delito produzido consequências outras; não se pôde cogitar sobre eventual participação da vítima na prática do delito. Não concorreram circunstâncias atenuantes nem tampouco agravantes, bem como inexistiam causas de diminuição ou de aumento de pena, razão pela qual ficou o réu condenado a prestação de serviços à comunidade.

a insuficiência de provas, eis que as testemunhas não viram objetivamente a posse afirmada na sentença, e, ainda, a insignificância e a autolesividade.

De fato, a prova deve ser analisada como um todo, e não apenas em excertos espalhados, portanto, segundo o juiz relator, o conjunto probatório indicava sem sombra de dúvida que a substância apreendida era entorpecente e estava na posse do apelante, o que demonstra autoria e materialidade corretamente reconhecidas pela sentença.

Nesse sentido, vale ressaltar que é em análise do conjunto probatório que o juiz valer-se-á dos critérios apresentados pelo §2º do artigo 28 da Lei 11.343/06 para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal ou não. Logo, para que o conjunto probatório possa vir a condenar alguém, deve estar composto de indícios de autoria e de materialidade.⁴⁸

Ademais, acerca da afirmação defensiva sobre a insignificância, o relator, como significativa parcela das autoridades judiciais, entendeu que o crime de porte de entorpecentes refere-se explicitamente à pequena quantidade eis que a diferenciação entre quantidades pequenas e grandes é determinante para caracterizar o tráfico,⁴⁹ e exatamente porque a lei já estabeleceu a quantidade diminuta, não coube afastar a condenação em razão da insignificância.

⁴⁸ Os indícios de autoria, dentre vários meios, se dão, normalmente, como no presente caso, através da oitiva de testemunhas, por outro lado, os indícios de materialidade se dão, principalmente, pelo exame toxicológico.

⁴⁹ Neste sentido, vale transcrever em parte, decisão do Superior Tribunal de Justiça no HC 181.486/SP da lavra do Ministro Jorge Mussi: “[...] Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena porção apreendida com o paciente - 2,3 g (dois grama se três decigramas) de maconha - ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 trata-se de crime de perigo abstrato e, além disso, a reduzida quantidade da droga é do perigo abstrato do crime de porte de entorpecentes para uso próprio. 2. Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes [...]” (STJ - HC: 181486 SP 2010/0144629-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 13/09/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/10/2011). Ver, ainda: RESP - APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGA - ANIMUS DE TRAFICAR - CONFIGURAÇÃO. - A apreensão de grande quantidade de drogas configura o animus de traficar, somente ilidível quando alega a finalidade exclusiva de uso próprio, com robusto material probante favorável ao mesmo. - Precedentes. - Recurso provido para restabelecer a sentença de 1º grau. (STJ - REsp: 163640 RS 1998/0008367-7, Relator: Ministro JORGE

Contudo, deve ser reconhecida a discussão na doutrina e jurisprudência no tocante a aplicabilidade do princípio da insignificância. Com o advento da nova lei, a questão ganhou novas diretrizes, não mais se justificando a adesão à tese que admitia a aplicabilidade.

É que na vigência da lei 6.368/76, penalizava-se em até dois anos de detenção o mero usuário detentor de considerável monta. Nesse sentido, Mendonça e Carvalho anotam:

O tratamento penalizante conferido ao usuário realmente ensejava reflexões sobre a desproporcionalidade entre a conduta de quem porta pequena quantidade de droga para uso imediato e a sanção de prisão. Daí boa parte da doutrina aduzir a aplicabilidade do princípio da insignificância a esse delito.⁵⁰

Com o tratamento que a Lei 11.343/06 conferiu ao usuário, não se pode mais falar em desproporção entre o ato e a sanção, uma vez que, a lei confere ao delito, a processualização mais branda possível. Entretanto, há, ainda, precedentes na jurisprudência que reconhecem a insignificância.⁵¹

Por fim, no tocante à afirmação defensiva sobre a autolesividade, o relator entendeu que, devido o tráfico de entorpecentes ser uma das maiores mazelas da

SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 19/08/1999, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/10/1999, p. 78, RSTJ vol. 127 p. 445).

⁵⁰ MENDONÇA; CARVALHO, op. cit., p. 63.

⁵¹ Conforme notícia divulgada no sitio do STF, a respeito do julgamento do HC 110.475: “Foi concedido, na tarde de hoje (14), pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), o Habeas Corpus (HC) 110475, impetrado pela defesa de um condenado por porte de entorpecente em Santa Catarina. Pela ausência de tipicidade da conduta, em razão da “quantidade ínfima” (0,6g) de maconha que ela levava consigo, a Turma entendeu que, no caso, coube a aplicação do princípio da insignificância. Segundo o relator, ministro Dias Toffoli, P.L.M. foi condenado à pena de três meses e 15 dias de prestação de serviços à comunidade, conforme o artigo 28 da Lei 11.343/06, pois ele foi preso em flagrante ao portar, para uso próprio, pequena quantidade de substância entorpecente. [...] Para o relator, ministro Dias Toffoli, “a aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige que sejam preenchidos requisitos tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e relativa inexpressividade da lesão jurídica”. O que, segundo o relator, ocorreu no caso. [...] Assim, por entender que, no caso houve porte de ínfima quantidade de droga, a Primeira Turma, acompanhando o relator, deferiu o pedido de aplicação do princípio da insignificância e determinou o trancamento do procedimento penal instaurado contra P.L.M., invalidando todos os atos processuais desde a denúncia, inclusive até a condenação imposta, por ausência de tipicidade material da conduta.” Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200147>>, Acessado em: 01 jun. 2014.

sociedade, origem de diversos outros crimes graves, por raciocínio óbvio, sem consumo não haveria tráfico. Dessa forma, entendeu por incabível a afirmação de autolesividade em razão do crime praticado pelo apelante ser a origem de diversos outros crimes que lesionam a sociedade.

Ressalta-se, contudo, que a criminalização do comércio de drogas, tanto por parte do traficante, quanto por parte do usuário, tem por objetivo tutelar o bem jurídico saúde pública, trata-se, portanto, de tutela de bem jurídico coletivo, abstrato e não individualizado, na medida em que se refere à generalidade.⁵²

Nesse sentido, parte da doutrina entende que não é constitucionalmente possível impor proibição penal a comportamentos unicamente imorais, malvados ou hostis, pois, são opções que surgem a partir da personalidade de cada um, e estão inseridas em uma parcela de direitos individuais, inacessível ao Estado, e, ainda, seria imprescindível a efetiva lesão a terceiros.⁵³

Esta é uma das razões pela qual parte da doutrina entende que a criminalização do consumo não se justifica, uma vez que, trata-se de mero ato autolesivo, que causa dano somente ao indivíduo que o pratica. Ferrajoli refere, nesse contexto, que a punição do consumo de drogas, nada mais é, do que o castigo da toxicomania, assim ele aduz:

O que é grave, sob o ponto jurídico, é a punição de uma condição pessoal enquanto tal, a qual contradiz o clássico princípio do Estado de Direito, aquele segundo o qual se pode ser punido apenas pelo que se faz e não pelo que se é, como se age e não pela própria identidade.⁵⁴

Outro argumento defendido por parcela da doutrina é o de que, sendo conduta autolesiva, há violação ao postulado da lesividade, que limita a esfera das proibições penais somente às ações reprováveis que acarretam efeitos danosos a terceiros. Nessa trajetória de pensamento, Maria Lucia Karam anota:

[...] a aquisição ou posse de droga para uso pessoal, da mesma forma que a autolesão ou a tentativa de suicídio, situa-se na esfera de privacidade de cada um, não podendo nela o direito intervir, pois o

⁵² WEIGERT, op. cit., p.69.

⁵³ Por ora nos referimos à Maria Lucia Karam, Carlos González Zorrilla, dentre outros doutrinadores.

⁵⁴ FERRAJOLI, op. cit., p. 153.

direito não pode punir o autoprejuízo, não pode intervir em condutas que não saiam da esfera individual, que não tenham potencialidade para afetar terceiros.⁵⁵

Nesse sentido, entende-se que na conduta (autolesiva) daquele que adquiriu ou tem a posse de substâncias destinadas à consumo próprio, não há como identificar lesão à saúde pública, vista a ausência de possibilidade de expansão do perigo a outra pessoa, como referido. Salientando, portanto, que sequer é concreto o dano à saúde individual, pois dependendo da substância, da quantidade e do modo, seu uso pode não acarretar nenhum ou ínfimo prejuízo.⁵⁶

Diferentemente deste entendimento, observemos, no entanto, que não somente a lei, mas, também, a jurisprudência continua sendo orientada por concepções pessoais, pautados, por exemplo, pelo entendimento de que “o usuário de drogas sustenta o tráfico, gera problemas para a família, para a sociedade e, de um certo modo, por uma questão humanitária, não se pode esquecer que a autolesão que pratica afeta a todos de um jeito ou de outro.”⁵⁷

Por ora, o que ocorre é que em nome destes “bens jurídicos universais, descritos de maneira vaga, capazes de justificar qualquer tipo de cominação penal”⁵⁸, como, por exemplo, a saúde pública, os direitos individuais é que são agredidos, atuando-se conforme a lógica do direito penal do autor, em que todo o usuário torna-se traficante em potencial.

Por fim, vale ressaltar, ainda, que, o voto do desembargador vogal e do desembargador revisor acompanhou o voto do relator, tendo sido o recurso, conhecido, porém, desprovido por unanimidade.

⁵⁵ KARAM, Maria Lucia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, Rio de Janeiro: LUAM, 1991, p. 67.

⁵⁶ WEIGERT, op. cit., p.85.

⁵⁷ BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Comentário Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43.

⁵⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Visões da Sociedade Punitiva: Elementos para uma Sociologia do Controle Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.53.

2.2 O traficante à luz da jurisprudência

Neste segundo momento, iremos, do mesmo modo, analisar de que forma que a pessoa do traficante vem sendo tratada pelo poder judiciário. Por ora, teremos como base uma decisão, também, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Logo, nos importa transcrever, em partes, a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO DE DROGAS. 19,92G. MACONHA. TER EM DEPÓSITO. DESCLASSIFICAÇÃO. [...] INVIABILIDADE. [...] PROVAS SUFICIENTES. [...] CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não há falar em absolvição ou desclassificação para o crime do artigo 28 da Lei 11.343/2006 quando há nos autos prova suficiente da prática do tráfico (amoldando-se a conduta ao tipo do artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/2006), diante da considerável quantidade e forma de acondicionamento do entorpecente, aliada ao vultoso numerário encontrado, cuja origem e destinação não se comprovou.
[...]

4. A negativa da traficância pela apelante não é fundamento suficiente a possibilitar o reconhecimento de sua inocência. Trata-se de alegação respaldada em seu direito de defesa, de guarida constitucional, mas que deve estar em consonância com os demais elementos de prova apresentados, o que não ocorreu na espécie.

5. Ainda que não tenha sido apreendido nenhum objeto ou petrecho comumente utilizado para o comércio de drogas, como balança de precisão, ou mesmo qualquer anotação referente à contabilidade do tráfico, impossível prestigiar quaisquer das teses aventadas pela nobre Defesa, uma vez que tais circunstâncias não são condições para a consumação do crime de tráfico de drogas.

6. A condição de usuária que ostenta a recorrente também não tem o condão de ilidir a tese acusatória e afastar a comprovação da prática do crime de tráfico de drogas, mesmo porque foram apreendidos em seu poder 19,92g (dezenove gramas e noventa e dois centigramas) de maconha, parte dela fracionada em porções prontas para serem comercializadas, além de grande quantidade de dinheiro, cuja procedência lícita não foi comprovada.

7. O tipo penal previsto no “caput” do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 é crime de natureza múltipla (multinuclear), de sorte que a prática de quaisquer das condutas descritas no preceito primário da norma caracteriza o tráfico de drogas.

[...]

11. Recurso desprovido.⁵⁹

Refere-se, portanto, a uma apelação criminal contra sentença que condenou a apelante, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (tráfico)

⁵⁹ TJ-DF - APR: 20130110992116 DF 0025854-70.2013.8.07.0001, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 15/05/2014, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 21/05/2014.

e no artigo 16, *caput* da Lei 10.826/03 (posse ilegal de munição de uso restrito), c/c artigo 69, do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 176 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Nela, a defesa técnica pleiteou pela desclassificação do delito de tráfico para a conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/06 (porte para consumo próprio), sob o argumento de que jamais poderia ter sido caracterizada a traficância diante da ínfima quantidade de “maconha” apreendida na residência da acusada, totalizando 19,92g (dezenove gramas e noventa e dois centigramas); além do mais, nenhum objeto ou petrecho utilizado para o comércio de drogas foi encontrado, assim como qualquer anotação referente à contabilidade do tráfico.

Ademais, segundo o juiz relator, a referida tese não mereceu prosperar, uma vez que tais circunstâncias não são condições para a consumação do crime de tráfico de drogas. Segundo ele, o conjunto probatório, demonstrava-se incontroverso quanto à autoria e não deixava dúvidas quanto à materialidade, caracterizada pelas provas e elementos delas.

Repise-se, que, para que o conjunto probatório possa vir a condenar alguém deve estar composto de indícios de autoria e de materialidade. Portanto, segundo o relator, a autoria, restou comprovada, sobretudo diante da confissão da apelante de que as drogas apreendidas eram de sua propriedade. Quanto à materialidade do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (tráfico de drogas), segundo o relator, não restou dúvidas quanto a esta, diante de elementos de prova, tais como, laudo de exame químico, depoimentos das testemunhas e interrogatório da recorrente.

Dessa forma, diante da considerável quantidade e forma de acondicionamento do entorpecente, aliada ao vultoso numerário encontrado, cuja origem e destinação não se comprovou, o juiz relator concluiu, conforme ressaltou o magistrado sentenciante, que a droga se destinava à difusão ilícita e não ao próprio consumo.

Entretanto vale ressaltar que a recorrente, inquirida, em um primeiro momento, pela autoridade policial, e tendo mantido sua versão em juízo, reconheceu

ser a dona dos entorpecentes apreendidos, e alegou que as drogas se destinavam ao seu próprio consumo e negou comercializá-las.

Contudo, apesar de negar o tráfico e afirmar que as drogas se destinavam ao seu próprio consumo, a versão sustentada pela recorrente, para o relator não teve o condão de abalar o conjunto probatório, pois, a negativa da traficância pela apelante não foi fundamento suficiente a possibilitar o reconhecimento de sua inocência.

Ademais, o laudo toxicológico concluiu que a recorrente fez uso de cocaína e maconha. Entretanto o juiz relator alegou que tal fato, por si só, não é suficiente para ilidir a tese acusatória e afastar a comprovação do crime de tráfico de drogas, mesmo porque na maioria das vezes os usuários de drogas fazem da mercancia de drogas seu meio de vida.

Além disto, vale ressaltar que nenhum objeto ou petrecho utilizado para o comércio de drogas foi encontrado, assim como qualquer anotação referente à contabilidade do tráfico. Contudo, nesse sentido, o relator entendeu que tais circunstâncias não são condições para a consumação do crime de tráfico de drogas.

No entanto, diferentemente, do entendimento do relator, observemos que tais fatos encontram, nos autos, amparo em elementos da estrutura probatória, logo, poderiam não ter sido desconsiderados diante dos depoimentos policiais. Posto isto, nos é oportuno erguer uma questão relevante, discutida na doutrina e jurisprudência no que diz respeito ao referencial de certeza utilizado para justificar a intervenção penal.

Por ora, nosso modelo de intervenção penal é tendencial ao modelo do direito penal mínimo, no qual, o referencial de certeza se identifica com a lógica de que nenhum inocente será condenado, mesmo que para isso, algum culpado reste impune. “Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos.”⁶⁰

⁶⁰ FERRAJOLI, op. cit., p. 102.

Consequente, o referencial de certeza que norteia o direito penal coaduna-se, claramente, com a supremacia do princípio do *in dubio pro reo* e da presunção de não culpabilidade, que permite concluir que a ausência de certeza é suficiente para fundamentar a absolvição. Nesse sentido, explica Ferrajoli:

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova – quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. A incerteza é, na realidade, resolvida por uma presunção legal de inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas.⁶¹

Deste modo, para que a autoridade judicial se convença quanto à autoria e a materialidade, tanto do delito previsto no artigo 33, *caput* (tráfico de drogas), quanto da infração prevista no artigo 28 (porte de entorpecente para consumo próprio), deve, valendo-se dos critérios apresentados pelo §2º do artigo 28 da Lei 11.343/06, analisar o conjunto probatório e se convencer, de forma firme e coesa, pela culpa ou inocência do réu.

Entretanto, se desta análise restar dúvida, tanto no que se refere à autoria, quanto à materialidade, a decisão da autoridade judicial deve ser em benefício do réu,⁶² pois, caso contrário, violar-se-ia o sistema de garantias penais e

⁶¹ FERRAJOLI, op. cit., p. 104.

⁶² Nesse sentido: PENAL - POSSE DE ENTORPECENTE - DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO - RECURSO DO MP - IMPROVIMENTO - FALTA DE PROVAS DA MERCANCIA. 1. A apreensão de pequena quantidade de drogas em abordagem policial aleatória, a ausência de utensílios utilizados no tráfico e a falta de abordagem de suposto adquirente são indicativos de que a droga era para consumo próprio. 2. Ausente à prova incontestada do tráfico, correta a sentença que desclassifica a infração para uso próprio. Não é suficiente a probabilidade do cometimento do delito. A dúvida acerca da destinação das drogas apreendidas se resolve em favor do réu. 3. Apelo improvido. (TJ-DF - APR: 20130110567862 DF 0014968-12.2013.8.07.0001, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 24/10/2013, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 04/11/2013). Ver ainda: LEI DE TOXICO - TRÁFICO - DÚVIDAS SOBRE O DESTINO COMERCIAL DA DROGA APREENDIDA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO - RECURSO PROVIDO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR CUMPRIMENTO DE PENA. - Se de um lado as circunstâncias apontam indícios, mas as provas não asseguram o destino comercial da droga apreendida, do outro, a confissão do réu de ser um usuário da substância, corroborada pelo laudo pericial comprovando sua dependência química, torna plausível a versão de

processuais, como uma afronta a supremacia dos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção não culpabilidade.

Não obstante, vale dizer que, a autoridade judicial, que, diante de dúvida, condena alguém, ou lhe imputa conduta mais gravosa, é tendencial ao modelo de direito penal máximo, que é orientado no sentido de punir a todos os culpados, ainda que para tanto, um inocente seja punido.

Por fim, no presente caso, o voto do desembargador vogal e do desembargador revisor acompanhou o voto do relator, tendo sido o recurso, conhecido, porém, desprovido por unanimidade.

2.3 A diferenciação entre o usuário e o traficante a luz da jurisprudência

Como já mencionado, o estatuto jurídico anterior, não mais servia a refrear plenamente as nuances da criminalidade moderna e tampouco refletia os avanços nas pesquisas e estudos científicos sobre drogas, portanto, precisávamos de uma nova lei que adequasse o texto legal à atual realidade, principalmente no tocante ao porte e ao tráfico de drogas no país.

Assim, surgiu a Lei 11.343/06, porém, diante da celeridade dada ao seu projeto de criação, e do aproveitamento das redações de alguns dispositivos da proposta anterior, que divergiam em tudo com a nova proposta, certas controvérsias, bem como eventuais omissões legislativas não foram sanadas, dentre elas, a diferenciação entre as condutas de porte de drogas para consumo e tráfico ilícito.

Contudo, a nova lei inovou no tocante as penas e as processualizações das condutas, entretanto, não conceituou o que é tráfico propriamente dito e o que é porte, apenas, fornecendo aos magistrados critérios apresentados como idôneos a classificar as condutas.

Todavia, tais critérios não são únicos e exclusivos a ponto de definir o juízo de imputação, logo, apenas, podem sugerir e indicar a incidência dos tipos

que o destino da droga era para o próprio consumo. Nesse caso, desclassifica-se o delito de tráfico para o previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06, diante da certeza de que a dúvida sempre deve ser resolvida em favor do réu. (TJ-MG - APR: 10145095382308002 MG, Relator: Edison Feital Leite, Data de Julgamento: 21/08/2013, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 30/08/2013).

penais do artigo 33 ou do artigo 28. Por conseguinte, a indefinição entre as condutas, não se restringiu somente a lei, guardando, uma relação com a jurisprudência.

Posto isto, com base na análise dos casos acima, podemos observar que frente ao silêncio da lei e diante da insuficiência de critérios hábeis a classificar as condutas, a jurisprudência vem adotando novos parâmetros, tais como forma de acondicionamento do entorpecente, vultoso numerário, etc.

Por ora, até mesmo os critérios erguidos pela jurisprudência não são idôneos à distinguir as condutas, uma vez que, as autoridades judiciais os recepcionam da forma que lhes parecerem mais convenientes, ora um critério é tido como plausível a ensejar uma desclassificação de tráfico para porte, ora o mesmo critério não pode ser levado em consideração para que isso ocorra.

Assim, considerando os critérios fornecidos pela lei, ao termos por base a quantidade de droga, podemos falar, em tese, que a ínfima quantidade de droga é indicativa de porte para consumo, e, conseqüentemente, a grande quantidade configura o animus de traficar, contudo, a jurisprudência, ora diverge seu posicionamento quanto a isso.

Como exemplo, temos o caso supracitado, em que, não só o magistrado sentenciante, mas, posteriormente, todos os desembargadores que analisaram o recurso, entenderam que, a pequena quantidade de droga apreendida, 19,92g (dezenove gramas e noventa e dois centigramas) de maconha, não tinha o condão de afastar a prática do crime de tráfico de drogas.

Ainda, tendo por base as circunstâncias pessoais do agente, podemos dizer que, o exame toxicológico que ateste a condição de usuário, em tese, indicará a conduta de porte para consumo próprio, mesmo diante de quantidade razoável, que se concilia com a ideia de dependência, porém, trata-se de outro aspecto divergente na jurisprudência.

Tomaremos, ainda, como exemplo, o caso supracitado, em que, mesmo diante do laudo toxicológico, que concluiu pelo uso de entorpecentes, não foi

afastada a prática do crime de tráfico, sob o entendimento de que o usuário de drogas faz da mercancia de drogas seu meio de vida.

Ademais, há vários outros casos de discordância sobre o mesmo critério de classificação. Além do que, alguns dos critérios adotados pela jurisprudência, sequer podem ser tidos como idôneos à classificar uma das condutas, tal como o vultoso numerário, que a exemplo do caso supracitado, referia-se a um valor, plausível de economias pessoais.

Posto isto, observamos que, apesar de tratarmos de condutas, completamente, distintas, principalmente no tocante as suas processualizações, os critérios utilizados para classificá-las, ou seja, os meios que as distinguem, estão muito próximos.

Por fim, essa proximidade, ora tende a classificar a conduta como porte para consumo próprio, ora tende ao tráfico ilícito. Percebe-se assim, que a diferenciação entre a conduta ora praticada pelo usuário, ora praticada pelo traficante, depende, muito mais, das convicções pessoais dos magistrados do que dos critérios por eles analisados, o que reafirma a arbitrariedade que abordamos no capítulo anterior.

Portanto, essa forma que os magistrados aplicam a lei, possibilitada pela falta de definição legal, é muito perigosa, pois, varia dependendo de o juiz ser mais liberal ou mais conservador, o que implica numa seletividade por parte do sistema penal em que ações menos danosas sejam processadas e punidas como se tráfico fosse.

Ocorre que isso é recorrente na maioria dos casos, uma vez que a situação mostra-se mais prejudicial ao usuário, diante da predominância de ideais moralistas, pautados, no entendimento de que o usuário de drogas é quem sustenta o tráfico, destrói famílias, entre outros argumentos.

Logo, a jurisprudência demonstra-se atuando conforme a lógica do direito penal do autor, em que todo o usuário torna-se traficante em potencial. Portanto, não é possível que, sob estes argumentos, viole-se todo o sistema de garantias penais e processuais, fazendo-se necessário unificar o entendimento quanto aos critérios

adotados para classificação das condutas, para que não haja, ainda mais, essa arbitrariedade seletiva por parte dos magistrados.

3 ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS ACERCA DO TRÁFICO ILEGAL E DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Analisado o estatuto jurídico das drogas no Brasil e as consequências que dele se levantam, neste momento pretende-se alterar o enfoque, apresentando estudo criminológico acerca da criminalidade e suas relações com os entorpecentes. A ideia é, portanto, abordar determinadas questões do fenômeno por meio de aspectos da Criminologia, tendo por teoria base a Criminologia Crítica e o Paradigma da Reação Social, também conhecido como etiquetamento ou *labelling approach*.

Assim, para compreender a relação da criminalidade com os delitos que envolvem entorpecentes, estudaremos, sob o prisma das teorias adotadas, a ação do sistema penal, especificamente, no tocante aos efeitos provenientes dos mecanismos de controle institucionalizados, a fim de que se entenda, por exemplo, o fato dos presídios do país estarem superlotados de homens jovens, pobres, com nenhuma ou baixa qualificação profissional e que, em sua maioria, são usuário de droga, porém, boa parte deles condenados pelo delito de tráfico de drogas.

3.1 A diferenciação entre o tráfico ilegal e o porte de drogas para consumo pessoal

Analisada a Lei 11.343/06, que fora enaltecida por muitos como um avanço em direção à política antiproibicionista, principalmente, em razão da descarcerização do porte de drogas para consumo, concluímos que esta não resolveu um dos maiores problemas existente na criminalização do tráfico e consumo de drogas no Brasil, qual seja, o da diferenciação, na prática, entre tais condutas criminosas.⁶³

Ademais, ao analisarmos os precedentes jurisprudenciais, concluímos, também, que a falta da diferenciação entre as condutas faz com que esta fique a mercê da Vara, Câmara ou Turma para onde o processo será distribuído. Nesses casos, temos pouco de lei e muito mais de sorte, uma vez que a diferenciação fica a critério das convicções pessoais dos magistrados, que varia dependendo de o juiz ser mais liberal ou mais conservador.

⁶³ WEIGERT, op. cit., p.97.

Por conseguinte, a maneira que se diferem as condutas, mostra-se mais prejudicial ao usuário, que de modo recorrente, na maioria dos casos, passa a ser processado e punido como se traficante fosse. Nesta ocasião, analisaremos o fato de que a distinção entre usuário e traficante, na justiça penal brasileira, é realizada de forma seletiva. Significa dizer, conforme Mariana de Assis nos ensina, que:

[...] o processo de seleção da criminalidade, diagnóstico feito pelo paradigma criminológico da Reação Social, permeia constantemente a criminalização de consumo e comércio ilegal de drogas no Brasil, notadamente em relação à diferenciação entre estes delitos.⁶⁴

O paradigma criminológico da Reação Social, também conhecido como etiquetamento ou *labelling approach*, busca compreender a criminalidade estudando a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, partindo das normas abstratas até a ação das instâncias oficiais.⁶⁵

Com tal característica, o etiquetamento se ocupa, principalmente, das reações das instâncias oficiais de controle social, que definem a clientela do sistema penal que, como previa de maneira ampla Criminologia Crítica, é a camada mais pobre da sociedade.

Sendo assim, para Vera Regina “o que existe é uma eficácia invertida, pois o sistema penal não reduz a criminalidade, mas é uma forma de etiquetamento e de exclusão, com o objetivo de garantir os interesses das elites.”⁶⁶ O que pode explicar o fato dos presídios do país estarem superlotados de homens jovens, pobres, com nenhuma ou baixa qualificação profissional e que, em sua maioria, são usuário de droga, porém, boa parte deles condenados pelo delito de tráfico de drogas.

⁶⁴ ibidem, p.97.

⁶⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011, p.85.

⁶⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica: Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 197.

3.2 O estigma e a responsabilização do usuário

A teoria do etiquetamento pode ser considerada “a mais elaborada construção criminológica da fenomenologia”⁶⁷ e provocou a principal ruptura epistemológica verificada até hoje na história da Criminologia.⁶⁸ Com o seu surgimento, o paradigma criminológico desloca-se da ação do criminoso para a reação social, desconstruindo a criminologia positivista de Lombroso, Ferri e Garófalo.

A criminologia positivista era desenvolvida em um modelo causal-explicativo, em que, buscavam-se definir causas para a prática de crimes. Deste modo, em conformidade com a perspectiva ontológica e o determinismo biológico, pessoas com determinadas características físicas eram consideradas delinquentes. Assim, Baratta aduz:

A criminologia positivista e, em boa parte, a criminologia liberal contemporânea tomam por empréstimo do direito penal e dos juristas as suas definições de comportamento criminoso, e estudam este comportamento como se sua qualidade criminal existisse objetivamente. Do mesmo modo e ao mesmo tempo, tomam por evidente que as normas e os valores sociais que os indivíduos transgridem, ou dos quais desviam, são universalmente compartilhados, válidos a nível intersubjetivo, racionais, presentes em todos os indivíduos, imutáveis etc.⁶⁹

A Teoria do Etiquetamento busca não mais pelas causas da delinquência, mas sim o porquê de determinada conduta ser criminalizada, o que configura uma mudança no objeto de estudo, pois, deixamos de estudar a delinquência e as causas de seu comportamento (paradigma etiológico), para estudarmos os órgãos de controle social que tem a função de controlar e reprimir os desvios (paradigma da reação social).⁷⁰

Denota-se, pois, a partir deste diagnóstico, que as agências de controle produzem o criminoso. Nesse sentido, Baratta explica:

⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006, p. 18.

⁶⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica: Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 198.

⁶⁹ BARATTA, op. cit., p.87.

⁷⁰ WEIGERT, op. cit., p.98.

[...] o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instancias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instancias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”.⁷¹

Logo, a “carreira delitiva” de alguém se inicia a partir da criminalização secundária⁷² e, de acordo com a Teoria do Etiquetamento, se perpetuará, pois o delinquente passa a não ter mais lugar na sociedade, motivo pelo qual sua única alternativa é assumir a etiqueta e passar a atuar de acordo com ela. Assim, a rotulação age como uma profecia que se autorrealiza.⁷³ Posto isto, Baratta declara:

[...] o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instancias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade policial, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.⁷⁴

No âmbito dos usuários de entorpecentes, é igualmente determinante o papel da criminalização secundária. A investigação sociológica mostrou que os primeiros contatos dos jovens consumidores de drogas com a polícia é o que os insere, paulatinamente, na “carreira delitiva”.⁷⁵

A partir do contato com a polícia há a assunção do rótulo por parte dos usuários, isto é, os consumidores de drogas lentamente adquirem papéis antagônicos em relação à normalidade dominante e, também, características de um

⁷¹ BARATTA, op. cit., p.86.

⁷² O processo de criminalização divide-se em dois, criminalização primária e secundária, à medida que a criminalização primária “é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” e a criminalização secundária “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente”, ou seja, a primeira é realizada pelos legisladores e a segunda pelas agências de controle como Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário etc. Nesse sentido: ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003, p. 43.

⁷³ LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1991, p.36. Disponível em: <http://issuu.com/protasiovargas/docs/la_herencia_de_la_criminologia_critica_-_lena_larr/5>. Acessado em: 17 de set. de 2014.

⁷⁴ BARATTA, op. cit., p.86.

⁷⁵ idem. *Introducción a la Criminología de la Droga*. Tradução de Mauricio Martínez. Buenos Aires: IBdeF, 2006, p. 124.

estereótipo dominante de viciado, ou seja, de um indivíduo portador de uma visão do mundo distinta a de todos os demais.⁷⁶

Deste modo, formam-se subculturas de consumidores de drogas, geradas e fortalecidas pela solidariedade dentro e entre os grupos. No entanto, o que ocorre é que para se isolar do mundo convencional, adentra-se no mundo dos desviados onde aprendem a se comportar de forma desviada para evitar problemas com a polícia, e definitivamente, forja-se a identidade de desviado. Nesse contexto, Mariana de Assis argumenta:

Fica claro, portanto, que a repressão às drogas e sua máxima abstinência acabam por favorecer a marginalização social dos que não se adaptam ao comando de tal teoria, fazendo com que construam seus próprios espaços de convivência e de aceitação pelos demais.⁷⁷

Contudo, “o problema parece ser o de que é necessário encontrar ‘o culpado’ para os altos índices de criminalidade no país.”⁷⁸ Sendo assim, o traficante é identificado como o ‘inimigo’, porém, o usuário mostra-se como a causa de sua existência, de modo que, se imputa ao usuário a responsabilidade por todos os tipos de violência gerados pelo comércio clandestino de drogas.

Assim, o usuário de drogas, que coaduna com o tráfico, é tão ‘inimigo’ quanto o próprio traficante e a responsabilidade pela disseminação da violência acaba recaindo sobre ele, isto é, o usuário seria, em grande parte, responsável pela violência gerada pelo comércio ilegal de drogas no Brasil. Apesar disso, Mariana de Assis adverte:

Todavia há que se ater para o fato de que, no Brasil, o tráfico de drogas está para muito além de culpados, bandidos ou mocinhos. Seria bastante confortante acreditar na ideia de que se cessasse o consumo de drogas instantaneamente não haveria mais tráfico; mas parece ser ingênuo pensar que um problema tão complexo possa apresentar solução tão simplista.⁷⁹

Por conseguinte, Misse explica que a questão do tráfico não tem solução rápida e fácil, pois todas as vezes que se pensou assim, incrementaram-se ainda

⁷⁶ BARATTA, Alessandro. *Fundamentos Ideológicos da Atual Política Criminal Sobre Drogas*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992, p. 27.

⁷⁷ WEIGERT, op. cit., p.100.

⁷⁸ Ibidem, p.107.

⁷⁹ Idem.

mais alguns dos fatores que realimentam o próprio mercado de drogas e armas.⁸⁰ No entanto, a sociedade que, “cega pelos mitos que a partir da droga, desatam pânico sociais e instam por repressão penal”,⁸¹ clama por mais repressão estatal quando se pensa em acabar com o tráfico.

Demanda-se, pois, mais ação das instancias oficiais de controle social, isto é, do instrumento que constata-se inócuo para resolver o problema. Desta maneira, Misse faz a seguinte reflexão:

[...] a vontade de punição se basta em si mesma, não precisa buscar causas, ela se justifica única e exclusivamente como vingança, como ódio justificado, ela não busca saber mais nada. Mantém-se na lógica da reciprocidade negativa. O ato criminoso não pode ficar impune e é só.⁸²

Sendo assim, urge cessar a busca de ‘culpados’ pela existência do tráfico e as consequências dele oriundas, pois esta situação existe por inúmeros motivos, e querer concentrá-los no usuário é reduzir a complexidade do fenômeno. Deste modo, Mesquita Neto explica:

A redução do consumo tem impacto significativo na saúde dos usuários e dependentes de drogas, mas impacto bastante limitado sobre o crime organizado, a violência na sociedade e a violência policial. Focalizar nas drogas, e mais especificamente no consumo de drogas, o debate sobre o crime organizado e a violência é um erro. Mas é um erro recorrente. Parece não ser expressão de ignorância. Parece ser parte de uma estratégia de desinformação e ocultação das dimensões políticas e organizacionais desses problemas [...], voltada à reprodução da violência, transferindo do estado para sociedade, dos governantes e policiais para os usuários de drogas a responsabilidade pela redução do crime organizado, da violência na sociedade e da violência policial.⁸³

Em vista disso, antes de reprimir condutas e pessoas, é preciso pensar nos execráveis efeitos que podem advir desta política criminal, ademais, este é, certamente, o principal viés pelo qual alternativas devem ser criadas para reduzir os imensuráveis danos causados pelo comércio ilegal de drogas.

⁸⁰ MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil Contemporâneo: Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.113.

⁸¹ BATISTA, Nilo. *Política Criminal com Derramamento de Sangue*. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p.89.

⁸² MISSE, op. cit., p.113.

⁸³ MESQUITA NETO, Paulo de. *O Perigoso Jogo das Responsabilidades*. Disponível em: <<http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,o-perigoso-jogo-das-responsabilidades,61254>> Acesso em: 17 de set. de 2014.

3.3 A criminologia crítica e a seletividade do sistema penal

Apesar do importante diagnóstico realizado pela Criminologia da Reação Social, este paradigma reduz o significado da criminalização aos processos de estigmatização e efeitos das definições legislativas, não se debruçando sobre as raízes da questão. Sua crítica ao sistema penal não conseguiria, portanto, alcançar uma perspectiva macrossociológica,⁸⁴ como explica Baratta:

[...] a análise das relações sociais e econômicas, que deveriam fornecer a chave das diversas dimensões da questão criminal, é desenvolvida em nível insuficiente, típico das teorias de médio alcance, ou seja, das teorias que fazem do setor da realidade social examinada não só do ponto de chegada, mas, também, o ponto de partida da análise.⁸⁵

Contudo, ainda que vários autores afirmem que a Criminologia da Reação Social não foi necessariamente predecessora da Criminologia Crítica,⁸⁶ é inegável a forte vinculação entre ambas as correntes. Os criminólogos críticos partem do pressuposto de que o Direito Penal é, em linhas gerais, em uma sociedade capitalista, mecanismo de controle extremamente útil, pois faz com que a classe economicamente menos favorecida permaneça constantemente oprimida pelas classes superiores.⁸⁷

Nesse sentido, “os sistemas penais seriam máquinas de ação seletiva, produtoras de estereótipos para as consequências da estratificação social e do poder de criminalização.”⁸⁸ Baratta diagnostica, assim, dupla seletividade do Direito Penal:

[...] em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.⁸⁹

⁸⁴ WEIGERT, op. cit., p.100.

⁸⁵ BARATTA, op. cit, p.99.

⁸⁶ FAYET JUNIOR, Ney. *Considerações sobre a Criminologia Crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.194.

⁸⁷ WEIGERT, op. cit., p.101.

⁸⁸ BATISTA, Vera Malaguti. *Dois ou três coisas que sabemos (por causa) dele*. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal*. Florianópolis: Boiteux, 2004, p.190.

⁸⁹ BARATTA, op. cit., p.161.

Portanto, com relação aos delitos que envolvem entorpecentes, pode-se dizer que, a seletividade atua constantemente, fazendo com que a clientela do sistema penal seja, em geral, a classe socioeconômica mais baixa. Além disso, a seletividade é, também, a maneira pela qual se faz, no caso concreto, a diferenciação entre os delitos de tráfico e de porte de drogas, como veremos.

No tocante a seletividade por estigmatização, Misse explica que “a associação causal entre pobreza e crime gera efeitos perversos, como, por exemplo, roteiros estereotipados da polícia, que desde o início do século concentra suas atenções sobre as populações estigmatizadas das cidades.”⁹⁰ No mesmo sentido, Batista argumenta:

[...] a seletividade do sistema e a diferenciação no tratamento se revelam desde a detenção por “atitude suspeita”, os preconceitos quanto às moradias nas favelas, a família popular e o trabalho nos laudos dos técnicos até as penas impostas, que variam de acordo com a etnia e classe social.⁹¹

Percebemos, portanto, nos roteiros estereotipados da polícia que a expressão “atitude suspeita” serve de álibi à sua atuação preconceituosa, pois percebemos que a “atitude suspeita” não é atribuída a nenhum ato suspeito e sim a um determinado grupo social. Assim, “jovens pobres pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num taxi, [...] ou reunidos num campo de futebol.”⁹²

Como podemos notar, o indivíduo pobre vive em atitude suspeita, estar em atitude suspeita é sua rotina, a atitude suspeita é inerente a sua existência. Por isso, é provável que, dependendo da classe social, o indivíduo seja enquadrado no estereótipo usuário-doente ou traficante-criminoso e isso redundará em vasto processo de criminalização de jovens pobres.

Desta forma, o indivíduo será punido de acordo com determinados atributos pessoais, pois, como veremos, a lógica geralmente relaciona o pobre ao

⁹⁰ MISSE, op. cit., p.129.

⁹¹ BATISTA, Vera Malaguti. *A Construção do Transgressor*. In: BAPTISTA, Marcos; CRUZ, Marcelo Santos; MATIAS, Regina. *Drogas e Pós-modernidade: Faces de um Tema Proscrito*. Rio de Janeiro: UERJ, 2003, p.162.

⁹² idem. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.103.

binômio traficante-criminoso, cuja punição será mais severa, e o indivíduo de classe média ou alta ao binômio usuário-doente, caso em que será tratado ‘adequadamente’.

Nesse sentido, um estudo da Fundação Getulio Vargas demonstra o fato de que atualmente há identificação dos consumidores de drogas com a população de classe média e alta da sociedade. A pesquisa “Estado da Juventude, Drogas, Prisões e Acidentes” realizada com base em um estudo do IBGE, apontou que “62% dos usuários de drogas pertencem à classe A, cuja renda familiar supera os vinte e cinco salários mínimos ao mês, e 85% são brancos.”⁹³

Com tal característica, “o delito de porte de drogas para consumo provavelmente é um dos que apresentam as maiores cifras ocultas⁹⁴.”⁹⁵ Deste modo, Baratta destaca:

Estas conotações da criminalidade incidem não só sobre os estereótipos da criminalidade, os quais como investigações recentes têm demonstrado, influenciam e orientam a ação dos órgãos oficiais, tornando-a, desse modo, socialmente seletiva, mas também sobre a definição corrente de criminalidade, que o homem de rua, ignorante das estatísticas criminais, compartilha.⁹⁶

Apesar disso, pode-se dizer ainda, que a maneira pela qual se concretiza a seletividade do sistema penal em matéria de droga é a ação policial e, posteriormente, a decisão judicial. Desta maneira, explica Zaluar que:

⁹³ NERI, Marcelo Cortês. *O Estado da Juventude: Drogas, prisões e acidentes*. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, 2007. Disponível em: <<http://www.cps.fgv.br/ibrecps/EDJ/>>. Acesso em: 18 de set. de 2014.

⁹⁴ “De fato, sendo baseadas sobre a criminalidade identificada e perseguida, as estatísticas criminais, nas quais a criminalidade é representada de modo enormemente inferior à sua calculável ‘cifra negra’, sugerem um quadro falso da distribuição da criminalidade nos grupos sociais, daí deriva uma definição corrente da criminalidade como um fenômeno concentrado, principalmente, nos estratos inferiores, e pouco representada nos estratos superiores e, portanto, ligada a fatores pessoais e sociais correlacionados com a pobreza.” Nesse sentido: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011, p.102.

⁹⁵ ALVES, Marcelo Mayora et al. *#DescriminalizaSTF: um Manifesto Antiproibicionista Apoiado no Empírico*. Revista de Estudos Criminais, Rio Grande do Sul, n. 46, p.138, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www.academia.edu/2103014/_descriminalizastf_um_manifesto_antiproibicionista_ancorado_no_empirico>. Acesso em: 18 de set. 2014.

⁹⁶ BARATTA, op. cit., p.102.

[...] devido as nossas tradições inquisitoriais, a incriminação de certas substâncias, tais como maconha e cocaína, conferiu a polícia enorme poder. São os policiais que decidem quem irá ou não ser processado por mero uso ou tráfico, porque são eles os únicos que apresentam as provas e montam o processo.⁹⁷

Neste ponto, a nova Lei de Drogas, potencializou a discricionariedade dos agentes policiais ao descarcerizar o delito de porte para consumo. E, atualmente, com a diferença de punição entre tráfico e porte de drogas sendo ainda maior, a discricionariedade da polícia elevou-se ainda mais. Está, portanto, em grande medida, nas mãos da polícia a escolha entre qual pena imputar a alguém, a mais gravosa ou a menos severa.

Nesta ocasião, coaduna com o marco teórico adotado a tese de doutoramento da professora da Universidade de Brasília, Beatriz Vargas. *A Ilusão do Proibicionismo: Estudo Sobre a Criminalização Secundária do Tráfico de Drogas no Distrito Federal* é um trabalho proveniente de uma pesquisa jurisprudencial que submeteu a um questionário específico 622 sentenças de processos ajuizados no ano de 2009 por tráfico de drogas nas quatro varas criminais especializadas do Distrito Federal.⁹⁸

A pesquisadora, sob o marco teórico da criminologia crítica, desenvolveu sua tese a partir de uma premissa antiproibicionista, no sentido de que a política criminal no tocante às drogas ao invés de desempenhar a missão de promover a redução de consumo e proteger a saúde pública, “aprofunda a exclusão social da pobreza e contribui para com o aumento da violência que escolhe suas vítimas entre os mais débeis e fragilizados frente ao sistema penal.”⁹⁹

A partir dos resultados obtidos por meio dos questionários aplicados à pesquisa de sentenças, formulou-se um relatório estatístico que possibilitou confirmar a hipótese da pesquisa acerca da eficácia da criminalização secundária do

⁹⁷ ZALUAR, Alba. *Integração Perversa: Pobreza e Tráfico de Drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p.75.

⁹⁸ REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. *A Ilusão do Proibicionismo: Estudo Sobre a Criminalização Secundária do Tráfico de Drogas no Distrito Federal*. 2011. 148 f. Dissertação (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9856/1/2011_BeatrizVargasRamosGon%C3%A7alvesdeRezende.pdf>. Acesso em: 29 de set. de 2014.

⁹⁹ REZENDE, op. cit., p.2.

“pequeno traficante pobre, do sexo masculino, com nenhuma ou baixa qualificação profissional e que, em sua maioria, é usuário de droga, primário e não integrante de associação voltada para o tráfico.”¹⁰⁰

Ademais, a pesquisa, validou e autorizou a confirmação da característica de seletividade do sistema penal a partir de um comparativo entre as informações sobre o perfil socioeconômico dos condenados e um mapa do lugar do flagrante de acordo com as regiões administrativas do DF, que foi formulado a partir dos resultados obtidos por meio da pesquisa.¹⁰¹

A pesquisa indica, ainda, a importância que a palavra do policial assume na argumentação desenvolvida na sentença. Nesse sentido, a pesquisadora explica que “o flagrante surgiu como a principal fonte de prova para o convencimento judicial em favor do tráfico e, ao mesmo tempo, como fundamento para a prisão do acusado durante todo o processo.”¹⁰² Em vista disso, vale enfatizar que:

Dos 550 casos em que houve tipificação tanto na denúncia quanto na sentença (excluídos os não informados), 511 mantiveram a mesma tipificação tanto na denúncia como na sentença [...]. Isso corresponde a 92,9%. A conclusão demonstra a elevada margem de êxito do Ministério Público em obter a condenação com base na classificação constante na denúncia [...].¹⁰³

Reafirma-se, portanto, que a maneira pela qual se concretiza a seletividade do sistema penal em matéria de droga é a ação policial e, posteriormente, a decisão judicial, pois as condutas que os policiais decidem imputar aos delinquentes são tipificadas na denúncia que, mais tarde, são, em sua maioria, confirmadas em sentença.

Nesse sentido, o processo penal passa a ser pautado por critérios moralizantes, e os juízes tendem a decidir com base em estereótipos vinculados a uma perspectiva de classe e pertença social. Assim, na maior parte das vezes os juízes somente legitimariam a discriminatória decisão pela qual os consumidores pobres e os pequenos traficantes são todos considerados e processados como traficante.

¹⁰⁰ REZENDE, op. cit., p.76.

¹⁰¹ idem.

¹⁰² REZENDE, op. cit., p.117.

¹⁰³ ibidem, p.98.

Em vista disso, a ausência de requisitos objetivos para estabelecer a diferenciação entre usuário e traficante, é fator determinante para que a decisão seja tomada com base em estereótipos sociais. Também contribui para a criminalização mais severa dos mais pobres o fato de que os perseguidos pelo sistema penal, em relação às drogas, são, comumente, usuários e pequenos traficantes. Assim, segundo Zaluar:

[...] de nada adianta, pois além de ineficaz para se chegar aos grandes responsáveis pelo tráfico de drogas e armas, tal perseguição somente contribui para aumentar inutilmente a população carcerária e alimentar a revolta e o sentimento de injustiça entre os pobres.¹⁰⁴

Em síntese, o resultado da seletividade penal atuante nos delitos vinculados a entorpecentes não poderia ser outro senão a crescente criminalização de jovens pobres, com nenhuma ou baixa qualificação profissional, que superlotam as casas prisionais de todo o país. Sendo assim, mais uma vez, quem paga o preço da desigualdade social é a parcela mais pobre da sociedade.

¹⁰⁴ ZALUAR, op.cit., p.75.

CONCLUSÃO

A disseminação dos entorpecentes é um dos fenômenos mais relevantes da atualidade, tendo em vista que o número de usuários de entorpecentes aumenta, gradativamente, dia após dia, nesse sentido, esta situação vem sendo entendida como espécie de patologia social, uma vez que passa a afetar a todos, diretamente, ou não.

Tal problemática não é exclusiva do âmbito interno, sendo considerada como um dos principais conflitos da sociedade contemporânea, no mundo todo. Assim, maioria dos países, com o intuito de conter esta disseminação, tem adotado política criminal proibicionista em relação aos entorpecentes, coibindo, principalmente, o consumo e o tráfico ilícito.

Nesse contexto, o Brasil promulgou a Lei 11.343/06 que surgiu como alternativa as Lei 6.368/76 e 10.409/02 que já não mais serviam a refrear plenamente as nuances da criminalidade moderna e tampouco refletia os avanços nas pesquisas e estudos científicos sobre drogas.

No que concerne às ações próprias ou facilitadoras do consumo houve, na Lei 11.343/06, a descarcerização por meio da proibição de pena de prisão para quem incorre nos delitos previstos no artigo 28. No tocante ao tráfico, a nova lei aumentou as quantidades mínimas de pena, recrudescendo ainda mais o tratamento penal, processual e executório do imputado.

Assim, há quem considere a recente lei um avanço em direção à política antiproibicionista, todavia, continuou-se a agir em consonância com a lógica proibicionista típica dos países ocidentais, tentando coibir consumo e tráfico de substâncias psicoativas através dos imperativos estabelecidos nas Convenções Internacionais.

Por todo o exposto, entende-se que a Lei 11.343/06 tenha representado um avanço em comparação com as Leis 6.368/76 e 10.409/02, principalmente, no tocante a descarcerização do uso de drogas. Todavia, não foi resolvido um dos maiores problemas existentes na criminalização do tráfico e consumo de drogas no

Brasil, qual seja, o da diferenciação, na prática, entre tais condutas criminosas, que já existia desde a Lei 6.368/76, com os artigos 12 e 16.

Visto que, apesar da lei ter fornecido alguma direção aos magistrados para a diferenciação entre o porte para consumo e o tráfico ilícito, está não é suficiente, pois, como vimos, os dados apresentados no artigo 28, §2º da Lei 11.343/06, apenas podem sugerir e indicar a incidência dos tipos penais do artigo 28 ou do artigo 33.

E mais, tais critérios não podem definir o juízo de imputação de forma absoluta, como se fossem únicos e exclusivos, pois são referentes a elementos objetivos do tipo. É nesse sentido, que a jurisprudência apresenta, também, outros critérios a fim de fazer a diferenciação, tais como o laudo toxicológico, objetos ou petrechos utilizados para o comércio de drogas encontrados, a forma de acondicionamento do entorpecente, e vultoso numerário encontrado, por exemplo.

Os critérios alçados pela jurisprudência se apresentam da mesma maneira, insuficientes a diferenciação, uma vez que, as autoridades judiciais os recepcionam da forma que lhes parecerem mais convenientes, fazendo com que dependa, muito mais, de suas convicções pessoais do que da análise dos critérios, propriamente dita.

Deste modo, a falta de definição legal mostra-se muito perigosa, pois a classificação da conduta de tráfico ilícito ou porte de droga para consumo pessoal fica a critério da Vara, Câmara ou Turma para onde o processo será distribuído, a depender de o juiz ser mais liberal ou mais conservador.

Ao alterarmos o enfoque para um estudo criminológico, concluímos, ainda, que as instâncias oficiais de controle social, definem a clientela do sistema penal, no tocante ao consumo e ao tráfico de entorpecente, a partir de uma seletividade que se concretiza pela ação policial e, posteriormente, pela decisão judicial, pois as condutas que os policiais decidem imputar aos delinquentes são, mais tarde, em sua maioria, confirmadas em sentença.

Sendo assim, os presídios do país estarem superlotados de homens jovens e pobres, boa parte deles condenados pelo delito de tráfico de drogas é uma

consequência originária do silêncio da lei no tocante a diferenciação entre o consumo e o tráfico de entorpecente, que possibilita, na prática, decisões arbitrárias que, por fim, definem a clientela do sistema penal nesse contexto.

Isto posto, percebemos que o diferencial entre as condutas é unicamente o dolo específico, isto é, a intenção do autor do fato. Assim, uma forma de solução do problema seria a correção da desproporcionalidade entre as condutas, deste modo, seria necessário que ambos os tipos penais especificassem o dolo do agente, de modo que, não havendo a comprovação do desígnio mercantil, a ação, incontestemente, seria desclassificada.

Vale notar que a diferença entre as punições de tráfico e consumo tendem a recrudescer o punitivismo penal, de modo com que ações menos danosas sejam processadas e punidas como se tráfico fossem, isto é, a semelhança entre os delitos cumulado com falta de parâmetros que os diferenciem, possibilita que usuários sejam condenados como traficantes.

Portanto, outra solução para o problema seria a criação de tipos penais intermediários observando sempre a proporcionalidade entre a ação do agente e a sua consequente punição, devendo o legislador ser muito cauteloso nesse aspecto, a fim de não possibilitar meios que permitam a traficância de pequena monta, como a limitação de quantidade determinada a definir os tipos penais, por exemplo.

Em síntese, conclui-se que apesar do sistema penal atuar de maneira seletiva no tocante as condutas que envolvam entorpecentes, este exerce a sua função de proteção à saúde pública, todavia, para que sua função seja mantida de maneira fidedigna, mostra-se necessário a adequação dos tipos penais de porte de droga para consumo e de tráfico ilegal, e a inclusão de novos tipos penais intermediários na Lei 11.343/06.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. São Paulo: Rideel, 2010.

ALVES, Marcelo Mayora et al. *#DescriminalizaSTF: um Manifesto Antiproibicionista Apoiado no Empírico*. Revista de Estudos Criminais, Rio Grande do Sul, n. 46, p.138, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www.academia.edu/2103014/_descriminalizastf_um_manifesto_antiproibicionista_ancorado_no_empirico>. Acesso em: 18 de set. 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica: Do Controle da Violência à Violência do Controle Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Visões da Sociedade Punitiva: Elementos para uma Sociologia do Controle Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. *Política Criminal e Legislação Penal no Brasil: Histórico e Tendências Contemporâneas*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Comentário Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

_____. *Fundamentos Ideológicos da Atual Política Criminal Sobre Drogas*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.

_____. *Introducción a la Criminología de la Droga*. Tradução de Mauricio Martínez. Buenos Aires: IBdeF, 2006.

BATISTA, Nilo. *Política Criminal com Derramamento de Sangue*. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. *A Construção do Transgressor*. In: BAPTISTA, Marcos; CRUZ, Marcelo Santos; MATIAS, Regina. *Drogas e Pós-modernidade: Faces de um Tema Proscrito*. Rio de Janeiro: UERJ, 2003.

_____. *Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Duas ou três coisas que sabemos (por causa) dele*. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal*. Florianópolis: Boiteux, 2004.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Nova Lei de Drogas: Comentários à Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FAYET JUNIOR, Ney. *Considerações sobre a Criminologia Crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2006.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Drogas: Comentários à Lei n. 11.343, de 23.8.2006*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos – Prevenção – Repressão, Comentários à Lei 10.409/2002 e a parte vigente da Lei 6.368/1976*. 12. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

KARAM, Maria Lucia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, Rio de Janeiro: LUAM, 1991.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminologia Crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1991, p.36. Disponível em: <http://issuu.com/protasiovargas/docs/la_herencia_de_la_criminologia_critica_-_lena_larr/5>. Acessado em: 17 de set. de 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Ed. Método, 2012.

MESQUITA NETO, Paulo de. *O Perigoso Jogo das Responsabilidades*. Disponível em: <<http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,o-perigoso-jogo-das-responsabilidades,61254>> Acesso em: 17 de set. de 2014.

MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil Contemporâneo: Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NERI, Marcelo Cortês. *O Estado da Juventude: Drogas, prisões e acidentes*. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, 2007. Disponível em: <<http://www.cps.fgv.br/ibrecps/EDJ/>>. Acesso em: 18 de set. de 2014.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. *A Ilusão do Proibicionismo: Estudo Sobre a Criminalização Secundária do Tráfico de Drogas no Distrito Federal*. 2011. 148 f. Dissertação (Doutorado) – Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9856/1/2011_BeatrizVargasRamosGon%C3%A7alvesdeRezende.pdf>. Acesso em: 29 de set. de 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006.

SCRIBONI, Marília. *Punição Subjetiva: Lei e jurisprudência não definem conceito de tráfico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-15/jurisprudencia-lei-confundem-diferencas-entre-porte-trafico-drogas>>. Acessado em: 26 de maio de 2014.

TOVIL, Joel. *A (nova) Lei dos Crimes Hediondos Comentada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de drogas e o sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

ZALUAR, Alba. *Integração Perversa: Pobreza e Tráfico de Drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.