

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

GREGORY AUGUSTO WALL FAGUNDES

CONSTRUÇÕES E DESCONSTRUÇÕES DA FIGURA DE TRAFICANTES [E
USUÁRIOS] DE DROGAS A PARTIR DA DOGMÁTICA PENAL E DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA

CURITIBA

2014

GREGORY AUGUSTO WALL FAGUNDES

CONSTRUÇÕES E DESCONSTRUÇÕES DA FIGURA DE TRAFICANTES [E
USUÁRIOS] DE DROGAS A PARTIR DA DOGMÁTICA PENAL E DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à
graduação no Curso de Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Ribeiro
Giamberardino.

CURITIBA

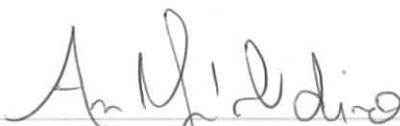
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

GREGORY AUGUSTO WALL FAGUNDES

**CONSTRUÇÕES E DESCONSTRUÇÕES DA FIGURA DE
TRAFICANTES [E USUÁRIOS] DE DROGAS A PARTIR DA
DOGMÁTICA PENAL E DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO
Orientador

Coorientador



CLARA MARIA ROMAN BORGES - *Direito Penal e
Processual Penal*
Primeiro Membro



FLÁVIO BORTOLOZZI JUNIOR
Segundo Membro

À Jesus Cristo,
Senhor e Salvador,
“porque tudo quanto há no céu e na terra a ti pertence”
1 Crônicas 29:11,12

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador e Defensor Público, Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino, pela disposição em assumir esse compromisso.

Ao meu irmão e brilhante Delegado de Polícia, Dr. Guilherme Mauricio Wall Fagundes, companheiro de meu percurso jurídico.

Aos meus Pais, que cumpriram incansavelmente o papel a eles designado em enveredar o meu caminho.

À minha chefe e Escrivã Criminal, Dra. Maria Vilma Camargo Bastos de Lima, terna amiga que encerra neste ano sua carreira profissional no Poder Judiciário paranaense.

RESUMO

Neste trabalho parte-se do pressuposto que a criminalização das condutas de uso, posse e comércio de drogas ilegais, produz uma extensa lesividade aos direitos e garantias constitucionais dos indivíduos por ela alcançados. Procura demonstrar que a construção da figura do traficante de drogas reflete uma artificialidade propugnada pela Ideologia da Defesa Social que acomete toda a política de controle social, fundada e realizada pelas Legislações Ordinárias, em conjunto com o Direito Penal e o Sistema Criminal. O foco é mantido na influência dessa ideologia sobre as decisões do Tribunal, considerado como o ápice do punitivismo e a instância formal com maior capacidade de manipular a identidade dos sujeitos criminalizados. A programação proposta por essa ideologia transpõe-se nas sentenças judiciais a partir dos códigos ideológico e tecnológico. Dessa forma, as decisões dos magistrados visam a legitimação das funções declaradas do sistema criminal e o cumprimento das suas funções latentes. Os instrumentos utilizados nesta monografia são os ofertados desde Walter Benjamin, na análise crítica da História do Direito, assim como pela Dogmática Penal e Criminologia Crítica, no exame da construção e desconstrução da criminalização das diversas condutas relacionadas com o elemento “droga”, consubstanciando, o tráfico ilícito.

Palavras-chave: “Drogas”; “decisões judiciais”; “Dogmática Penal”; “Criminologia Crítica”.

RESUMEN

En este trabajo se asume que la criminalización de las conductas de uso, posesión y venta de drogas ilegales, produce una extensa nocividad a los derechos y garantías constitucionales de las personas alcanzadas por ella. Busca demostrar que la construcción de la figura del traficante refleja una artificialidad defendida por la Ideología de la Defensa Social, que afecta a todo control social, establecido por la Derecho Penal y realizado por el Sistema Criminal. El foco se mantiene en la influencia de esta ideología sobre las decisiones de la Corte, considerada la cúspide del punitivismo y los procedimientos formales con mayor capacidad de manipular la identidad del sujeto criminalizado. La programación propuesta por esta ideología aplicase en las sentencias judiciales desde los códigos ideológicos y tecnológicos. Por lo tanto, las decisiones de los jueces ansia legitimar las funciones declaradas del sistema criminal y el cumplimiento de sus funciones latentes. Los instrumentos utilizados en esta monografía se ofrecen desde Walter Benjamin, en el análisis crítico de la historia del derecho, así como la Criminología Crítica y Dogmática Penal, en el examen de la construcción y deconstrucción de la criminalización de los diversos comportamientos relacionados con el elemento "droga", consubstanciándose, el tráfico ilícito.

Palabras clave: "drogas"; "Sentencias"; "Dogmática Penal"; "Criminología Crítica".

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 SOBRE A NECESSIDADE DE RECONHECER AS DESCONTINUIDADES HISTÓRICAS NO REVISITAR AS POLÍTICAS CRIMINAIS.....	12
2.1 HISTÓRIA DAS LEIS PENAIS? SOBRE A NECESSIDADE DE RECONHECER AS DESCONTINUIDADES HISTÓRICAS, EM OPOSIÇÃO AO HISTORICISMO.....	12
2.2 LAMPEJOS NORMATIVOS.....	15
2.3 MODELO SANITÁRIO.....	21
2.4 MODELO BÉLICO.....	30
3 LEGISLAÇÃO VIGENTE.....	41
3.1 USUÁRIOS DE DROGAS.....	44
3.1.1 Sistematização e Interpretação.....	45
3.1.2 Críticas.....	51
3.1.2.1 O Artigo 28, da Lei 11.343/06, e a Constituição de 1988.....	51
3.1.2.2 Aplicação do Princípio da Insignificância.....	55
3.1.2.3 Penas e Medidas na Lei de Drogas.....	58
3.1.2.4 Transação Penal.....	60
3.2 TRÁFICO DE DROGAS.....	61

3.2.1	Sistematização e Interpretação.....	61
3.2.2	Críticas.....	67
3.2.2.1	A Configuração da Tipicidade no Tráfico de Entorpecentes.....	68
3.2.2.2	Restrição aos Efeitos da Lei de Crimes Hediondos e dos artigos 33, § 4º, e 44, da Lei de Drogas.....	72
3.2.2.3	Causas de Aumento de Pena em Decorrência da Transnacionalidade e Transregionalidade do Tráfico.....	73
3.2.2.4	Traficante-Dependente.....	74
4	AS DECISÕES JUDICIAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ E A CONSTRUÇÃO JURÍDICA E SIMBÓLICA DO TRAFICANTE DE DROGAS.....	75
4.1	METODOLOGIA: ESCOLHA ENTRE A ANÁLISE ILUSTRATIVA OU A ANÁLISE ESTATÍSTICA DAS DECISÕES.....	76
4.2	AS DECISÕES JUDICIAIS: UMA EXPOSIÇÃO CRÍTICA DOS ENTENDIMENTOS DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	77
4.3	CONHECIMENTO CRIMINOLÓGICO CRÍTICO.....	91
4.4	A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL E A AÇÃO JURISDICIONAL.....	92
5	CONCLUSÃO.....	98
6	BIBLIOGRAFIA.....	101

1 INTRODUÇÃO

A população carcerária brasileira mais que dobrou durante a primeira década deste século. O índice que, no ano de 2000, foi 232,7 mil pessoas aprisionadas no sistema carcerário brasileiro passou, no ano de 2012, para 548 mil.¹ Além do crescimento quantitativo do aprisionamento, outra importante perspectiva de alteração nesse quadro pôde ser observada nos últimos anos: o crime de tráfico de drogas ilícitas figura em segundo lugar dentre os tipos penais que mais encarceram, perdendo somente para os crimes de ordem patrimonial.² Questiona-se, pois, se esses dados numéricos são frutos tão somente do aumento no tráfico de drogas no país ou decorrentes de alterações que aperfeiçoaram o punitivismo estatal.

O presente projeto de monografia tem como objetivo explicitar o fomento do controle punitivo do Estado, analisando-se alguns dos caminhos que sustentam, no meio jurídico-penal brasileiro, a artificial figura do “traficante”. Nas douradas palavras de Alberto Silva Franco, “não se pode fugir à consideração de que inexiste, no direito penal brasileiro, figura típica que atenda pelo *nomen iuris* de tráfico ilícito de entorpecentes”.³ A construção dessa personagem se deu em meio à definição de políticas criminais, de legislações e do estabelecimento de um aparato repressivo do Estado.

O primeiro capítulo focará a história da realidade legislativa sobre drogas. A exposição dessas memórias tem como escopo mostrar a ausência de uma legitimidade atemporal do discurso sobre a criminalização das condutas relacionadas com substância ilícitas. Muitas vezes, a parte introdutória dos manuais de direito fitam uma história linear, baseada em uma gama de fatos legislativos concatenados através de uma racionalidade externa àquela época, apresentando o

¹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatórios Estatísticos - Analíticos do Sistema Prisional Brasileiro.**

² O número de pessoas encarceradas por tráfico de drogas em dezembro 2012 foi de 138.198 e por crimes patrimoniais 267.975. BRASIL. Ministério da Justiça. *Idem.*

³ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072-90**, p. 145.

direito atual como o expoente da sociedade.⁴ Ao revés, incumbe-se neste projeto em apresentar a criminalização das drogas como tratamentos específicos em determinados momentos históricos.

No segundo capítulo, sem perder o âmago da especialização sobre o delineamento da figura do traficante, será exposta a Dogmática Penal, bem como as respectivas críticas, debruçadas ao estudo de definição e diferenciação do usuário e do traficante de drogas ilícitas, na vigência da Lei nº 11.343/06. Esse conhecimento a respeito do conteúdo da norma jurídica tem aplicabilidade direta no cotidiano dos operadores jurídicos, buscando-se delimitar o contorno das condutas criminalizadas primariamente.

Por fim, no último capítulo será feita uma análise ilustrativa das decisões judiciais dos Órgãos Julgadores do 2º Grau de Jurisdição do Tribunal de Justiça do Paraná. Nas palavras de Salo de Carvalho,

“o fenômeno do grande encarceramento que marca a política criminal nacional não está restrito à incorporação do populismo punitivo por parte das agências legislativas, mas requer, para sua plena efetivação, que os atores com poder de decisão na cena processual penal entendam a diretriz punitivista como legítima, concretizando-a através da racionalidade jurídico-instrumental.”⁵

O propósito da exposição nesse capítulo é enfatizar a existência da construção sintética do traficante de drogas, discorrendo-se sobre a existência de uma ideologia que se projeta danosamente sobre as decisões jurisdicionais dos magistrados.

⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**, p. 158.

⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. *Apud* CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)**, p. 59-60.

2 HISTÓRIA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS: LEGISLAÇÕES E POLÍTICAS CRIMINAIS

2.1 HISTÓRIA DAS LEIS PENAIS? SOBRE A NECESSIDADE DE RECONHECER AS DESCONTINUIDADES HISTÓRICAS, EM OPOSIÇÃO AO HISTORICISMO

“Há um quadro de Klee que se chama Angelus Novus. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido ao passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa aos seus pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso”.⁶

A citação acima foi extraída do último texto escrito por Walter Benjamin, “Sobre o conceito de história”, redigido entre agosto de 1939 e fevereiro de 1940. Nele é tecido um discurso crítico a respeito da modernidade e da velocidade cada vez mais crescente que ela impõe à sociedade. Nesse contexto, a “temporalidade” e o rompimento dela se apresentam como um dos fundamentos de seu pensamento.

No estudo sobre o pensamento de Benjamin, Georg Otte relata que o sujeito histórico necessita reagir à temporalidade, não devendo se acomodar ou diminuir a velocidade que lhe é imposta, através da sua adaptação “aos choques que o golpeiam constantemente na vida moderna”, mas “explodindo” o *continuum*, isto é, quebrando o dinamismo contínuo que lhe é apregoado. “Depois de ter postulado a

⁶ BENJAMIN, Walter. **Teses sobre o conceito da história**. 1940. Tese nº 9.

“explosão” da aura, ou seja, do objeto fixo e sua continuidade estática, [...]”⁷ o pensamento benjaminiano também direciona um discurso de oposição à dinâmica forçada que esvazia o tempo e o homogeneíza.

A modernidade divulgou um otimismo na forma de uma mitologia disfarçada, a idéia do progresso, e, dessa forma, mergulhou a humanidade em um profundo sono. A “sensação do novo e do moderno como o eterno retorno do idêntico constituem as formas da história do sonho”.⁸ O homem moderno em seu sonho não consegue se reconectar com a real experiência do passado e, dessa forma, o progresso se funde com a catástrofe.

“A tempestade do progresso nos distancia do Jardim do Éden e nos conduz ao oposto do Paraíso – isto é, o inferno; a tempestade conduz-nos a repetir mimeticamente os impulsos do presente, como o jogador que recomeça eternamente a partir do zero e não necessita da experiência do seu passado para prosseguir. O homem moderno, tomado pela ideologia do progresso, fecha seus olhos aos clamores do passado, e a isso devemos chamar de barbárie.”⁹

À vista disso, utilizando o pensamento benjaminiano, defende-se a necessidade do rompimento com a continuidade do “tempo homogêneo e vazio” na história sobre a criminalização das drogas. A quebra com a temporalidade clássica repercute sobre duas esferas: a primeira, teórica, que se debruça sobre o conhecimento histórico; a segunda, política, para a qual a ruptura com o historicismo significa uma ruptura com o pensamento dos dominadores.

O passado somente é encontrado em um momento de relampejo, ou melhor, quando o presente, no “instante de perigo”, necessita rememorar o passado. Não há um “continuum” na história, mas sim “um tempo saturado de ‘agoras’”, que através

⁷ OTTE, Georg. **Escovando a história a contrapelo: a desaceleração da modernidade em Walter Benjamin**, p. 67.

⁸ BENJAMIN, Walter. **Das Passagen-Werk**. G. W. vol. V. Frankfurt. Suhrkamp, 1982, p. 678. *Apud*: ROUANET, Sérgio Paulo. **Por que o moderno envelhece?**, p. 6.6.

⁹ TROMBETTA, Gerson Luís. **As “frestas” do tempo: sobre a concepção de história em Walter Benjamin**, p.397-398.

do historiador comprometido obterá a história dos vencidos, transformando o passado e abrindo uma nova possibilidade para o presente, sobre “centelhas de esperança”. A “conexão estabelecida entre passado e presente não é voltada para uma espécie de “restauração” de um passado idílico, mas sim à transformação de um presente, com uma atitude revolucionária portanto, com vistas ao futuro.”¹⁰

Procura-se romper com a temporalidade que permeia os discursos da história que envolvem o Direito. Para Ricardo Marcelo da Fonseca são quatro pressupostos a partir dos quais se deve estudar a História do Direito: recusar-se e denunciar a forma de encarar o passado jurídico através de uma racionalidade estranha àquela época que aposta no direito mais evoluído, e, assim, descumprir a empreitada de justificar as práticas técnico-jurídicas e legitimá-las; desconfiar de qualquer explicação histórica que apregoam às tradições uma força irresistível, ignorando a complexidade das formas jurídicas e sociais; não pode ser considerado como um método que se presta unicamente à tarefa auxiliar de encontrar o “sentido das normas”; atentar-se às infundáveis formas regulativas que fazem parte do passado jurídico.¹¹

O estudo da história que será tecido ao longo deste trabalho não tem como escopo legitimar o discurso atual sobre a criminalização das drogas. A análise das leis penais brasileiras que outrora vigoraram corresponderá à desconstrução do discurso que proclama a atuação punitiva do Estado, no sensível campo das drogas, como meio eficaz e único de defesa da sociedade.

Através da redenção do passado e a ruptura da linearidade da historiografia tradicional, este projeto não estabelecerá, mas direcionará a necessidade de composição de novas formas de solução dos conflitos na atualidade, principalmente o que está no alcance do campo técnico-jurídico.

No mesmo sentido de Salo de Carvalho, o estudo da história das normas jurídicas penais e políticas criminais sobre drogas procurará “[...] apontar as

¹⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**, p. 158-159.

¹¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Idem*, p. 160-161.

descontinuidades dos discursos legitimadores das políticas proibicionistas”.¹² Cumpre-se, dessa maneira, o papel do mensageiro que convida os mortos a sentarem-se à mesa, pois é chegado o “momento de perigo” a que aponta a gradual destruição do Estado Democrático de Direito na época hodierna.

Ressalta-se que o início do processo de criminalização das drogas não está conectado à promulgação de uma determinada lei positiva. Esse processo teve uma origem diluída e, por conseguinte, imperceptível. Contudo, a análise histórica “reveste-se hoje da maior importância, principalmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico definido como experiência pretérita que conscientiza e liberta o presente.”¹³

2.2 LAMPEJOS NORMATIVOS

As drogas nem sempre foram consideradas como problemas para a sociedade. André Ribeiro Giamberardino ressalta que muitas delas serviram para a conformação do próprio sistema capitalista: “na verdade, [a droga] teve no passado recente um papel útil ao desenvolvimento do capitalismo e mesmo antes, quando o consumo de substâncias como alucinógenos, álcool, tabaco, e etc., vinculava-se a experiências místicas e religiosas.”¹⁴ É imprescindível que o elemento ‘droga’, objeto da criminalização contemporânea, seja resgatado em análise temporal das leis penais, ressaltando-se que o estabelecimento do conceito dessa substância não foi estável.

¹² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**, p. 56.

¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**, p. 12.

¹⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência**, p. 211.

As normas jurídicas vigentes em Portugal nos séculos XVI a XIX também vigoraram no Brasil. No entanto, essas fontes de direito portuguesas não foram limitadas às Ordenações da época, visto que não havia a ideia de um “estatuto unificado” ou um “corpo geral de direito”. V.g., António Manuel Hespanha ensina que pessoas nascidas de pai português, seriam “naturais” e, por isso, gozariam de um estatuto pleno de portugueses, “usando o direito português e estando sujeitos às justiças portuguesas.”¹⁵ Outra sorte era reservada aos que eram estrangeiros, como os “índios bravos” ou os “sobas amigos mas não vassalos” de Angola, libertos da obediência ao governo e direito portugueses. Demarca o luso historiador a inexistência de um sistema jurídico padrão e a ocorrência de um direito pluralista.¹⁶

No Brasil Colônia, não houve qualquer manifestação quanto a criminalização de substâncias que hoje são definidas como drogas ou análogas. Tão somente, as ‘Ordenações Filipinas’¹⁷, em seu Livro V, Título LXXXIX, abordou a matéria de substâncias específicas consideradas como venenosas. Foi uma proibição de se ter em casa ou vender o rosalgar¹⁸, bem como, outros materiais listados como insalubres.¹⁹

¹⁵ HESPANHA, António Manuel. **A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes.** In: FRAGOSO, João, BICALHO, Maria Fernanda, GOUVÊA, Maria de Fátima (orgs.). **O Antigo Regime nos Trópicos: A dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**, p. 170.

¹⁶ Hespanha ainda afirma que havia, pelo menos até meados do séc. XVIII, uma monarquia portuguesa corporativa, em que (a) o poder real partilhava o espaço político com poderes de maior ou menor hierarquia, (b) o direito legislativo da Coroa era limitado e enquadrado pela doutrina jurídica (*ius commune*) e pelos usos e práticas jurídicos locais, (c) os deveres políticos cediam perante os deveres morais (graça, piedade, misericórdia, gratidão) ou afetivos e (d) os oficiais régios gozavam de uma proteção muito alargada dos seus direitos e atribuições, podendo fazê-los valer mesmo em confronto com o rei e tendendo, por isso, a minar e expropriar o poder real. HESPANHA, António Manuel. *Idem*, p. 166-167.

¹⁷ Felipe I de Portugal (Felipe II da Espanha) estabeleceu uma reforma ao Código Manuelino, promulgando, em 1603, as Ordenações Filipinas. Elas vigoraram no Brasil e, posteriormente, foram revogadas gradativamente, ressaltando-se que o final de vigência das partes penal e processual penal se deu nos anos de 1830 e 1831, respectivamente, quando então foram publicados os códigos Criminal e de Processo Criminal do Império.

¹⁸ Monossulfureto de arsênio, muito utilizado na época como veneno para ratos.

¹⁹ “LXXXIX - Nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender, rosolgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem água delle e nem escamonea, nem ópio, salvo se for boticário examinado, e tenha licença para ter botica, e usar de ofício. E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa câmara, e a outra para quem o accusar, e seja degradado para África até nossa mercê. E a mesma pena terá

Entendia-se que rosalgar, solimão, escamonéa e ópio eram substâncias que possuíam uma elevada toxicidade e, em razão disso, o Estado deveria exercer controle sobre elas, restringindo o manuseio desses materiais aos indivíduos que exercessem o ofício de boticário. Dessa forma, quem não desempenhasse essa função e, mesmo assim, possuísse ou vendesse tais substâncias, ou então, em situações que pessoas que importassem e negociassem esses conteúdos com outros indivíduos que não fossem boticários, não só perderiam as suas terras, como também, incorreriam na sanção do degredo para a África.²⁰

Posteriormente, no período do Brasil Império, foi promulgado o Código Criminal de 1830, dando revogação à parte penal das Ordenações Filipinas. O tratamento de controle dispensado àquelas substâncias venenosas nas disposições normativas anteriores passou de certa forma à obscuridade. O legislador nacional daquele momento não repetiu no código a abordagem precedente.

Contudo, o Código Criminal de 1830 tem uma importância didática, pois, deixada de lado a consagração vaidosa de que ele seria uma asseveração contundente das ideias formuladas pelo pensamento jurídico-penal iluminista, não passou de instrumento de reafirmação da aristocracia. Em outras palavras, o refinamento do meio jurídico a partir de uma cultura erudita esteve vinculado ao setor dominante da sociedade escravista. A historiadora Gizlene Neder afirmou, em seu livro “Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: Obediência e Submissão”, que à primeira vista,

“o Código Criminal de 1830 e a Constituição que o antecedeu (1824) dão a impressão de negarem a herança colonial e rural da formação política que começava a se emoldurar. Mas toda a estrutura política e jurídica do

quem as ditas cousas trazer de fora, e as vender a pessoas, que não forem Boticários”. PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**, vol. 5; Edição de Cândido Mendes de Almeida.

²⁰ Tratando da disciplina e da punição no Império português, Hespanha concluiu quanto a efetividade das sanções estipuladas no campo penal do rei que tudo era “combinado”, ou seja, “no plano da estratégia punitiva, do funcionamento do perdão ou do livramento e da escala de penas efetivamente aplicável e aplicada –, o resultado era o de um sistema real/oficial de punição pouco orientado para aplicação de castigos e, finalmente, pouco crível neste plano. O controlo dos comportamentos e a correspondente manutenção da ordem social só se verificava porque, na verdade, ela repousava sobre mecanismos de constrangimento situados num plano diferente do da ordem penal real.” HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**, p. 459.

Império permaneceu fundada nas mesmas bases anteriores: o latifúndio agro-exportador e o trabalho escravo.”²¹

Ainda que inexistisse uma “massa normativa” que desse permissão a extração de uma “coerência programática específica”²², o ideário daquele meio social aristocrático-escravista esteve presente no meio jurídico. Verbi gratia, meses antes do mencionado Código Criminal, através do Código de Posturas da Câmara Municipal do Rio de Janeiro²³, foram estabelecidas normas que criaram limitações às condutas relacionadas à venda de alimentos e remédios e ao ofício dos boticários.

Dentre essas regulações, na seção primeira sobre Saúde Pública, Título 2º, Parágrafo 7º, havia a proibição da venda e do uso do pito de pango²⁴: “é proibida a venda e o uso do ‘Pito do Pango’, bem como a conservação dele em casas públicas: os contraventores serão multados, a saber, o vendedor em 20\$000, e os escravos, e mais pessoas que dele usarem, em 3 dias de cadeia.”²⁵

A criminalização da venda e utilização do pito de pango foi um mecanismo escolhido para ser utilizado na manutenção da estrutura social existente na época. Esse recurso utilizado na cidade do Rio de Janeiro esteve relacionado com um fenômeno ocorrido no século XIX importante para a sociedade aristocrata brasileira: a urbanização.

²¹ NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**, p. 191.

²² BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**, p. 131.

²³ As posturas municipais eram um conjunto de normas que dirigiam a atuação do Poder Público de uma determinada cidade. Na cidade do Rio de Janeiro, a Câmara Municipal em conjunto com a Sociedade de Medicina e Cirurgia, criou o Código de Posturas de 1830, organizando a vigilância sanitária da capital (estabeleceu normas referentes aos serviços prestados nos cemitérios, de combate às doenças contagiosas, regulação dos alimentos e do exercício da Medicina e da Farmácia, controlando, inclusive, os medicamentos, hospitais e casas de saúde).

²⁴ “Pito de Pango” é a designação do cachimbo empregado para o fumo de Cannabis sativa. A expressão tem origem africana, em que o cachimbo teria origem de uma região do Congo chamada Pungo.

²⁵ MOTT, Luiz. **A maconha na história do Brasil**. In: HENMAN, Anthony; PESOA JR., Osvaldo (org.). **Diamba Saramba**. Apud: MUNDIM, P. S.. **Das Rodas de Fumo à Esfera Pública: o Discurso de Legalização da Maconha nas Músicas do Planet Hemp**, p. 65-66.

Com o crescimento de determinadas cidades como centros políticos, começou a serem constituídos espaços públicos que se tornariam palco de conflitos habituais de diversos grupos sociais. A estrutura da sociedade escravista dependia do controle social exercido pelos proprietários, exigindo-se um alto custo de manutenção, fosse pelo pagamento de recompensas de captura de escravos, salário para caçadores, policiais e juizes, além dos gastos que os castigos e curas de suas “propriedades” infligiam às economias daquele primeiro interessado.²⁶ A transferência de tais práticas da esfera privada do senhor para a esfera estatal, cada vez mais presente, foi um imperativo para a persistência do regime escravista.²⁷

“A escravidão e a cidade adaptavam-se uma à outra. As relações tradicionais modificavam-se, e o Estado tentava pôr ordem na casa. Criavam-se posturas, organizava-se a repressão, os acordos efetuavam-se à margem da lei. É necessária a escravidão para a cidade, é necessário garantir o sistema.”²⁸

A escolha precisa sobre o “pito de pango” como objeto da lei penal é definido na concepção da dicotomia existente na sociedade durante o período colonial e imperial: o tabaco seria dos senhores brancos, e a maconha, utilizada no preenchimento do forninho do pito, dos escravos. Dessa forma, o controle incidiria especificamente sobre a cultura dos escravos.²⁹

²⁶ DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia & racismo: introdução à criminologia brasileira**, p. 166.

²⁷ O controle social também se deu na criminalização e proibição de outras práticas culturais de parcelas da população segregada. Assim, “o desmando senhorial vai sendo substituído por uma prática policialesca que transformava a polícia urbana no novo feitor, agora do Estado que era constituído de senhores proprietários. A rua passa a integrar a periferia da propriedade privada desses senhores, um espaço cotidianamente dominado pelo seu mando; novos lugares para a “escravidão” são criados. Na mesma medida em que os quilombos urbanos eram “confundidos” com ajuntamentos de criminosos, também as prisões se tornavam reuniões de escravos fugidos e capturados”. DUARTE, Evandro Charles Piza. *Idem*, p. 169.

²⁸ SILVA, Marilene Rosa Nogueira da. **Negro na rua: a nova face da escravidão**, p. 85.

²⁹ “[...] é possível que um indivíduo já propenso ao crime, pelo efeito exercido pela droga, privado de inibições e de controle normal, com o juízo deformado, leve a prática seus projetos criminosos. (...) Entre nós a planta é usada, como fumo ou em infusão, e entra na composição de certas bebidas, empregadas pelos “feiticeiros”, em geral pretos africanos ou velhos caboclos. Nos “candomblés” - festas religiosas dos africanos, ou dos pretos crioulos, deles descendentes, e que lhes herdaram os costumes e a fé - é empregada para produzir alucinações e excitar os movimentos nas danças

Em outro contexto, existiram disposições legislativas diversas que tratavam de regular a venda de substâncias e medicamentos, como por exemplo, o Decreto nº 828, de 29 de setembro de 1851. Não possuíam a mesma preocupação de controle sobre classes através da criminalização de determinadas drogas. Tratava-se, tão somente, de um ajuste das políticas sanitárias, através da programação dos serviços ligados à “higiene” pública, sem fazer referência a substâncias como a maconha, o ópio ou a cocaína, como tampouco proibia o consumo e a venda desses compostos.

O Código Criminal da República de 1890 seguiu o perfil regulatório do Decreto nº 828, estabelecendo no Capítulo III (Dos Crimes Contra a Saúde Pública), art. 159, que o crime de “expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios: Pena de multa de 200\$ a 500\$000.”³⁰

Em conclusão, até o início do século XX, a preocupação dos governos em solo brasileiro não correspondeu ao conceito contemporâneo de criminalização do uso e tráfico de drogas, construção cognitiva própria da atualidade. Define-se, portanto, que as legislações existentes no Brasil, até o século passado, estavam, majoritariamente, direcionadas à regulação de determinadas substâncias e o seu respectivo trâmite comercial. Havia exceções a esse perfil, como o ocorrido na capital do país em 1830 (Código de Posturas), em que se estabeleceu um controle aristocrático sobre parcelas de indivíduos através da criminalização de suas condutas típicas, em *lato sensu*. Contudo, esse panorama foi rompido posteriormente.

selvagens dessas reuniões barulhentas. Em Pernambuco a herva é fumada nos “atimbós” - lugares onde se fazem os feitiços, e são frequentados pelos que vão aí procurar a sorte e a felicidade. Em Alagoas, nos sambas e batuques, que são danças aprendidas dos pretos africanos, usam a planta, e também entre os que “porfiam na colcheia”, o que entre o povo rústico consistem em diálogo rimado e cantado em que cada réplica, quase sempre em quadras, começa pela deixa ou pelas últimas palavras de contendor.” HENMAN, Anthony; PESOA JR., Osvaldo (org.). **Diamba Saramba**. *Apud*. BARROS, André & PERES, Marta. **Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas**, p. 12.

³⁰ BRASIL Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal dos Estados Unidos do Brazil**.

Nilo Batista identificou, em seu artigo “Política Criminal com derramamento de sangue”³¹, dois modelos de “combate” às drogas que foram implantados ao longo do século XX e que serão esboçados nas seções secundárias seguintes.

2.3 MODELO SANITÁRIO

No período compreendido entre os anos de 1914 e 1964, a política criminal brasileira direcionada às drogas configurou-se, segundo Batista, em um paradigma chamado de “modelo sanitário”.³² Tal designação não decorreu apenas em razão do tratamento do viciado como um doente,³³ mas pelas práticas higienistas desempenhadas pelas autoridades na persecução de seus objetivos sobre a sociedade. Ele escreveu que se percebe “[...] claramente o aproveitamento de saberes e técnicas higienistas, para as quais as barreiras alfandegárias são instrumento estratégico no controle de epidemias, na montagem de tal política criminal [...]”.³⁴

Naquele exórdio de século, começou o estabelecimento de uma consciência, em relação às drogas, permeada por uma torrente moralizadora que estimulou políticas criminais e legislações penais para tratar do assunto. Esse desenvolvimento teve como berço os embates que eram aguçados nos horizontes políticos dos países centrais, tendo papel principal os Estados Unidos, trasladando-se gradativamente o projeto aos países periféricos, como por exemplo, o Brasil. Em outras palavras, as diretrizes de poucos condicionaram os outros Estados a

³¹ BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**, p. 130-146.

³² BATISTA, Nilo. *Idem*, p. 133.

³³ A consideração como doentes daqueles que se drogam, e as drogas similares ao vírus ou praga que estava abarcando a sociedade.

³⁴ BATISTA, Nilo. *Idem*, p. 134.

elaborarem legislações mais rigorosas e desenvolverem um sistema burocrático e repressivo para imposição a sociedade de novas políticas contrárias às drogas.

Foram as convenções internacionais que tiveram grande importância para a definição e propagação das orientações dessa política criminal. Após um discurso sobre a necessidade de organização de uma conferência internacional destinada a auxiliar a China no combate ao seu problema com o ópio³⁵, os representantes dos Estados Unidos convocaram, no ano de 1909, a Comissão Internacional do Ópio. Realizados em Shangai, os debates da comissão trataram, sobretudo, da proibição de todo o consumo de ópio que não tivesse finalidade médica. Foram elaboradas e discutidas recomendações, sem que se impusesse ainda um peso legal sobre os demais países.

Mesmo após semanas de reuniões, os objetivos almejados pela delegação estadunidense na comissão internacional não foram atingidos imediatamente. A constatação que Thiago Rodrigues fez em seus estudos foi de um outro lado em que, apesar de oculto a uma análise célere, percebe-se um destaque qualitativo das deliberações em solo chinês: elas foram o princípio de muitas outras reuniões a porvir e os Estados Unidos se fariam cada vez mais audíveis.³⁶

O jurista brasileiro afirmou ainda que a Comissão de Shangai também foi a referência para o estabelecimento da liderança dos Estados Unidos no programa de controle das drogas e no lançamento dos pontos-chaves de argumentação presentes nos discursos estadunidenses ao longo de todo o século XX. Dessa forma, foram impulsionados

“[...] dois conceitos fundamentais [...]: o primeiro, o de “uso legítimo”, ditava que “todo consumo relacionado à propósitos médicos e científicos (definidos em termos científicos ocidentais) deveria ser considerado ilícito” (McAllister,

³⁵ Antonio Escohotado relata que foi enviada, em 24 de julho de 1906, pelo bispo da Igreja Episcopal das Filipinas, Charles Henry Brent, uma carta a Roosevelt sugerindo que se amenizasse a tensão existente na época entre os EUA e a China, através da organização de uma conferência internacional sobre o ópio. Foi uma “iniciativa humanitária con los intereses económicos americanos [...]” ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**, p. 617-618.

³⁶ RODRIGUES, T. M. S.. **Política e drogas nas Américas**, p. 48.

200, p. 29); o outro carregava de importância o combate à fonte da oferta, enfim, o combate às drogas nas áreas de produção.”³⁷

A internacionalização³⁸ da política estadunidense de drogas estaria justificada nas palavras de um dos delegados da comitiva de 1909, o Dr. Hamilton Wright, em que “sólo un control mundial defendería a Estados Unidos de la invasión” da droga.³⁹ Para Escotado, o combate travado em território estadunidense contra as drogas reclamava a aplicação de medidas domésticas urgentes e que não poderiam trilhar o caminho legislativo comum. Em razão disso, foi concebida a ideia de “ir presentando al Congreso americano convênios internacionales [...]”⁴⁰.

Em 1911, a “American Crusade” de Shangai logrou convocar, agora em Haia, uma nova conferência internacional, que foi concluída em dezembro e assinada em 1912. No preâmbulo dessa convenção, apresenta-se o cerne das novas reuniões, determinadas “a suprimir gradualmente o abuso do ópio, morfina e cocaína, bem como as drogas preparadas ou derivadas dessas substâncias, as quais causassem ou pudessem causar similares abusos”.⁴¹ Dessarte, foram discutidas as resoluções que implicariam um controle efetivo sobre as drogas (preparação e distribuição de ópio, morfina, cocaína e heroína)⁴², balizando as políticas proibicionistas em todo o mundo.⁴³

³⁷ RODRIGUES, T. M. S.. *Idem*, p. 48.

³⁸ Acautela-se que a política contrária às drogas teve dois preparos: o primeiro, em internacionalizar as ideias, ou seja, levar as discussões para além do solo americano; o segundo, em transnacionalizar, que quer inferir a transferência das diretrizes emanadas das reuniões sobre outras nações.

³⁹ ESCOTADO, Antonio. *Idem*, p. 619.

⁴⁰ ESCOTADO, Antonio. *Idem*, p. 631-632.

⁴¹ O texto original assim dispõe: “[...] *to bring about gradual suppression of the abuse of opium, morphine, and cocaine as also of the drugs prepared or derived from these substances, which give rise or might give rise to similar abuses.*” UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **The 1912 Hague International Opium Convention.**

⁴² Já havia discussões à respeito do Ópio e da Morfina, quando a Convenção de Haia de 1912 inseriu outras duas substâncias: a Cocaína e a Heroína.

⁴³ Ressalte-se que nesse momento tais políticas eram proibicionistas e, não, criminalizadoras, como adverte Vitor Steigman Dieter, “[...] a política não era de criminalização, mas de proibição de venda em diversos lugares e, nos locais onde ainda era permitido incidia uma enorme tributação.” DIETER, V.. **A política penal de drogas proibidas nos EUA e Brasil: uma breve introdução histórica.**

As principais disposições da Convenção de Haia foram: a) a produção e distribuição, incluindo importação e exportação, de ópio bruto deveriam ser controlados pelas legislações de cada país; b) o fumo de ópio ser gradualmente e efetivamente suprimido; c) a fabricação, venda e consumo de morfina e cocaína, incluindo seus sais, serem limitados pelas legislações nacionais ao atendimento de propósitos médicos e outros legítimos, devendo ser controlados por um sistema de licenciamento; d) estatísticas relativas ao comércio de drogas e informações sobre leis nacionais e acordos administrativos, devem ser trocados com o governo dos Países Baixos.⁴⁴

Essas diretrizes postas em discussão por Wright e Brent⁴⁵ durante a Convenção tiveram muitos percalços para serem aceitas pelos outros países⁴⁶. A pequena quantidade de países assinantes da Convenção fez com que ela fosse suspensa temporariamente e convocassem outras duas convenções em 1913 e 1914, no intuito de fortalecê-la. Após essa última convenção, o acordo redigido foi assinado por 44 países, dos 58 reconhecidos naquela época.

Se extrai ainda, do texto original da Convenção de Haia de 1912, art. 20, que “As Potências contratantes examinarão a possibilidade de editar leis ou regulações que castiguem a posse ilegal de ópio bruto, ópio preparado, morfina, cocaína e outros respectivos sais, a menos que já existam leis ou regulações sobre a matéria” (The contracting Powers shall examine the possibility of enacting laws or regulations making it a penal offence to be in illegal possession of raw opium, prepared opium, morphine, cocaine, and their respective salts, unless laws or regulations on the subject are already in existence). (Tradução livre do autor). UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Idem*.

⁴⁴ ESCOHOTADO, Antonio. **História general de las drogas**, p. 628.

⁴⁵ O Bispo Charles H. Brent e Hamilton Wright foram os delegados designados pelo governo estadunidense para compor a mencionada Conferência.

⁴⁶ “La Conferencia [...] tampoco satisfizo del todo las esperanzas americanas. Como em Shanghai, Turquía siguió negándose a asistir, y Austria-Hungría tampoco acudió. Inglaterra sólo queria hablar de morfina y cocaína, y Alemania protestaba en nombre de sus poderosos laboratorios, alegando que Suiza no estaba presente y aprovecharía las restricciones en su privado beneficio. Portugal defendia su indústria de opio en Macao, y Persia sus ancestrales cultivos. Holanda estaba implicada en el tráfico de opio y morfina, y producía miles de toneladas de coca en Java. Francia se encontraba dividida entre los ingresos provenientes del consumo de opiáceos en Indochina y el temor a ver se inundada por los produtos de sus colonias. Japón fue acusado de introducir massivamente morfina, heroína e hipodérmicas en el território chino como parte de sus propósitos invasores, aunque negó cualquier vínculo com semejante cosa. Rusia tenía una considerable producción de opio, pero inferior a la de Siam. Italia, que sólo compareció el primer día, puso como condición para participar que se incluyera el tema del cáñamo, condición rechazada por la mayoría; ya por entonces (como sigue sucedendo hoy) tenía los índices de cocainismo más altos de Europa.” ESCOHOTADO, Antonio. *Idem*, p. 628.

A Convenção de Haia intensificou as discussões nos Estados Unidos sobre o controle legal das drogas, desencadeando a aprovação da lei “Harrison” em fins de 1914, alicerce de grande parte das futuras legislações penais naquele país.⁴⁷ Como já afirmado anteriormente, outras nações também foram influenciadas pela convenção, dentre elas o Brasil, que subscreveu o protocolo em outubro de 1912, sancionando-o através do Decreto 2.861, de 08 de julho de 1914,⁴⁸ e, posteriormente, por meio da determinação do Presidente da República, Wenceslau Braz, que fossem “executados e cumpridos tão inteiramente como nelles [a Convenção e o seu respectivo Protocolo de encerramento] se contem”⁴⁹. A partir desse momento descrito, o modelo “sanitário” de combate às drogas é implantado neste País.

Vale ressaltar a análise de Escotado de que, a não ser para os Estados Unidos, que travavam uma luta contra as drogas, bem como aos países produtores de coca e ópio, às demais nações “[...] el hecho de suscribir los convênios [...] suponía simplemente tomar medidas preventivas. En otras palabras, el problema real allí brillaba más por su ausencia que por su presencia.”⁵⁰ Nessa perspectiva, foi promulgado o Decreto nº. 4.294, em 06 de julho de 1921, sob a justificativa de reprimir o uso descontrolado de substâncias entorpecentes, apesar das condições

⁴⁷ “Nos EUA, a primeira lei criminalizadora em matéria de drogas, a nível federal, surgiu em 1914, com o Harrison Act, que se aplicava tão somente a condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo de ópio, morfina e seus derivados e aos derivados da folha de coca como a cocaína. A repressão então se exercia indiretamente, focalizando-se em matéria fiscal. A lei criava um imposto exorbitante para a distribuição dessas substâncias com fins não médicos ou científicos, imposto que naturalmente não era pago por quem as comerciava ou comprava. Quem era pego, por exemplo, com cocaína, não era processado por essa posse, mas sim pela sonegação fiscal. Ainda nos EUA, a criminalização de condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo de maconha, a nível federal veio somente em 1937, com o Marihuana Tax Act. Antes, no período que vai de 1915 a 1937, a proibição de maconha se instaurara apenas em nível estadual, estendendo-se por 27 Estados. Novas leis foram surgindo, em 1951, com o Boggs Act, que quadruplicou as penas; em 1956, com o Daniel Act; em 1969, o Dangerous Substances Act.” KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais.**

⁴⁸ “Artigo unico. Ficam aprovadas para produzirem todos os seus efectos no territorio nacional as medidas tendentes a impedir os abusos crescentes do opio, da morphina e seus derivados, bem como da cocaina, constantes das resoluções aprovadas pela Conferencia Internacional do Opio realizada em 1 de Dezembro de 1911 em Haya, e cujo protocollo foi assignado pelo representante do Brasil na mesma Conferencia; revogadas as disposições em contrario.” BRASIL. **Decreto nº 2.861, de 8 de Julho de 1914.**

⁴⁹ BRASIL. **Decreto 11.481, de 10 de fevereiro de 1915.**

⁵⁰ ESCOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**, p. 715.

fáticas serem íferas à gravidade do problema imaginado. A obtenção de drogas para consumo estava fundamentada no desvio de certas quantidades de substâncias nocivas do curso programado para a sua comercialização. Os grupos aprovisionados por tais irregularidades eram “[...] reduzidos e exóticos, intelectuais, filhos do baronato agroexportador educados na Europa, artistas”⁵¹, sem um significado econômico elevado para o Estado.

A ementa do decreto supramencionado resume que eram estabelecidas

“penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; crêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as fórmulas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários.” (Decreto nº. 4.294)

Batista destaca que, nesse momento, além do art. 159, do CP 1890, ser revogado, a expressão “entorpecente” foi internalizada no meio legislativo, iniciando o seu longo e polissêmico caminho no direito penal brasileiro.⁵² A comercialização de substâncias venenosas sem autorização ou atendimento às formalidades estava proibida, estabelecendo-se a sanção de multa (art. 1º, *caput*), e, se possuísem a qualidade de entorpecentes, ao sujeito seria aplicada a sanção de prisão “cellular” de 1 (um) a 4 (quatro) anos (§ único).

As contínuas convenções internacionais, como as de Genebra em 1925, 1931 e 1936, subscritas pelos governos brasileiros, foram reproduzidas nos sucessivos decretos referentes à matéria de controle sobre as drogas em território nacional. A transnacionalização desse controle refletiu sobre o direito interno, chegando “[...] para ficar, e não só caracterizaria todo o período do modelo sanitário como subsistiria, com referenciais distintos, à própria reforma do modelo político-criminal, até porque, [...] o modelo seria reformado de fora para dentro.”⁵³

⁵¹ BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**, p. 133.

⁵² BATISTA, Nilo. *Idem*, p. 131.

⁵³ BATISTA, Nilo. *Idem*, p. 132.

A conferência sobre drogas ocorrida em Genebra em 1925, nomeada de II Conferência Internacional do Ópio, estabeleceu que cada país revisaria frequentemente as suas legislações, assim como o comércio externo e interno seriam fiscalizados rigorosamente. Nas demais conferências, de 1931 e 1936, a política internacional de repressão às drogas foi intensificada ainda mais, determinando-se através dela que as informações a respeito de casos de comércio ilícito deveriam ser compartilhadas entre os países pactuantes.

Acompanhando essas políticas traçadas pelas convenções internacionais, foi editado o Decreto 20.930, de 11 de janeiro de 1932, posteriormente revogado através do Decreto 891, de 25 de novembro de 1938. O texto do Decreto 20.930, com alteração pelo Decreto 24.505, de 29 de junho de 1932, abordou a fiscalização do uso e comércio de substâncias tóxicas entorpecentes⁵⁴, regulando a importação das referidas substâncias e estabelecendo sanções sobre condutas relacionadas às drogas e que fossem entendidas como ilegais. Nesse espaço, houve uma multiplicação de verbos nucleares no artigo 25 do decreto, na tentativa de abarcar os mais diversos comportamentos ligados às drogas, independente da diferença nas grandezas dos desvalores de ação e de resultado.⁵⁵

Com a justificativa de que o Código Penal de 1890 sofrera inúmeras modificações na tipologia dos crimes e respectivas sanções, decorrentes da grande quantidade de leis esparsas, e da dificuldade que essa posição estaria oferecendo à interpretação e aplicação das leis penais, aprovou-se, por meio do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, a Consolidação das Leis Penais.

⁵⁴ “Art. 1º São consideradas substâncias tóxicas de natureza analgésica ou entorpecente, para os efeitos deste decreto e mais leis aplicáveis, as seguintes substâncias e seus sais, congêneres, compostos e derivados, inclusive especialidades farmacêuticas correlatas: I - O ópio bruto e medicinal. II - A morfina. III - A diacetilmorfina ou heroína. IV - A benzoilmorfina. V - A dilandide. VI - A dicodide. VII - A eucodal. VIII - As folhas de coca. IX - A cocaína bruta. X - A cocaína. XI - A ecgonina. XII - A "canabis indica". BRASIL. **Decreto n. 20.930, de 11 de janeiro de 1932.**

⁵⁵ Zaffaroni ironiza a opção dos legisladores latino-americanos na multiplicação do verbos: “Dentro de la técnica legislativa latinoamericana em materia penal, a nadie se lo ocurre tipificar condutas de homicídios, por ejemplo, a través de una previsión con abuso increíble de verbos, como sería, apuñalar, prestar el arma, facilitar la casam prestar al vehiculo para el homicidio, transportar el cadáver, ocultar los rastros, enganar la victima, quemar el cadáver, instigar a matar, comenzar a matar, preparar una trampa, colaborar con la emboscada, etc.” ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Política Criminal Latinoamericana**. In: MAYORA, Marcelo. Direito Penal das drogas e Constituição: em busca de caminhos antiproibicionistas. In: FAYET Jr., Ney & MAIA, André Machado (coords.). **Ciências Penais e Sociedade Complexa II**, p. 245.

Na Consolidação, de autoria do desembargador Vicente Piragibe, foram atribuídas ao Departamento Nacional de Saúde a classificação e a listagem das substâncias que teriam o efeito de alterar o comportamento da pessoa, definindo-se que ao legislador caberia revisitar periodicamente esse rol estabelecido, além da alteração do artigo 159.⁵⁶

O “primeiro grande impulso”, assim chamado por Salo de Carvalho, no combate às drogas a partir da instauração e sistematização de uma política de criminalização foi definida nessa legislação.⁵⁷ Em complemento, por intermédio do Decreto nº 780/36, de 28 de abril 1936, foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes (art. 1º), que dentre as suas obrigações, elaboraria o “[...] ante-projecto de consolidação das leis, em vigor, sobre entorpecentes a ser submettida ao Poder Legislativo [...]”.⁵⁸

Os integrantes da comissão editaram, então, a Lei de Fiscalização de Entorpecentes, tendo sido aprovada pelo Decreto-lei nº 891 em novembro de 1938. Trazendo por cerne a Convenção de Genebra de 1936, a lei importou o modelo internacional de controle de drogas quando, além de criminalizar o tráfico e o consumo de drogas, tratou de prever como crimes os atos preparatórios conexos ao tráfico e intensificou a internação obrigatória do usuário.⁵⁹

Por assim dizer, a estrutura da nova legislação demonstrou uma maior complexidade quando comparada com o tratamento dispensado ao longo do modelo

⁵⁶ “Art. 159 - Quem fôr encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substancia toxica, de natureza analgesica ou entorpecente, seus saes, congengeres, compostos e derivados, inclusive especialidades pharmaceuticas correlatas, como taes consideradas pelo Departamento Nacional de Saude Publica, em dose superior á therapeutica determinada pelo mesmo Departamento, e sem expressa prescripção medica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substancias. Pena: três a nove meses de prisão celular, e multa de 1.000\$0 a 5.000\$0”. PIERANGELI, Jose Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**, p. 352.

⁵⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 59.

⁵⁸ “Artigo 4º. A Comissão terá, ainda, a seu cargo a elaboração do ante-projecto de consolidação das leis, em vigor, sobre entorpecentes a ser submettida ao Poder Legislativo; o preparo de instrucções a serem approvadas pelos Ministremos competentes, bem como as que dizem respeito á actuação dos delegados, plenipotenciarios ou representantes do Brasil em congressos ou conferencias internacionaes sobre a materia.” BRASIL. **Decreto nº 780, de 28 de Abril de 1936**.

⁵⁹ “Artigo 29 – Os toxicômanos ou os intoxicados habituais, por entorpecentes, por inebriantes em geral ou bebidas alcoolicas, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa por tempo determinado ou não.” BRASIL. **Decreto nº 891, de 25 de novembro de 1938**.

sanitário. No Capítulo I, da referida lei, foram elencadas as substâncias consideradas entorpecentes. Ao longo do Capítulo II, encontraram-se as proibições e comedimentos para controlar as ações de “extrair, produzir, fabricar, transformar, preparar, possuir, importar, exportar, reexportar, expedir, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou ter”⁶⁰ tais substâncias. Ademais, no Capítulo III a toxicomania passou a ser considerada doença, regulando-se, por conseguinte as formas de intervenção por meio da internação do usuário e a sua interdição civil. Por último, no Capítulo IV, foram estabelecidas as infrações e as respectivas penas cominadas, diferenciando-se traficantes de usuários e impondo-se penas privativas de liberdade de 1 (um) a 5 (cinco) anos, àqueles, e de 1 (um) a 4 (quatro) anos, a esses.

Sem revogação expressa do Decreto nº 891/38, foi publicado, por meio do Decreto nº 2.848/40, em 7 de dezembro de 1940, um novo código penal. O seu artigo 281 apresentava que

“Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.”

Observa-se que o consumo de drogas foi descriminalizado, abordando-se o usuário como um doente e, portanto, incorrendo não em uma sanção punitiva, mas em tratamento ambulatorial. Batista ressalta ainda que houve uma breve diminuição dos verbos nucleares e a mescla da posse ilícita e do tráfico de drogas no mesmo artigo.⁶¹

⁶⁰ “Artigo 3 – Para extrair, produzir, fabricar, transformar, preparar, possuir, importar, exportar, reexportar, expedir, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou ter para um desses fins, sob qualquer feras, alguma das substâncias discriminadas no, artigo primeiro, é indispensável licença da autoridade sanitária, com o visto da autoridade policial competente, em conformidade com os dispositivos desta lei.” BRASIL. *Idem*.

⁶¹ BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**, p. 137.

O nascente conjunto de normas penais importaria que a criminalização das condutas atreladas às drogas estaria codificada, compondo a parte sobre “Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes”. O objetivo de se buscar a criminalização não mais em leis esparsas e sim, em um código penal, está na facilitação do ato de interpretar e da aplicação das normas jurídicas dentro de uma lógica única, respeitando-se a parte geral da referida lei. Contudo, o processo de codificação e, mesmo o amenizado disciplinamento, não perdurou, pois a partir do

“Decreto-lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo), e com a publicação da Lei 4.451/64 (que introduz ao art. 281 a ação de plantar), se inicia na legislação pátria [...] amplo processo de descodificação, cujas consequências serão drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico-penal).”⁶²

Com uma política de governo mais liberal após a “Era Vargas”, a questão das drogas é retirada de pauta e a atenção anteriormente dispensada passa a ser secundária até a década de sessenta, introito do “modelo bélico” de combate às drogas.⁶³

2.4 MODELO BÉLICO

A escolha de Nilo Batista pelo ano de 1964 como demarcação de um novo modelo de combate às drogas não está conexas à publicação de uma legislação em específico. O movimento político-militar que ocorreu em abril do referido ano⁶⁴ compôs uma realidade em que as condições básicas para o estabelecimento do “modelo bélico”, criado nos Estados Unidos, seriam favoráveis. O jurista natalense

⁶² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 61.

⁶³ BATISTA, Nilo. *Idem, Ibidem*.

⁶⁴ Golpe Militar ou Revolução Democrática de 1964.

faz uma importante ressalva no que tange a questão de “modelos puros”, afirmando que a utilização de métodos de guerra desse novo modelo não significaria o afastamento de todos os elementos do modelo sanitário da sociedade e da política estatal, isto é, “não significa que os motivos do modelo sanitário [...] não continuassem a operar residualmente.”⁶⁵

A transnacionalização do modelo norte-americano de combate às drogas continuou se propagando através de outras convenções da ONU ao longo da segunda metade do século XX. Dentre as principais, há a Convenção Única Sobre Entorpecentes, ocorrida em 1961, o Convênio Sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, essa última ocorrida em Viena no ano de 1988.

As agências estadunidenses de controle penal passaram a enfrentar dificuldades a partir da década de sessenta, quando o consumo de drogas, principalmente o LSD e a maconha, ganhou um espaço significativo entre a população. Elas passaram a apresentar um sentido libertário, muito em razão da sua conexão com grupos de contracultura e manifestação política, saindo do confinamento dos guetos para adentrar na vida da classe média. Em consequência, fundou-se uma cultura do medo, instrumento de solidificação da campanha de Lei e Ordem nos Estados Unidos.

Salo de Carvalho afirma que diversamente do que aconteceu nas décadas anteriores a 1960, “o consumo de drogas ganha o espaço público, aumentando sua visibilidade e, conseqüentemente, gerando o pânico moral que deflagrará intensa produção legislativa em matéria penal.” Complementa que seriam as “campanhas idealizadas pelos empresários morais e por movimentos sociais repressivistas aliadas aos meios de comunicação” que fundamentariam uma transposição das fronteiras das nações no controle bélico sobre os entorpecentes.⁶⁶

Como reflexo dessa política criminal, o Congresso brasileiro se submeteu às determinações da Convenção Única Sobre Entorpecentes, publicando o Decreto Legislativo nº 54.216/1964 ao que seria “executada e cumprida [a convenção] tão

⁶⁵ BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**, p. 137-138.

⁶⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 62-63.

inteiramente como nela se contém”⁶⁷, ou seja, todas as disposições da convenção seriam incorporadas ao ordenamento jurídico interno. Após três anos desse decreto, seguiu-se a edição do Decreto-lei nº 159, incluindo entre as substâncias consideradas nocivas, das quais os entorpecentes faziam parte, outras que fossem capazes de criar dependência física e/ou psíquica.⁶⁸

Em dezembro de 1968, apenas alguns dias depois e ainda no calor do ato institucional mais autoritário da ditadura militar, o AI-5, outra importante alteração na legislação sobre drogas entra em vigor: o Decreto-lei nº 385. Com a nova disposição, o usuário foi equiparado *quoad poenam* ao traficante, atribuindo a ambos a mesma pena de “reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país”.⁶⁹ Segundo Carvalho, o Supremo Tribunal Federal entendia, anteriormente a essa alteração, que o usuário não seria abrangido pelo artigo 281 do Código Penal, quer dizer, no âmbito judicial ocorria a descriminalização dos usuários de droga. A nova redação não só contrariou as decisões jurisprudenciais da época, como também foi de encontro às orientações internacionais ao estabelecer práticas sancionatórias idênticas, por meio de uma única categorização, de condutas com significados divergentes.

⁶⁷ BRASIL. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964.**

⁶⁸ “Art. 1º Às substâncias capazes de determinar dependências física ou psíquica, embora não consideradas entorpecentes, aplica-se o disposto nos arts. 1º, § 2º, 15 16, 17, 18, 19, 21, 23, 27, 29, 47, 50, 53, 56, 58, 62 caput, 63 e 64 do Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, e, no que couber, o disposto nos arts. 280 e 281 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964. Parágrafo único. As substâncias de que trata este artigo serão relacionadas em Portaria do Diretor Nacional do Serviço de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Departamento Nacional de Saúde, publicada no Diário Oficial.” BRASIL. *Idem*.

⁶⁹ “Art. 1º O artigo 281 do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), modificado pela Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.) Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vêzes o maior salário-mínimo vigente no país. § 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: [...] III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.)” BRASIL. **Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968.**

Contrários a essa orientação, os escassos juristas e tribunais que reagiram ao autoritarismo da nova lei utilizaram diversas estratégias a fim de esquivar-se da aplicação de possíveis condenações penais aos réus. Pedro Luciano Evangelista Ferreira escreveu que o resultado disso foi, “ao invés de muitas condenações equilibradas, houve sim muitas absolvições para proteger o réu primário e os portadores de pequena quantidade de substância entorpecente, como anota Menna Barreto.”⁷⁰ Ainda, outro artifício utilizado pelos juristas foi de “questionar a validade do depoimento dos policiais que haviam participado da prisão em flagrante do usuário, tendo se notabilizado por suas sentenças e seus trabalhos teóricos a respeito o juiz Hélio Sodré.”⁷¹

O processo de descodificação da legislação sobre drogas ocorre novamente quando entra em vigência o Decreto-lei nº 5.726/71, que buscava conformar o sistema repressivo brasileiro sobre drogas ao modelo internacional. O artigo 281 do Código Penal foi mantido, bem como os tipos penais relacionados à produção, ao comércio e ao consumo de drogas.⁷²

Segundo Ney Fayet de Souza⁷³, quando se esperava um tratamento punitivo menor ou inexistente em relação ao usuário, em conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a legislação manteve a equiparação penal entre as duas figuras jurídicas, tráfico e uso de drogas, e aumentou a pena.⁷⁴ Além do mais, nos processos em que o magistrado absolvesse o usuário, “reconhecendo que, em razão do vício, não possui êste a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou

⁷⁰ FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. **A ‘Justiça Terapêutica’ e o conteúdo ideológico da criminalização do uso de drogas no Brasil.** In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, p. 313.

⁷¹ BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**, p. 139.

⁷² “Art. 14. O processo e julgamento dos crimes previstos no art. 281 e seus parágrafos do Código Penal reger-se-ão pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Penal.” BRASIL. **Lei nº 5.726, de 29 de Outubro de 1971.**

⁷³ FAYET DE SOUZA, Ney. **Lei Antitóxicos.** *Apud*: CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 67.

⁷⁴ “Art 23. O artigo 281 e seus parágrafos do Código Penal passam a vigorar com a seguinte redação: [...] Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País.” BRASIL. **Lei nº 5.726, de 29 de Outubro de 1971.**

de determinar-se de acordo com esse entendimento, ordenará sua internação em estabelecimento hospitalar para tratamento psiquiátrico pelo tempo necessário à sua recuperação.”⁷⁵

A eventual “cumplicidade moral” às drogas também foi criminalizada, sendo estabelecido em lei que seria “dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.”⁷⁶ Nesse caminho percorre o parágrafo único do artigo 7º, do Decreto 5.726/71, que estabeleceu a obrigação de todos os diretores de estabelecimentos de ensino que tivessem conhecimento do uso ou tráfico de drogas dentro do ambiente escolar em comunicar às autoridades tais fatos, sob pena de perda do cargo. Os alunos flagrados com as substâncias proibidas teriam sua matrícula escolar trancada (art. 8).

“[...] para além do compromisso bélico que a vox ‘combate’ contém, utiliza-se da estrutura normativa da imposição do dever jurídico, fundamento dos ilícitos omissivos, para converter qualquer opinião dissidente da política repressiva numa espécie de cumplicidade moral com as drogas.”⁷⁷

Ademais, foi possibilitado pelo legislador que a formação de quadrilha estaria configurada na presença de duas ou mais pessoas que se associassem com o fim de agir segundo o tipo penal descrito no artigo 281, do Código Penal.

Em questão processual, o Capítulo III regeria sobre o assunto, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Penal. Adotou-se o procedimento judicial sumário, rito mais célere, permitindo que a denúncia fosse oferecida mesmo sem a existência de prova material.

O novo “inimigo interno” criado a partir do traficante e do usuário correspondeu às expectativas dos discursos em torno do modelo bélico. O Judiciário deveria agir em conjunto com as várias agências do governo na repressão às drogas, sendo postulado por alguns doutrinadores que o tráfico deveria ser inserido

⁷⁵ Art. 10. BRASIL. *Idem*.

⁷⁶ Art. 1º. BRASIL. *Idem*.

⁷⁷ BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**, p. 139.

na Lei de Segurança Nacional⁷⁸. Enquanto isso, segundo a socióloga Vera Malaguti, a disseminação do uso dessas substâncias tóxicas era abordada como uma tática comunista para desarticular o capitalismo, a moral cristã, a Igreja e a família. Ela encontrou um esboço desse período de “caça às bruxas” em um documento do DOPS-Rio, de 1973, intitulado de Tóxicos e Subversão, o qual “[...] citando Lênin, Mao e Ho Chi Min, atribui-se a disseminação do uso de drogas a uma estratégia comunista para a destruição do mundo ocidental”⁷⁹.

Retornando aos acordos internacionais, tendo os Estados Unidos como importante articulador dos debates⁸⁰, ocorreu o Convênio Sobre Substâncias Psicotrópicas, em 1971. Foram alteradas a composição e as funções dos Órgãos Internacionais de Controle de Entorpecentes, outrora estabelecidas em 1961, em Nova York. Há também um acréscimo vultoso de fármacos no quadro de substâncias controladas ou rigorosamente proibidas.⁸¹

As orientações internacionais na década de 70 foram seguidas a nível nacional e, em 1976, entrou em vigor a lei nº 6.368. Na análise de Salo de Carvalho, a rarefeição do discurso médico-jurídico foi pressuposto da elaboração de um sistema de combate às drogas eminentemente jurídico “[...], baseado na severa

⁷⁸ SEIXAS SANTOS, J. W. **A Nova Lei Antitóxicos Comentada**, p. 21.

⁷⁹ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**, p. 238.

⁸⁰ O jornalista Ed Vulliamy, escritor do jornal “the Guardian”, publicou uma interessante análise da política de drogas nos Estados Unidos a partir de Nixon, que intitula-se “Nixon's 'war on drugs' began 40 years ago, and the battle is still raging”. Ele informa que, em 17 de julho de 1971, o Presidente Richar Nixon declarou no congresso americano o “war on drugs”, fundamentado na alegação de que o abuso de drogas passava a ser o “inimigo público número um”, necessitando de medidas emergenciais. A iniciativa presidencial apareceria motivada em grande partida, não pelo problema dos “guetos” ou do Festival de Woodstock, mas pela dependência química em meio aos soldados que lutavam no Vietnam. Nixon haveria dito que “I am convinced that the only way to fight this menace is by attacking it on many fronts.” (Estou convencido que a única maneira de combater essa ameaça é atacando-a em várias frentes). (Tradução livre do autor). VULLIAMY, Ed. **Nixon's 'war on drugs' began 40 years ago, and the battle is still raging**. In: **The Guardian**.

⁸¹ “Aunque el artículo 1 define “los términos empleados” por el precepto, no hay definición de sustancia psicotrópica. Será tal “cualquiera incluída en las Listas I, II, III y IV”. De las cuatro listas, la I comprende las drogas usadas por los representantes de la contracultura. La II incluye los derivados anfetamínicos y análogos, y la fenciclidina o “polvo de ángel”, también conocida como PCP. La III enumera algunos barbitúricos y un fármaco afín. La Lista IV incluye algunos otros barbitúricos, el meprobamato y algunos hipnóticos no barbitúricos.” ESCOHOTADO, Antonio. **História general de las drogas**, p. 888.

punição que, não obstante manter resquícios do antigo sistema, cria condições para o nascimento do discurso jurídico-político.”⁸²

Os verbos nucleares tratados pelo então revogado artigo 281 do Código Penal não foram alterados substancialmente. Nesse momento, foram estabelecidas sanções diferentes entre usuários e traficantes, ocorrendo diferenciação entre ambos. Ao traficante, considerado assim dentre as inúmeras condutas elencadas em lei, seria aplicada a pena de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos, bem como, o pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (art. 12). A quem adquirisse, guardasse ou trouxesse consigo, para consumo próprio (usuário), incorreria na sanção de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa (art. 16).

Ainda, ocorreram outras modificações, como a alteração do termo “combate” pela expressão “prevenção e repressão” (artigo 1º) e os estudantes das escolas já não teriam suas matrículas trancadas caso fossem autuados com drogas, bem como os diretores não mais obrigados a delatar os eventuais infratores.

O processo de redemocratização pela qual passou a sociedade brasileira ao longo da década de 80 esboçou novos caminhos para a política criminal nacional. A promulgação da Constituição da República em 1988 foi marco de ruptura do autoritarismo que permeava a política dos governos militares e, em consequência, “suscitou imaginar que também em matéria de repressão penal a abertura [política] implicaria profundas alterações”⁸³ que fossem em direção à concretização do Estado Democrático de Direito.

Contraditoriamente, o constituinte apesar de expressar no íntimo da Magna Carta muitas normas garantidoras, também impulsionou um modelo beligerante no combate às drogas⁸⁴ reafirmado internacionalmente pela Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de

⁸² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 69.

⁸³ CARVALHO, Salo. *Idem*, p. 103.

⁸⁴ “No entanto, o tratamento constitucional às drogas ilícitas aprimorou o modelo beligerante vigente no período ditatorial, causando perplexidade aos movimentos político-criminais e criminológicos críticos que viam a Constituição como freio, e não potencializador da violência institucional programada.” CARVALHO, Salo. *Idem*, p. 104.

1988, em Viena. As normas penais programáticas presentes nessa Carta Magna configuraram uma “Constituição Penal dirigente”, alavancando um sistema criminalizador. Carvalho afirma que

“tem-se, desta forma, na história recente do constitucionalismo nacional, a formação de um núcleo constitucional-penal programático cujo efeito é aliar os mais diferenciados projetos políticos que, sob o manto retórico da construção/solidificação do Estado Democrático de Direito, optam, em realidade, pela edificação de um Estado Penal como ‘alternativa’ ao inexistente Estado Social.”⁸⁵

O constituinte de 1988 acabou por inserir, no texto constitucional, o tráfico de drogas como crime hediondo e, em decorrência, adjetivando-o como inafiançável e insuscetível de graça e anistia (art. 5º, inc. XLIII).⁸⁶ Essa previsão sobre crimes hediondos foi seguida pela elaboração da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), legitimando o “estatuto que melhor pode ser enquadrado como fruto dos movimentos criminalizadores autoritários.”⁸⁷

Após as várias alterações ocorridas nas duas últimas décadas, as condutas criminalizadas descritas no art. 1º da lei supramencionada e os demais comportamentos, descritos no art. 2º, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, seriam insuscetíveis de anistia, graça e indulto (art. 2º, I), bem como seriam inafiançáveis (art. 2º, inc. III). O regime de cumprimento da pena inicialmente é o fechado (art. 2º, §1º), podendo haver a

⁸⁵ Ainda, “exigiu-se da estrutura liberal (genealógica) do direito penal algo que dificilmente terá capacidade resolutiva, projetando severos índices de ineficácia. Desde esta perspectiva, pode-se afirmar a existência de uma ‘Constituição Penal’, idealizadora/instrumentalizadora de um Estado Penal, plenamente realizada.” CARVALHO, Salo de. **A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea)**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas**, p. 194-195.

⁸⁶ “Art. 5º [...] XLIII - 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;” BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**.

⁸⁷ CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**, p. 105.

progressão do mesmo após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (art. 2º, §2º).⁸⁸

A repressão e o controle penal das drogas pós-constituente também foram influenciados pela Lei nº 9.034/95, Lei do Crime Organizado, revogada somente no ano de 2013. Essencialmente, foi disposto acerca da utilização de “meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.⁸⁹

Nesse mesmo interim, foi discutida intensamente no Congresso Nacional a reforma da legislação sobre drogas. Salo de Carvalho afirmou que vários projetos foram desenvolvidos, destacando-se o Projeto Munrad (Projeto de Lei 1.873/91), nascedouro da Lei nº 10.409/02.⁹⁰ Em seus dizeres, o projeto assinalado foi

“fruto das conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Narcotráfico de 1991, instaurada para investigação da Conexão Rondônia – rede de tráfico de drogas existente na Amazônia, que demarcava a posição brasileira de país de trânsito do comércio internacional -, o projeto marcou a política de recrudescimentos do sistema de controle das teias de

⁸⁸ A última redação dada ao referido artigo até a presente apresentação desta monografia é a seguinte:

“Art. 1º - São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei no 9.677, de 2 de julho de 1998). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.” BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.**

⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995.**

⁹⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 127.

comércio, estabelecendo novas categorias de delitos, sobretudo daquelas condutas associadas às organizações criminosas e suas políticas de funcionamento”.⁹¹

“Munrad”, influenciado por diversas proposições que estavam sendo discutidas no legislativo, foi aprovado pelo Congresso através da Lei 10.209/02 e remetido para a sanção do Executivo. Nesse momento se estabeleceu a singularidade mais importante da Lei, pois o Presidente da República vetou a íntegra do capítulo que abordava os delitos e as penas, firmando-se somente a sua parte processual. Em decorrência, criou-se uma situação atípica ao se estabelecer a estrutura material dos delitos e das penas na antiga Lei nº 6.368, de 1976, e a processual na Lei 10.409, de 2002.⁹²

Por meio da Lei de Drogas de 2002, foi dada uma preocupação maior quanto à fiscalização, controle e prevenção do uso dessas substâncias. Ferreira informa seis medidas previstas na legislação:

“1ª) Celebração de convênios nacionais e internacionais (art. 4º); 2ª) Orientação escolar (art. 4º, § único); 3ª) Elaboração e análise de dados e informações (art. 5º); 4ª) Inspeções locais (art. 6º); 5ª) Elaboração de programas voltados à prevenção (art. 10); e 6ª) Programas de reinserção no mercado de trabalho de dependente ou usuário (art. 12, §3º).”⁹³

No artigo 11, da Lei 10.409/02, deveriam ser encaminhados a tratamento tanto o dependente quanto o usuário, sem distinções. A partir dos vetos presidenciais, a interpretação dessa disposição necessitou de maiores cuidados, restringindo-se a algumas situações:

⁹¹ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 127.

⁹² Salo de Carvalho argumentou que o veto presidencial “derivou, na prática forense, situação anômala e inédita: a aplicação conjugada de dois textos com fundamentos e historicidades diversas”. CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 129.

⁹³ FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. **A ‘Justiça Terapêutica’ e o conteúdo ideológico da criminalização do uso de drogas no Brasil**, p. 315.

“1ª) Tratamento espontâneo [...]. 2ª) Obrigatoriedade de tratamento para os casos de inimputabilidade (art. 29 da Lei 6.368/76). [...] 3ª) Tratamento como pena substitutiva (“Justiça Terapêutica”). 4ª) Tratamento como consequência da transação penal [...], o consenso do acusado deve estar presente tanto no que diz respeito ao tratamento como no que se refere à aceitação da proposta ministerial pelo agente (art. 76 da Lei 9.099/95).”⁹⁴

A matéria penal vetada na referida lei não somente pela reprodução da criminalização das condutas previstas no art. 12, da Lei 6.368/76, mas na postulação de novos tipos penais. Seriam crimes autônomos as condutas dos sujeitos que financiassem grupos ou organizações que estivessem voltados ao tráfico de drogas.⁹⁵

O sistema legal proibicionista, manifesto nas legislações que vigoraram a partir da década de 1970 no Brasil, manteve a mesma fundamentação ideológica. Além dessa base, o Projeto Munrad e sua derivação legislativa (Lei 10.409/02) se projetaram materialmente e processualmente sobre a atual Lei de Drogas. Nas palavras de Salo de Carvalho,

“A sinalização da Lei 10.409/02 no sentido do incremento da repressão às inúmeras formas de comercialização e ao financiamento de organizações, voltadas ao tráfico, paralelamente à recepção dos modelos de intervenção psiquiátrico-terapêutica, em usuários e dependentes, projetaram a estrutura material (delitos e penas) e processual (investigação, processamento e julgamento) da Lei 11.343/06.”⁹⁶

Estão presentes na Lei 11.343/06 tratamentos penais muito distantes entre o usuário e o traficante de drogas, podendo-se afirmar que são “estatutos autônomos”. A esse último, incide uma repressão punitiva forte, enquanto àquele, a sua patologização e conseqüente tratamento.

⁹⁴ FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. *Idem*, p. 316.

⁹⁵ “Art. 15. Promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de 3 (três) ou mais pessoas que, atuando em conjunto, pratiquem, reiteradamente ou não, algum dos crimes previstos nos arts. 14 a 18 desta Lei: Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, e multa.” BRASIL. **Mensagem Nº 25, de 11 De Janeiro De 2002.**

⁹⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 140.

O fortalecimento das respostas punitivas estatais que se deram desde 1988, no período pós-redemocratização, são explicadas pelo costume autoritário dos governos brasileiros anteriores. Na visão de André Ribeiro Giamberardino,

“Há, portanto, uma tradição autoritária com raízes profundas, mas que paradoxalmente encontro na redemocratização – no mesmo período em que emergia o discurso sobre ‘a crise do Estado Social’ – o ambiente político adequado à recepção acrítica das políticas de ‘lei e ordem’ norte-americanas e de guerra contra o narcotráfico, até o ponto de se adotar uma concepção ainda mais radical de militarização das políticas de segurança pública.”⁹⁷

Expostas as diferentes formatações históricas das políticas criminais conexas à criminalização das drogas, no próximo capítulo será abordada, de forma específica, a lei promulgada em 2006 sobre drogas ilícitas, analisando-se a dogmática penal dos crimes de uso e tráfico de drogas.

3 LEGISLAÇÃO VIGENTE

Um estudo dos crimes não é limitado à análise do Direito Penal, ou seja, ao confinamento correspondente ao setor do ordenamento jurídico que descreve abstratamente as condutas que são proibidas pelo legislador e a imposição de suas respectivas sanções (penas ou medidas de segurança). Há também a abordagem criminológica, mais especificamente, um discurso político crítico a respeito da criminalização de condutas. Juarez Cirino dos Santos define que “todas as ideias sobre imputação de crimes e explicação da criminalidade podem ser

⁹⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência**, p. 224.

synthesized in two basic discourses: a) the discourse of legal theory of crime; b) the discourse of criminological theory of criminality.”⁹⁸

The present chapter will follow the path of the legal discourse on crime, addressing the study of Penal Dogmatics on the criminalization of drugs. The choice of addressing the penal matter from this perspective was not based on the importance of the discourses, but on the values of direct applicability in the daily legal and the deep needs of modification of dogmatics.

Conceptualizing Penal Dogmatics, the Spanish professor Francisco Muñoz Conde affirmed that it is a study of the content of penal norms, their presuppositions, their consequences, the separation between punishable and non-punishable facts, of knowing the “general will”, expressed in the law, in punishing and as how to do it.⁹⁹ In this form, dogmatics would fulfill an essential function substantiated in the guarantee of fundamental rights of individuals against the arbitrary punitive power of the State. In complementation, he wrote that “the legal-penal dogmatics presents itself as a consequence of the principle of legalized intervention of the punitive power of the State and, equally, as an irreversible conquest of democratic thought.”¹⁰⁰

In the understanding of Vera Regina Pereira de Andrade, Penal Dogmatics would have three spheres of vigency and functionality: 1) as the dominant matrix of

⁹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Os Discursos Sobre Crime e Criminalidade**, p. 1.

⁹⁹ MUNOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**, p. 209.

¹⁰⁰ MUNOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. *Idem, Ibidem*. Nesse mesmo sentido, Gombornat Ordeig afirma que “La dogmática ‘nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho’, debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídicopenal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son. los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada nada y metódica que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que -por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico- se desconoce su alcance y su límite.” GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? en Estudios de Derecho Penal.**

educação jurídica (função pedagógica); 2) como matriz de criação e reforma de leis penais (função de orientação das decisões legislativas); e, 3) como função racionalizadora das decisões judiciais. Seria tarefa da dogmática,

“partindo da interpretação das normas penais e explicando-as em sua conexão interna, desenvolver uma arquitetura teórica nucleada no conceito analítico de crime e nas categorias tipicidade, ilicitude e culpabilidade, que, consubstanciada em requisitos objetivos e subjetivos para a imputação de responsabilidade penal pelos juízes e tribunais, objetiva vincular o horizonte decisório à legalidade e ao Direito penal do fato-crime; ou seja, vincular as decisões judiciais à lei e à conduta do autor de um fato crime, objetiva e subjetivamente considerada em relação a este, pretendendo exorcizar, por esta via, a submissão do imputado à arbitrariedade judicial.”¹⁰¹

Feitas as explanações teóricas necessárias, retorna-se à matéria sobre drogas ilícitas. As leis 6.368/76 e 10.409/02, mencionadas anteriormente, foram revogadas e substituídas pela Lei 11.343/06. Houve a reunificação, em uma mesma legislação, da definição dos tipos penais, suas respectivas sanções e a questão processual, referentes ao uso, posse, tráfico e outras condutas conexas às substâncias definidas como drogas ilícitas. A distinção entre as condutas que se relacionam ao consumo dessas drogas e as ações assinaladas como produção, tráfico ou difusão delas passa a ocorrer novamente.

Por isso, a primeira separação de assuntos no trabalho será em “Usuários de Drogas” e “Traficantes de Drogas”, correspondentes respectivamente na atual Lei de Drogas ao Título III, “prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”, e Título IV, sobre a “repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”. Internamente a cada um dos tópicos será abordada a sistematização, a interpretação e as críticas ao Direito Penal positivo. Esses três setores da atividade técnico-jurídica “están inter-relacionadas y cooperan

¹⁰¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico?**, p. 172.

a la misma finalidad de conseguir una Administración de Justicia penal igualitaria y justa, por encima de la coyunturalidad, la arbitrariedad y la sorpresa.”¹⁰²

3.1 USUÁRIOS DE DROGAS

O Título III, da Lei nº 11.343/06, trata das “atividades de prevenção do uso indevido [art. 18 e 19], atenção [art. 20] e reinserção social de usuários e dependentes de drogas [art. 21]”. A estrutura desse Título possui três Capítulos: a) Capítulo I, em que estabelece detalhadamente a preocupação da implementação de uma política de prevenção ao consumo de drogas ilícitas; b) Capítulo II, “das atividades de atenção e reinserção social de usuários ou dependentes de drogas”; e, c) Capítulo III, “dos crimes e das penas”, que será objeto de análise neste capítulo.

Apesar da eliminação da pena de prisão ao sujeito que tenha posse de droga para consumo pessoal, a criminalização da conduta permaneceu.^{103 104} O

¹⁰² MUNOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**, p. 211.

¹⁰³ Luíz Flávio Gomes entende que ocorreu a descriminalização formal da conduta relacionada ao uso de drogas, entendimento esse fundamentado na interpretação do art. 1º da Lei de Introdução o Código Penal, a partir da qual a posse de droga para consumo pessoal deixou de se configurar como “crime” (“considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção [...]; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas [...]”). Com a lei de drogas de 2006, a conduta em análise continua sendo um ilícito penal, “sui generis”, pois “Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do campo do direito penal (transforma o “crime” numa infração penal sui generis; é a descriminalização formal); (b) a que elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo etc. (descriminalização “penal”) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisso consiste a chamada descriminalização substancial).” GOMES, Luiz Flávio [et al.]. **Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**, p. 111.

¹⁰⁴ Para o autor Vicente Greco Filho, a não descriminalização da conduta foi positiva, pois do contrário, a repressão enfraqueceria. Em suas palavras, “romperia a amplitude da reação social porque teria sido rompida a cadeia criminoso, do grande traficante ao passador”. GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006**, p. 45.

terceiro Capítulo, da referida lei, tipifica as condutas que caracterizam o indivíduo como usuário ou dependente de drogas, ao longo do artigo 28.¹⁰⁵

3.1.1 Sistematização e Interpretação

O bem jurídico¹⁰⁶ tutelado corresponde à Saúde Pública, explanada como a soma do bem-estar físico e psíquico de cada cidadão. O Estado, tendo como objetivo a manutenção de uma vida saudável dos indivíduos e a convivência desses

¹⁰⁵ “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1o Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 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.

§ 3o As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4o Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5o A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6o Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7o O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”. BRASIL. **Lei nº 11.343, de Agosto de 2006.**

¹⁰⁶ O bem jurídico ainda é um conceito essencial. O Prof. Juarez Cirino dos Santos afirma que “[...] consideradas todas as limitações e críticas, o conceito de bem jurídico, como critério de criminalização e como objeto de proteção, parece constituir garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, nas formações sociais estruturadas sobre a relação capital/trabalho assalariado, em que se articulam as classes sociais fundamentais do neoliberalismo contemporâneo.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**, p. 18.

em sociedade, elege as condutas conexas ao consumo de drogas como relevantes ao Direito Penal.

A nocividade e a periculosidade potencial das drogas estão agregadas ao consumo dessas substâncias e à possibilidade de manter os usuários em um estado de dependência, processos geradores de patologias e desequilíbrios físicos e sociais difíceis de serem superados. Dessa forma, a “preocupação do Estado” em defender a Saúde Pública não se limita somente a ideia de que o indivíduo que consome drogas ilícitas cria autolesões, mas se estende também sobre o pensamento de que ele tem a potencialidade de difundir essa prática lesiva a outros indivíduos, ou seja, o usuário corresponderia a um sujeito “gerador de autolesões”. A dogmática entende que a criminalização exposta no artigo 28, da Lei 11.343/02, visa à proteção da integridade social e, não somente a integridade da pessoa que seja consumidora de drogas.

Na vigência da Lei 6.368/76, as condutas relacionadas ao usuário de entorpecentes eram “adquirir, guardar ou trazer consigo”, para uso próprio (art. 16, Lei 6.368/76). No tipo legal atual (art. 28), o legislador passou a sancionar cinco condutas, quais sejam, adquirir (tornar-se proprietário do objeto, a título oneroso ou gratuito), guardar (abrigar), ter em depósito (armazenar em lugar protegido), transportar (deslocar de um lugar a outro) e trazer consigo (porte da droga junto ao corpo). Ressalte-se que as condutas descritas são acompanhadas pelo elemento subjetivo ‘consumo pessoal’.

A expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” é um requisito normativo do tipo e deve ser constatada pelo magistrado. Se a ação do sujeito é autorizada por autoridade competente ou ela se conforma com uma determinação legal ou regulamentar, será considerada atípica. Nesse sentido, “havendo uma norma que permite realizar a conduta, o que está permitido por uma norma não pode estar proibido por outra”.¹⁰⁷

O tipo subjetivo projetado pelo artigo 28 é o doloso. O elemento subjetivo desse tipo, o dolo, se define pelo sujeito que, sabendo (elemento intelectual) e

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio [et al.]. **Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**, p. 138.

querendo (elemento volitivo), conduz suas ações de forma a se enquadrar no tipo de injusto. Além disso, há um elemento subjetivo especial¹⁰⁸, notório na expressão “para consumo pessoal”, que estabelece a intenção específica no agir do sujeito. A legislação, no parágrafo 2º, permite ao magistrado que busque os critérios para assentar o elemento subjetivo, possibilitando, dessa forma, que seja efetivado um juízo de delimitação entre usuários e traficantes de drogas.

O juiz de direito, bem como a autoridade policial, devem analisar as condutas que lhes são apresentadas e decidir, devidamente fundamentados, sobre a subsunção do caso ao tipo penal. Para situar o sujeito como usuário ou traficante devem ser observados, conforme o entendimento usual, o objeto material do delito, o desvalor de ação e o perfil da pessoa. Como explica Luiz Flávio Gomes, importa saber se

[...] trata de droga “pesada” (cocaína, heroína, etc.) ou “leve” (maconha, v.g.); a quantidade dessa droga (assim como qual é o consumo diário possível); o local da apreensão (zona típica de tráfico ou não); as condições da prisão (local da prisão, local de trabalho do agente, etc.); a profissão do sujeito, antecedentes, etc.”¹⁰⁹

As normas, sejam jurídicas ou sociais, são caracterizadas pela sua coercitividade, pois ao reprovar determinadas condutas ou fatos aplicam um mal a um destinatário mesmo contra a sua vontade.¹¹⁰ O Direito Penal passa então a ser definido quando essa imposição é institucionalizada através das sanções, atos coativos que devem ser previstos e executados sob determinadas condições.

¹⁰⁸ “Elementos subjetivos especiais são definidos como “forma de intenções ou de tendências especiais ou atitudes pessoais necessárias para precisar a imagem do crime ou para qualificar ou privilegiar certas formas básicas de comportamentos criminosos, que também integram o tipo subjetivo.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**, p. 125.

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio [et al.]. **Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**, p. 147.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 60.

As sanções cominadas para o usuário de drogas podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, “bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.”¹¹¹

A primeira sanção, a pena da advertência, foi estabelecida pelo legislador com objetivo de influenciar os usuários de drogas a não usarem mais, alertando quanto aos efeitos perigosos de tais substâncias. Partiu-se da premissa de que quanto mais informação sobre essas práticas, menor seria a suscetibilidade ao consumo.

A segunda sanção, prestação de serviços à comunidade, tem sentido não somente no entendimento de que o processo de descarcerização é a melhor opção, mas de que o sujeito é induzido ao pensamento de uma coletividade, de respeito às normas da comunidade e estabelecimento de laços de confiança.¹¹²

A última sanção prevista corresponde à medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, a ser estipulada pelo magistrado, o qual também deverá estabelecer a frequência e local a serem cumpridos. Enquanto aplicada apenas a sanção de advertência (inc. I), esgota-se o seu cumprimento na mesma audiência. Quanto às sanções dos incisos II e III, temporalmente mensuráveis, são limitadas ao prazo máximo de cumprimento em 5 (cinco) meses (§ 3º) e, em caso de reincidência no mesmo tipo de injusto, ao prazo máximo de 10 (dez) meses (§4º).

No descumprimento dessas sanções, seja por não ter iniciado o cumprimento ou tendo-o interrompido, deverá o magistrado aplicar a admoestação verbal (§6º, inc. I) e multa (§6º, inc. II), sucessivamente. Essa última, além de ser

¹¹¹ “Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor” BRASIL. **Lei nº 11.343, de Agosto de 2006.**

¹¹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal Juvenil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. *Apud:* CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo.**

fixada conforme o previsto no artigo 29¹¹³, poderá ser objeto de execução forçada a ocorrer em âmbito do próprio Juizado Especial, conforme a Lei de Execução Penal.

Apesar de ser uma medida judicial-administrativa, o tratamento especializado previsto no § 7º não é obrigatório. Tange à possibilidade do juiz determinar ao Poder Público que disponibilize, gratuitamente, ao infrator tratamento especializado em estabelecimento de saúde, de preferência ambulatorial.¹¹⁴

A ação penal decorrente da criminalização contida no artigo 28, da Lei 11.343/06, classifica-se como pública e incondicionada, ou seja, o processo penal somente poderá se iniciar por denúncia do Ministério Público. A competência para julgamento é dos Juizados Especiais e segue o rito processual sumaríssimo, admitindo-se a fase preliminar da transação penal.

A característica de menor potencial ofensivo da infração penal é um dos definidores da competência dos Juizados Especiais. O art. 61, da lei 9.099/95, com redação alterada pela lei 11.313/06, expõe que as infrações serão consideradas com esse potencial quando a lei cominar pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.¹¹⁵ A lei de drogas deixou de estabelecer pena privativa de liberdade, criando-se sanções alternativas para o consumo pessoal em caso de

¹¹³ “Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

Parágrafo único. Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.” BRASIL. **Lei nº 11.343, de Agosto de 2006.**

¹¹⁴ Em 06 de abril de 2001, foi sancionada a Lei nº 10.216, a qual dispôs “sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.” Embora não tenha conseguido extinguir por completo as instituições manicomiais, a recente lei estabeleceu novas diretrizes nas políticas de saúde mental. A mais importante dessas diretrizes, isso se elas puderem ser valoradas, é em relação à vedação ao internamento em instituições com características asilares, preferindo-se o tratamento das pessoas portadoras de transtornos mentais sem que essas percam os laços sociais da comunidade.

¹¹⁵ Ressalvados “os crimes militares, de violência contra a mulher no âmbito doméstico, familiar ou de relacionamento íntimo, lesão corporal no trânsito naquelas situações previstas no § 1º do art. 291 do CTB, com redação dada pela Lei 11.705/08”. GOMES, Luiz Flávio [et al.]. **Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**, p. 219.

condenação. Dessa forma, as condutas de usuário previstas no tipo penal são infrações de menor potencial ofensivo.

Às condutas elencadas no art. 28, da Lei 11.343/06, “[...] não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.”¹¹⁶

Ao comentar sobre a Lei de Drogas¹¹⁷, Gomes distingue quatro momentos distintos da prisão em flagrante: (a) quando do cometimento, ou logo após, se captura o sujeito ativo; (b) seu deslocamento até a presença da autoridade policial ou judicial; (c) a lavratura do auto de prisão em flagrante; e, (d) recolhimento ao cárcere. Na análise à Lei, interpreta-se que a locução “não se imporá prisão em flagrante” se estende somente aos dois últimos momentos (‘c’ e ‘d’), ou seja, o sujeito que se encontrar em situação de ilicitude será capturado, cessando-se o injusto, e então levado à autoridade judicial, não se lavrando o auto de prisão em flagrante e tampouco se recolhendo o sujeito ao cárcere.

Em Juízo, ao usuário será proposto pelo Ministério Público a Transação Penal (art. 76, da Lei 9.099/95), entendida pelo legislador como a melhor forma despenalizadora para a situação. As condições da proposta são limitadas às penas previstas no art. 28, da lei 11.343/06, aplicando-se isoladamente ou cumulativamente. Predomina a autonomia da vontade do sujeito e, em caso do aceite da proposta, não se discutirá a sua responsabilidade penal. Após a conclusão da transação penal, o magistrado a homologará, desde que presentes os requisitos necessários. Não havendo o aceite, o Ministério Público fará a denúncia, iniciando-se o processo que seguirá o rito sumaríssimo.

¹¹⁶ Art. 48, § 2º. BRASIL. **Lei nº 11.343, de Agosto de 2006.**

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio [et al.]. **Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**, p. 225.

3.1.2 Críticas

3.1.2.1 O Artigo 28, da Lei 11.343/06, e a Constituição de 1988

A partir da exposição da dogmática acima, é admissível que a criminalização do usuário/dependente de drogas, tipificada penalmente no artigo 28, da Lei 11.343/06, está alicerçada sob os fundamentos do ‘perigo abstrato’ e da ‘tutela da saúde pública’. A utilização desses elementos são meramente instrumentais, pois eles se amoldam segundo as necessidades do Estado para a legitimação do discurso do proibicionismo.

A criminalização de condutas ligadas ao consumo de drogas ilícitas assenta-se na ideia de a coletividade de um perigo abstrato futuro, em que além de ser um fomentador do tráfico, o usuário seria também um potencial traficante, carreando o aumento do consumo dessas substâncias ilegais por terceiros. Nesse entendimento caminha a tutela jurídica-penal em reduzir os limites de um discurso que caminha para além da proteção do bem jurídico da ‘saúde individual’, do abrigo da ‘saúde pública’. Assim sendo, o que ocorre é a expansibilidade do perigo abstrato, antagônica do elemento subjetivo do tipo, o consumo pessoal. A destinação individual não se harmoniza com a concepção do risco para interesses jurídicos de outrem.

O conceito de “saúde pública” é representação do “interesse público”. A partir do momento em que se torna um bem jurídico protegido pelo Direito Penal, estabelece-se “espécie de (neo)espiritualização do valor ou interesse de tutela.”¹¹⁸ Em consequência, os núcleos constitucionais de proteção aos indivíduos em face do poder punitivo estatal são destronados e “inúmeros danos à saúde e à autonomia e

¹¹⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 406.

à liberdade de pessoas de carne e osso (Ferrajoli) são cometidos.”¹¹⁹ Imperioso é que a criminalização seja compatível com os direitos e garantias constitucionais.

O artigo 28, da Lei de Drogas, não guarda consonância com o princípio da lesividade, que proíbe a cominação de sanções penais a condutas que não criem lesões ou perigo real de lesões relevantes ao bem jurídico tutelado. Para esse princípio, o bem jurídico oferece duas dimensões: a qualitativa (natureza) e a quantitativa (extensão da lesão).¹²⁰ Para a primeira, o princípio impediria a criminalização primária ou secundária que reduza as liberdades constitucionais individuais. Nele, entremeia-se o princípio da autonomia individual, consubstanciado no respeito à liberdade individual de escolha. Para a segunda dimensão, exclui-se a criminalização de lesões insignificantes ao bem jurídico, ou seja, da expansibilidade do perigo abstrato.

Outro aspecto controverso é o tratamento jurídico dispensado àqueles que consomem drogas lícitas dos que consomem drogas ilícitas, pois, independentemente da licitude, ambas as substâncias possuem potencial de criar dependência física ou psíquica no indivíduo que as consoma. Nesse sentido, com o artigo legal referido resta prejudicado a aplicação do princípio da igualdade.

Para além da discussão do carácter formal e substancial da igualdade entre os indivíduos,¹²¹ como determinação da Constituição de 1988 de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*), a incidência do presente princípio também atinge o objeto a ser criminalizado na medida em que direciona tratamento penal conforme a opção dos sujeitos por uma ou outra substância. Rosa Del Omo afirma que o conceito amplo para se definir ‘droga’ permite que as mais diversas substâncias sejam agrupadas em uma única forma

¹¹⁹ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 406.

¹²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**, p. 26.

¹²¹ Tanto no trabalho de legislar, quanto de interpretar e aplicar as leis, o princípio da igualdade deve ser observado, dispondo tratamento igualitário aos iguais e desigual aos desiguais, objetivando, neste último uma “igualização das condições desiguais”. “O princípio significa, para o legislador - consoante observa Seabra Fagundes - “que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições - os mesmos ônus e as mesmas vantagens - situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades”. SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 215.

genérica, deixando a acepção das que seriam permitidas e as proibidas conforme a conveniência de quem as normatiza. Para essa situação, o mais

“importante, portanto, não parece ser nem a substância nem sua definição, e muito menos sua capacidade ou não de alterar de algum modo o ser humano, mas muito mais o discurso que se constrói em torno dela. [...] Isto permite também incluir no mesmo discurso não apenas as características das substâncias, mas também as do ator – consumidor ou traficante –, indivíduo que se converterá, no discurso, na expressão concreta e tangível do terror [...] que se permita estabelecer a polaridade entre o bem e o mal [...]”¹²²

No caso em tela, os tratamentos jurídicos díspares estabelecem que à seara penal pertencem as drogas consideradas ilícitas, v.g. a cocaína e a maconha, e à não-penal, as ponderadas como lícitas, v.g. o álcool e o tabaco. Não há legitimidade e, sim lesão à consecução de um princípio constitucional (igualdade) quando se criminaliza o consumo de algumas substâncias, enquanto outras permanecem autorizadas, apesar da nocividade dessas serem em mesma ou superior gradação daquelas. Dessa forma, na afirmação do promotor de justiça Lycurgo de Castro Santos, “forçoso é reconhecer a inexistência de diferenças substanciais entre os que elegem determinados psicotrópicos permitidos e outros que optam por um entorpecente que é qualificado pela lei penal como proibido.” Salientou, ao defender a aplicação do princípio da igualdade na revogada Lei 6.368/76, que

“ou o legislador proíbe a utilização de todos os tipos de estupefacientes que cientificamente comprovado prejudicam de maneira mais ou menos uniforme a saúde, ou permite o uso e o consumo de todos aqueles que, de uma maneira ou outra, provocam em quem os utiliza situações em certo grau equivalentes.”¹²³

A opção por determinadas substâncias em compor o objeto do tipo penal se firma em uma criminalização de condutas que é meramente moralizadora. Não foram farmacêuticos ou químicos, tampouco médicos que, atendendo a explicações

¹²² OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**, p. 22-23.

¹²³ SANTOS, Lycurgo de Castro. **Tóxicos: algumas considerações penais**, p. 123-124.

químicas ou farmacológicas, puseram em marcha as legislações proibicionistas, em nível internacional.¹²⁴

Contraopondo-se a esse pensamento, o constituinte de 1988 manifestou-se em sentido a secularizar a Magna Carta, separando o direito da moral através, do direito à intimidade.¹²⁵ Protege-se, pois, a esfera da intimidade do sujeito contra a eventual violação, garantindo-se a ele o “direito de ser deixado em paz”¹²⁶ e o opor-se à imposição de moralidades estranhas. Dessa forma, o Direito Penal comprometido com a democracia é um garantidor para o indivíduo frente ao poder punitivo estatal e, em consequência, a intervenção penal somente é legítima quando a conduta de um determinado sujeito coloque em real perigo bens jurídicos de terceiros. Acaso não exista esse risco concreto exteriorizado na ação, o Estado não pode imiscuir-se na interioridade das pessoas, modificando as preferências individuais ou fixando paradigmas comportamentais conexos à uma moralidade alienígena.

“A opção que faz um indivíduo pela utilização de um determinado tóxico não pode ser recriminada com fundamento na defesa de um bem jurídico, a saúde pública, cujo conceito carece de determinação exatamente quando pressupõe que a ingerência penal diminuirá o consumo e, em consequência, incrementará a qualidade de vida da população”.¹²⁷

Não existindo uma lesão ao ‘alter’, tão somente a autolesão, ou melhor, um dano ‘a si próprio’, inviabiliza-se a criminalização do consumo de drogas.

Na ausência de viabilidade de aceitação da criminalização adotada no artigo 28, da Lei 11.343/06, frente à manutenção da coerência de um Direito Penal com os

¹²⁴ ESCOHOTADO, Antonio. **História general de las drogas**, p. 900.

¹²⁵ O conceito de ‘direito à intimidade’ é impreciso, sendo necessário determiná-lo, nesse momento, num sentido genérico e amplo. José Afonso da Silva afirma que dessa forma abarcaria “todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”. SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 206.

¹²⁶ Em 1890 foi publicado na Harvard Law Review um artigo escrito por Samuel Warren e Louis Brandeis que ficou famoso, chamado The Right to Privacy. Os autores defendiam o reconhecimento legal ao direito de privacidade, com sua famosa definição como “direito de ser deixado em paz”. WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The Right to Privacy**.

¹²⁷ SANTOS, Lycurgo de Castro. **Tóxicos: algumas considerações penais**, p. 124.

princípios constitucionais da lesividade, da igualdade, da autonomia individual e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, propõe-se, “ipso iure”, a inconstitucionalidade da norma jurídica supramencionada.

3.1.2.2 Aplicação do Princípio da Insignificância

A posse ínfima de droga ilícita é motivo para que seja aplicado o princípio da insignificância, em que se considera como causa excludente da tipicidade material. Esse é um dos caminhos traçados pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias no sentido da descriminalização das drogas direcionadas ao consumo pessoal.

Salo de Carvalho entende que, apesar das críticas que tece a respeito da função declarada do Direito Penal na proteção de bens jurídicos, afirma que eles podem ser utilizados como instrumentos destinados à redução da punitividade do Estado. A tipicidade de uma conduta não se limita a critérios meramente objetivos e formais, como o modelo lógico-formal da subsunção do fato à norma (tipo legal), mas inclui também as valorações de elementos subjetivos, ou seja, “sob o enfoque do grau de ofensa ao bem jurídico objeto de tutela, passa a valorar aspectos materiais.”¹²⁸

A função oficial do Direito Penal e o princípio da lesividade confinam a punitividade do Estado somente a questões de proteção dos bens jurídicos contra condutas que criem lesões ou perigos concretos a esses bens. Assim sendo, as ameaças abstratas, que não sejam verdadeiros riscos, objeto dos crimes de perigo abstrato, não existem.

“Em consequência, não se deve admitir crimes de perigo abstrato, por não conterem as condições concretas e diretas para afetarem bens

¹²⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 414.

fundamentais juridicamente protegidos. Além disso, a lógica jurídica indica como prioritária a tarefa de definir o que seja crime, isto é, conduta que causa lesão ao sujeito passivo ou, pelo menos, a que cria ameaça a direito, de modo concreto e direto. Só após, se cominarão penas. Com isso, se estará afastando um abusivo expansionismo penal, marcado por punições simbólicas, desnecessárias, ineficazes e injustas”¹²⁹

Nesse sentido, as condutas que não tenham o grau necessário para lesionar os bens jurídicos tutelados pelo Estado restam atípicas. Esse é o entendimento dado logo após o início da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. SE A LESÃO CORPORAL (PEQUENA EQUIMOSE) DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO E DE ABSOLUTA INSIGNIFICANCIA, COMO RESULTA DOS ELEMENTOS DOS AUTOS - E OUTRA PROVA NÃO SERIA POSSIVEL FAZER-SE TEMPOS DEPOIS - HÁ DE IMPEDIR-SE QUE SE INSTAURE AÇÃO PENAL QUE A NADA CHEGARIA, INUTILMENTE SOBRECARRÉGANDO-SE AS VARAS CRIMINAIS, GERALMENTE TÃO ONERADAS.”

(STF. RHC nº 66.869-1/PR. 2ª Turma. Rel. Min. Aldir Passarinho. DJU 28/04/1989)

Julgado considerado inaugural na aplicação do princípio da insignificância, apresentou reflexo na tendência jurisprudencial contemporânea na matéria das drogas para consumo pessoal.

“RESP - PENAL - ENTORPECENTE - QUANTIDADE INFIMA - ATIPICIDADE - O CRIME, ALEM DA CONDUTA, RECLAMA - RESULTADO - NO SENTIDO DE PROVOCAR DANO, OU PERIGO AO BEM JURIDICO. O TRAFICO E O USO DE ENTORPECENTES SÃO DEFINIDOS COMO DELITO PORQUE ACARRETAM, PELO MENOS - PERIGO, PARA A SOCIEDADE, OU AO USUARIO. A QUANTIDADE INFIMA, DESCRITA NA DENUNCIA, NÃO PROJETA O PERIGO RECLAMADO.”

¹²⁹ CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre Lima; GARCIA, Rogério Maia; LOUREIRO, Antônio Carlos Tovo. **Os Critérios de Definição da Tipicidade Material e as Infrações de Menor Potencial Ofensivo: crítica jurisprudencial e comentários à luz da Lei 11.313/06**, p. 88.

(STJ - REsp 154840 - PR - 6ª T. - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - DJU 06.04.1998)¹³⁰

Segue também o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, apesar de não ser predominante, entendeu pela aplicação do referido princípio a um militar das Forças Armadas.

“HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ART. 1º, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Paciente, militar, preso em flagrante dentro da unidade militar portando, para uso próprio, pequena quantidade de entorpecentes. 2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. **Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares.** 3. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância. 4. **A Lei n. 11.343/2006 --- nova Lei de Drogas --- veda a prisão do usuário.** Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em mudar a visão que se tem em relação aos usuários de drogas. 5. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício. 6. **O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo,** incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade da pessoa humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III). 7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em lugar de apenar --- Lei n. 11.343/2006 --- possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta. 8.

¹³⁰ Outras decisões se seguiram no Supremo Tribunal de Justiça:

“PENAL. ENTORPECENTE. QUANTIDADE INFIMA - ATIPICIDADE (ART. 16 DA LEI 6.368). CONCEDE-SE A ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, EM FACE DA INFIMA QUANTIDADE DE "MACONHA", EM CUJO USO FOI FLAGRADO O ORA PACIENTE, ASSIM CONFIGURADO O CHAMADO PRINCIPIO DA INSIGNIFICANCIA.”

(STJ - RO-HC 7205 - RJ - 5ª T. - Rel. Min. José Dantas - DJU 18.05.1998)

“RESP - PENAL - ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA - O crime, além da conduta, reclama resultado, ou seja, repercussão do bem juridicamente tutelado, que, por sua vez, sofre dano, ou perigo. Sem esse evento, o comportamento é penalmente irrelevante. No caso dos entorpecentes, a conduta é criminalizada porque repercute na saúde (usuário), ou interesse público (tráfico). Em sendo ínfima a quantidade encontrada (maconha) é, por si só, insuficiente para afetar o objeto jurídico.”

(STJ - REsp: 164861 SP 1998/0012171-4, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 03/12/1998, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17/02/1999)

Exclusão das fileiras do Exército: punição suficiente para que restem preservadas a disciplina e hierarquia militares, indispensáveis ao regular funcionamento de qualquer instituição militar.” (Grifo meu)

(STF - HC: 94524 DF , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 30/04/2008, Data de Publicação: DJe-083 DIVULG 08/05/2008 PUBLIC 09/05/2008)

A fundamentação comum presente nas decisões que não aplicam a insignificância para casos que envolvem militares é de que o militarismo tem por base dois pilares, a disciplina e a hierarquia.¹³¹ O desrespeito a qualquer um deles é inadmissível, pois coloca em risco as relações militares, limitando-se o Supremo Tribunal Militar a aplicar a sanção de reclusão prevista no Código Penal Militar.¹³² No entanto, a Lei nº 11.343/06 afasta o encarceramento do usuário, tendo primordialidade de aplicação para o Supremo Tribunal Federal. A manutenção dos pilares do militarismo é satisfeito com a exclusão do sujeito das fileiras das Forças Armadas e Auxiliares.

3.1.2.3 Penas e Medidas na Lei de Drogas

As sanções adotadas pela Lei nº 11.343/06, em seu art. 28, interagem diferentemente com as modalidades previstas na Constituição (art. 5º, XLVI). A “prestação de serviços à comunidade” (inc. II) se configura como uma pena restritiva de direito, bem como se aproxima a “advertência sobre os efeitos das drogas” (inc. I) a essa mesma espécie, apesar de continuar estranha a ela. A terceira sanção,

¹³¹ Conceito disseminado na “Caserna” e exposto nos dois pilares existentes nos portões da Academia Militar das Agulhas Negras – AMAN.

¹³² “Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, até cinco anos.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.**

“medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” (inc. III), é definida por Salo de Carvalho como um amálgama da medida de segurança com a medida socioeducativa, sob um “caráter reabilitador e terapêutico da medida educativa (prevenção especial positiva), associado à ideia prevalente no direito penal das drogas de associação entre usuário e dependente”.¹³³

Apesar da abolição do sistema duplo binário de punição (cumulativo) na legislação penal,¹³⁴ a Lei de Drogas previu hipóteses de aplicação isolada ou cumulada das penas e medidas supramencionadas. Esse cenário ampara-se na periculosidade do sujeito: “(a) periculosidade social em face da possibilidade de expansão do consumo de droga para terceiros, afetando o bem jurídico saúde pública; (b) periculosidade individual decorrente da percepção do consumidor como potencial dependente.”¹³⁵

Em contradição ao Código Penal vigente, através da Lei 11.343/06 prevê-se, não obstante as diferentes motivações (periculosidade social e periculosidade individual), a possibilidade de se punir duas vezes o mesmo sujeito por uma única conduta praticada. Essa prática vai de encontro ao princípio “ne bis in idem”, excedendo a reação punitiva “legítima”.

Quanto ao tempo de cumprimento de pena, é fixado o limite máximo de cinco meses. Ante a ausência de determinação da pena mínima, desvinculou-se o poder de decisão do magistrado de uma limitação mínima de pena. No entanto, o caso de reincidência é tratado como qualificador do delito. Na hipótese de que em um período de cinco anos,¹³⁶ após o trânsito em julgado da sentença condenatória,

¹³³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 424.

¹³⁴ Com a reforma de 1984, o sistema punitivo brasileiro continuou sendo dualista, porém de uma forma diferente, o “dualista alternativo, também chamado vicariante, caracterizado pela alternatividade – e não cumulatividade - entre a pena, aplicada aos imputáveis com fundamento na culpabilidade, e a medida de segurança, aplicada aos semi ou inimputáveis com fundamento na periculosidade.” PAVARINI, Massimo. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**, p. 169

¹³⁵ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 426

¹³⁶ “Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. [...]” BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal**.

o indivíduo volte a praticar o mesmo crime,¹³⁷ o limite para cominação da pena abstrata atinge o grau máximo de dez meses.

A reincidência já esteve prevista no Código Penal atual, sendo uma agravante genérica (art. 61, I, CP), a partir da qual se permite o aumento da pena vinculado à pena-base abstrata, ou seja, acréscimo máximo de cinco meses na reincidência do artigo 28, da Lei 11.343/06. Há desproporcionalidade quanto a aplicação da reincidência na Lei de Drogas (de maior gravidade) e no referido Código. Além disso, aplicar a reincidência como agravante significa uma duplicidade na punitividade: “a primeira punição é a pena aplicada ao crime anterior; a segunda punição é o quantum de acréscimo obrigatório da pena do crime posterior, por força da reincidência.”¹³⁸

3.1.2.4 Transação Penal

As condições de prática de fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa, são essenciais para a propositura da ação penal, através da denúncia do Ministério Público.¹³⁹ Presentes os requisitos, o agente ministerial poderá realizar a proposta da transação penal, com a aplicação imediata das penas previstas no artigo 28, da Lei 11.343/06¹⁴⁰ e não as dispostas em lei própria dos Juizados Especiais (pena restritiva de direitos ou multas).

¹³⁷ “Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.” BRASIL. *Idem*.

¹³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**, p. 531.

¹³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**, Capítulo IX, Seção 4.1. (Ebook)

¹⁴⁰ Vinculação da transação penal às sanções previstas em lei, § 5º, art. 48, da Lei 11.343/06: “Para os fins do disposto no art. 76 da Lei no 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.” BRASIL. **Lei nº 11.343, de Agosto de 2006**.

A transação penal, dessa forma empregada, apresenta o caráter sancionador do Direito Penal sem que seja respeitado o princípio do devido processo legal. Essa previsão legal permite que o sujeito fique submetido a condições congêneres às sanções penais, sem o processo. Em consequência, a homologação judicial da transação penal ancorada nesses termos viola os direitos e garantias constitucionais dos indivíduos.

Não se considera no presente estudo como uma medida prejudicial ao indivíduo o instituto da transação penal. Na verdade, a sua viabilidade é elencada por Salo de Carvalho em duas hipóteses:

“(a) não haja correspondência alguma entre as condições de transação e as penas ou medidas previstas no art. 28, incisos I, II e III, ou seja, a natureza seja efetivamente diversa; e (b) não sejam as condições impostas mais severas que as sanções elencadas, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso.”¹⁴¹

3.2 TRÁFICO DE DROGAS

3.2.1 Sistematização e Interpretação

O Título IV, da Lei nº 11.343/06, é designado como “da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”. Subdivide-se em quatro capítulos: Capítulo I, em que são estabelecidas as disposições gerais; Capítulo II, “dos crimes”, objeto de análise neste subcapítulo; Capítulo III, “do procedimento penal” para as condutas criminalizadas na referida lei; e, Capítulo IV, “da apreensão, arrecadação e destinação de bens do acusado”.

¹⁴¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 435.

Antes de adentrar sobre a matéria de tráfico de drogas, a legislação vigente oferece algumas exceções para a não incidência de suas sanções penais. V. g. sobre as condutas descritas no artigo 31, da Lei de Drogas, desde que presente a licença prévia fornecida por autoridade competente, não sucederá as sanções previstas na lei penal especial.¹⁴² Ausente esse elemento permissivo, são estabelecidas as diretrizes de destruição das plantações ilícitas de drogas, bem como a expropriação das propriedades utilizadas para a consecução de tais fins.¹⁴³

Após o encerramento das considerações gerais, o legislador adentrou na matéria penal da produção não autorizada e ao tráfico de drogas. Através do capítulo II, Título IV, criminalizam-se múltiplas condutas entendidas como tráfico s.s. ou complementares a essas. O interesse do presente estudo, sem desmerecer a importância da análise das demais condutas criminalizadas da Lei de Drogas, voltar-se-á ao conteúdo do artigo 33,¹⁴⁴ uma vez que suficientes para a abordagem

¹⁴² “Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.” BRASIL. **Lei nº 11.343, de Agosto de 2006.**

¹⁴³ “Art. 32. As plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelo delegado de polícia na forma do art. 50-A, que recolherá quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova.

§ 1o (Revogado).

§ 2o (Revogado).

§ 3o Em caso de ser utilizada a queimada para destruir a plantação, observar-se-á, além das cautelas necessárias à proteção ao meio ambiente, o disposto no Decreto no 2.661, de 8 de julho de 1998, no que couber, dispensada a autorização prévia do órgão próprio do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama.

§ 4o As glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal, de acordo com a legislação em vigor.” BRASIL. *Ibidem.*

¹⁴⁴ “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:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1o Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

comparativa com as condutas previstas no art. 28, da mesma Lei, e posteriormente para a análise das decisões judiciais.

Sobre as condutas de consumo pessoal de drogas, o legislador também definiu a Saúde Pública como bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal. Tendo como discurso oficial a proteção da integridade social, a previsão em lei penal das condutas definidas como tráfico de drogas, para além de sua conotação política, fundamenta-se na ideia de extinguir os danos à sociedade causados pelo uso de substâncias ilícitas. Não que haja a necessidade de que tais lesões se concretizem, pois para este tipo penal basta a sua presunção. Em outras palavras, satisfaz à criminalização a mera subsunção das condutas aos verbos nucleares previstos em lei.¹⁴⁵

O magistrado deve observar o elemento normativo do tipo, qual seja “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, já tratado anteriormente. Na ausência desse elemento, a conduta não só é atípica, como permitida.

No parágrafo 1º, sancionam-se com as mesmas penas do *caput* as condutas que são equiparadas ao tráfico de drogas. Ao longo do inciso I repetem-se quase todos os verbos nucleares presentes no *caput*, com ausência de quatro deles, “preparar”, “prescrever”, “ministrar” e “entregar a consumo”, uma vez que o objeto material nesse ponto é a matéria prima, o insumo ou o produto químico destinados à preparação de droga. Ou seja, o objeto não é a droga em si, como no *caput*, mas as

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)”. BRASIL. **Lei nº 11.343, de Agosto de 2006.**

¹⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006**, p. 86.

substâncias principais utilizadas para a sua fabricação, os elementos secundários que sejam necessários e outras substâncias químicas destinadas à preparação de drogas.

O laudo definitivo de exame pericial é indispensável para apurar se a substância apreendida serve para a produção de droga, seja como matéria-prima, insumo ou substância química. Para Vicente Greco Filho, basta que essas substâncias “tenham as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição, etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas”, sem ser fundamental a constatação de que aquelas possuam efeitos farmacológicos.¹⁴⁶

Outrossim, na mesma sanção incorre o sujeito que semear, cultivar ou fizer colheita de plantas que constituam matéria-prima para a preparação de drogas (inc. II, § 1º, art. 33). Gomes leciona que mesmo com a ausência do princípio ativo da droga, configura-se o crime descrito no referido inciso, “porque a lei exige é que estas se destinem ao fornecimento de entorpecentes. Não se cultiva o entorpecente, em si, mas a planta da qual aquele será extraído”.¹⁴⁷ Essas condutas são análogas às dispostas no art. 28, § 1º. O que as diferencia é o critério objetivo da pequena quantidade e o elemento subjetivo de “consumo pessoal” presentes nesse artigo, enquanto naquele, não se tem uma pequena porção e o propósito seria a comercialização.

Os crimes tratados em todo o texto do art. 33, da Lei 11.343/06, somente podem ser na forma dolosa, seja direta ou eventual. Destarte, o tipo subjetivo perfaz-se no sujeito que pratica as condutas dispostas tendo consciência e vontade do que faz.

Os incisos I e II do § 1º, do artigo supramencionado, trazem a expressão de que a matéria-prima, insumo ou produto químico tenham como destino “a preparação de drogas”. Em complemento ao que foi dito anteriormente, o

¹⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006**, p. 92.

¹⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio [et al.]. **Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**, p. 171-172. Nesse entendimento mesmo entendimento há o inteiro teor do Acórdão TJRS - AC 695027250, indicado por Gomes.

doutrinador Vicente Greco ensina que essa declaração não corresponde à necessidade de um dolo específico, ou melhor, de um “elemento subjetivo especial”¹⁴⁸ refletido na intenção peculiar da destinação da substância. Nos seus dizeres, “não há necessidade para configuração do crime de que o agente queira destinar a matéria-prima à produção de entorpecentes, bastando que saiba ter ela as qualidades necessárias para tal.”¹⁴⁹

A natureza e a quantidade das substâncias apreendidas, bem como a personalidade e a conduta social do sujeito devem ser consideradas pelo juiz de direito na fixação das penas (art. 42, da Lei 11.343/06). Na aplicação da pena de multa, deve-se atentar para a condição econômica do acusado, atribuindo-se valores na proporção de um trinta avos a cinco vezes o salário-mínimo (art. 43).

O artigo 44, da Lei 11.343/06, ao determinar que os “crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º [...] são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória”, equiparou-os aos crimes hediondos. Outrossim, determinou o legislador que seria vedada a conversão da pena restritiva de liberdade em restritiva de direito (*caput*), bem como o livramento condicional para reincidentes específicos, limitando esse último a réus primários que tenham cumprido dois terços da pena (§ único).

Com o advento da Lei 11.464/07 (que alterou a Lei de Crimes Hediondos), foi revogada a vedação da liberdade condicional e a determinação de que o tráfico de drogas (e condutas afins) seria cumprido integralmente em regime fechado. Em decorrência, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no Habeas Corpus nº 97256, a inconstitucionalidade dos artigos 33, § 4º, e 44, ao entender que seria possível a conversão da pena em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas. Dessa forma, abriu-se precedente para aplicação desse pensamento a situações semelhantes. É de competência do Juízo de execuções criminais a análise dos critérios essenciais para a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

¹⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**, p. 125

¹⁴⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006**, p. 97.

O regime inicial de cumprimento das penas do artigo 33 é o fechado. A progressão de regime pode ocorrer, sendo o réu primário, após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, ou em caso de reincidente, após cumpridos 3/5 (três quintos) da pena (§2º, art. 2º, Lei 8.072/90). O livramento condicional (aplicados a penas privativas de liberdade igual ou superior a dois anos) é previsto no § único do art. 44, no chamado “livramento condicional extraordinário”,¹⁵⁰ após o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena imposta.

A diminuição da pena que trata o §4º, do artigo. 33, deve ser aplicada obrigatoriamente às condutas típicas previstas no artigo 33, *caput* e § 1º, desde que estejam presentes três critérios: o sujeito ativo do crime seja primário, de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas ou faça parte de organizações criminosas.

As sanções previstas no art. 33 da Lei de Drogas podem ser aumentadas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) nas hipóteses do artigo 40, da mesma lei: quando a conduta típica se iniciar ou terminar para além das fronteiras do país (inc. I); se o sujeito agir de forma a aproveitar-se de seu cargo público, ou quando deve exercer a “missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância” (inc. II); o crime for praticado no interior ou próximo dos “estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos” (inc. III); estarem ligadas às condutas típicas, a “violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva” (inc. IV); ocorra o tráfico interestadual (V); se as condutas incidirem sobre incapazes (inc. VI); e, “o agente financiar ou custear a prática do crime” (inc. VII).

A competência para processo e julgamento dos crimes previstos no artigo 33 da Lei de Drogas é da Justiça Comum. Em primeiro momento, tem-se estabelecida a competência da Justiça Comum Federal, quando presente a transnacionalidade do

¹⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**, p. 584.

tráfico de drogas (art. 70). Deve-se comprovar nos autos que a substância ilícita proveio de outro país ou possuía como destino outro território que não o brasileiro, não bastando a mera presunção da internacionalidade da conduta típica. A nova Lei de Drogas inovou ao estabelecer que os crimes realizados em municípios “que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva” (§ único, art. 70). Para Aury Lopes Jr.

“Isso serve para assegurar que a Justiça será efetivamente a Federal, ainda que, para tanto, tenha-se que arcar com o ônus de tramitar um processo a quilômetros do local do crime e da cidade onde, muitas vezes, residem os réus, com claro prejuízo para a coleta da prova e a duração do processo com expedição de cartas precatórias”.¹⁵¹

Nos demais casos em que a transnacionalidade do crime não ficar comprovada, a competência será da Justiça Comum Estadual. Respeitados os critérios de separação entre as Justiças Comuns Estadual e Federal, para as condutas que se subsumem ao texto legal do § 3º, a competência para processar e julgar é dos Juizados Especiais. Desde que satisfeitos os requisitos previstos em lei, pode-se aplicar a transação penal, conforme art. 76, da Lei nº 9.099/95. Para os demais crimes, em razão da pena máxima ser superior a dois anos, a competência são dos Juízes de Direito ou dos Juízes Federais. A suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei nº 9.099/95) é admissível para os crimes previstos nesse mesmo parágrafo, bem como no § 2º, pois a pena abstrata mínima é igual ou inferior a um ano.

3.2.2 Críticas

¹⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**, Capítulo X, Item 2.1.4. (Ebook)

3.2.2.1 A Configuração da Tipicidade no Tráfico de Entorpecentes

A droga ilícita é objeto comum para a dogmática penal no discurso sobre o tráfico e o uso dessas substâncias. O promotor de justiça Lycurgo de Castro Santos escreveu que apesar de partilharem de mesma origem do problema, o tráfico e o uso de tóxicos recebem perspectivas diversas de tratamento penal. Não cabe defender a inconstitucionalidade do artigo 33, como feito nas críticas sobre o artigo 28, da Lei 11.343/06, em virtude de que não se impõe “preceitos constitucionais atinentes às garantias individuais frente a excessiva ingerência penal no âmbito dos direitos do cidadão. Não obstante, são necessárias críticas ao sistema adotado pelo legislador para reprimir e prevenir o comércio ilegal de estupefacientes.”¹⁵²

A construção da tipicidade nos crimes de Tráfico de Drogas e condutas análogas sofre de alguns problemas estruturais, segundo a interpretação constitucional de Carvalho.¹⁵³ O volume de ações elencadas no tipo legal, a duração das sanções e a ausência de condutas intermediárias que preenchem a “zona cinzenta” da criminalização primária podem ser enalços para a interpretação realizada pelos operadores do direito, mais precisamente aos magistrados. A interpretação constitucional permitirá que se caracterize, “com o mínimo de precisão possível, tais desvios puníveis, intentando reduzir os custos e os danos causados pela vagueza da estrutura criminalizadora.”¹⁵⁴

A diferenciação das condutas encontradas nos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06 se depara com o inconveniente da similitude dos verbos nucleares, dos elementos descritivos e dos elementos normativos.¹⁵⁵ Ante essa dificuldade apresentada pela paridade dos elementos objetivos de ambos os tipos, a distinção se utilizará dos elementos subjetivos que, além do dolo (elemento subjetivo geral),

¹⁵² No texto de Lycurgo há referência aos artigos 12 e 16 da Lei 6.368/1976. SANTOS, Lycurgo de Castro. **Tóxicos: algumas considerações penais**, p. 125.

¹⁵³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 315-316.

¹⁵⁴ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 315.

¹⁵⁵ As condutas encontradas em ambos os artigos são “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo drogas”.

considerará o elemento subjetivo especial da intenção “para consumo pessoal” do art. 28. Todavia, não há de forma explícita qualquer outro elemento subjetivo especial ao longo do texto legal do art. 33. Assim sendo, “por não existir referência específica à intencionalidade da ação, estaria caracterizado o delito independente de sua destinação ao comércio ilícito.”¹⁵⁶

Nas disposições do Código de Processo Penal, artigo 156, incumbe-se o ônus da prova àquele que tecer a acusação. Significa que ao Ministério Público compete evidenciar a ocorrência do fato típico e das causas que impliquem aumento de pena, bem como a autoria e a presença dos elementos subjetivos do crime. A adoção do elemento “para consumo pessoal” para discernir sobre qual a norma jurídica que se subsume a ação típica de um indivíduo acarreta, informalmente, à inversão do ônus de prova. Como forma de alinhamento da aplicação da Lei de Drogas ao viés constitucional e processual penal, pelo respeito aos princípios constitucionais e para que não ocorra a inversão do ônus, Salo de Carvalho propõe que o “raciocínio deve ser feito de forma negativo”, estabelecendo-se o elemento subjetivo especial para o artigo 33 (Lei 11.343/06), qual seja o ‘animus” de mercancia ou “desígnio mercantil”. Dessa forma, exigir-se-á da acusação a comprovação dos fins a que se destina a eventual conduta típica e, em caso da ausência das provas necessárias, ou “havendo dúvida quanto à finalidade de comércio, imprescindível a desclassificação da conduta para o tipo do art. 28.”¹⁵⁷ Para esse jurista, o Supremo Tribunal de Justiça, ainda na vigência da antiga Lei de Drogas, deliberou paradigmaticamente sobre o assunto, apesar de tal posição ainda ser minoritária:

“PENAL. TOXICO. APREENSÃO DE MACONHA. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRAFICO PARA O CRIME DE USO. RAZOABILIDADE.

- Embora o tipo complexo do art. 12 da lei n. 6.368/76 contemple, dentre as diversas condutas criminosas, a de guardar ou ter em depósito substancia entorpecente, o mesmo diploma legal, em seu art. 16, prevê como crime de menor gravame o ato de guardar ou trazer consigo, para uso próprio, a referida substancia, causadora de dependência física ou psíquica.

¹⁵⁶ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 319.

¹⁵⁷ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 325-326

- Se o acórdão reconheceu a inexistência de indício de prova de destinação comercial da maconha apreendida na residência do réu e, por isso, desclassificou o delito de tráfico para o de uso, conferiu ao tema interpretação razoável, insusceptível de revisão em sede de recurso especial, onde não tem espaço reexame de provas.

- recurso especial não conhecido.

[...] Sustenta o recorrente que a lei não exige a comprovação da mercancia da droga, bastando para a configuração do delito o ato de adquirir ou guardar a substância.

O tema, todavia, não se exaure de modo tão simples e exige uma compreensão sistemática da lei regente.

É certo que o tipo complexo do art. 12 da Lei 6.368/76 contempla, dentre as diversas condutas criminosas, o ato de guardar ou ter em depósito substância entorpecente. Todavia, o mesmo diploma legal, em seu art. 16, prevê como crime de menor gravame o ato de guardar ou trazer consigo, para uso próprio, a referida substância, causadora de dependência física ou psíquica.

Assim, ambas as condutas em sua expressão vernacular, configuram crimes diferentes. No crime previsto no art. 12, o ato de guardar tem por finalidade o fornecimento da droga a terceiros, ao passo que, no tipo do art. 16, guarda-se para consumo próprio.

Assim, pela interpretação sistemática da Lei 6.368/76, não se pode compreender o tipo guardar substância entorpecente sem que se investigue a destinação da conduta.

O Tribunal a quo, em face do quadro fático, entendeu como não demonstrado o crime do art. 12 da lei de Tóxicos, desclassificando-o para o tipo inscrito no art. 16, ambos da referida Lei. Acentuou o Tribunal que inexistia nos autos 'prova da destinação da substância entorpecente para traficância' verberando, noutra passagem, que 'não se fez uma prova sequer; de que ele houvesse comercializado a erva com terceiros'."

(STJ - REsp: 115660 GO 1996/0076882-0, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 05/08/1997, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.09.1997)

Contudo há que se fazer ressalva quanto ao enfrentamento da problemática dos elementos subjetivos. Muitas das vezes eles são obtidos, tão somente, a partir de critérios objetivos, fazendo com que ocorra a "objetificação dos elementos subjetivos".¹⁵⁸ O legislador estipulara que para se determinar a destinação da droga seriam observados alguns valores objetivos, como a natureza e a quantidade da droga e demais produtos. Também, examinados o local e as características do

¹⁵⁸ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 327.

desenrolar da ação, as circunstâncias sociais e individuais, a conduta e os antecedentes do sujeito ativo.

A prática jurisprudencial tende a tornar absolutos esses critérios objetivos de maneira a criar verdadeiros “standards” de programação e, assim, facilitar a diferenciação entre as condutas de tráfico e uso de drogas. A utilização dos elementos objetivos do tipo não devem servir como fundamentos primordiais das decisões dos magistrados, como ferramentas que assistiram a estipulação do dolo e demais elementos subjetivos. Os primeiros elementos são apenas componentes indiciários dos segundos, através da sugestão de subsunção da conduta a uma ou outra norma jurídica.

Dessa forma, o dolo e a intenção especial é que definirão o enquadramento da ação no tipo correto, devendo “aos operadores do direito avaliar criteriosamente os aspectos referentes à vontade, à previsibilidade, à representação e à consciência.”¹⁵⁹

Como já tratado anteriormente, o discurso oficial do Direito Penal expõe que o seu objetivo é a proteção de bens jurídicos relevantes que, no caso do artigo 33 da Lei de Drogas, seria a “Saúde Pública”. Apesar de apenas existir um bem jurídico tutelado nesse tipo legal e serem dezoito os verbos nucleares que apresentam lesões em graduações distintas a esse bem, as sanções são injustamente direcionadas na mesma gravidade para todos eles. Para esses casos, quando da sentença ou acórdão penal, em “havendo [na legislação] tratamento penal paritário em situações cuja extensão da lesão ao bem jurídico tutelado é diferenciada, a Constituição impõe, como mecanismo corretivo, ponderação a partir do princípio da proporcionalidade.”¹⁶⁰

Outro questionamento à Lei de Drogas tange à conduta de “consumo compartilhado de drogas”, disposto no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06, como “oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”. Apesar de estar enquadrada no Título sobre tráfico de drogas, o referido tipo se aproxima da valoração penal e processual penal delegada

¹⁵⁹ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 332.

¹⁶⁰ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 323.

às condutas do art. 28, ou seja, não deixa de ser consumo. Como consequência, por inexistir a configuração de tráfico em tal conduta, não pode ocorrer a incidência das normas jurídicas dos crimes hediondos.¹⁶¹

3.2.2.2 Restrição aos Efeitos da Lei de Crimes Hediondos e dos artigos 33, § 4º, e 44, da Lei de Drogas

Os institutos jurídicos da fiança, graça e anistia foram vedados aos crimes de hediondos (Lei nº 8.072/90) e tal impedimento refletiu sobre o tráfico de entorpecentes e drogas afins (Constituição de 1988, artigo 5º, inc. XLIII). Salo de Carvalho defende que o artigo 33 da Lei de Drogas expõe diversas condutas, porém nem todas poderiam ser classificadas como tráfico ilícito de drogas. Portanto, seria essencial “estabelecer os critérios de classificação das condutas passíveis da adjetificação ‘tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins’ (terminologia

¹⁶¹ A doutrina e jurisprudência espanhola seguem o entendimento de sua Suprema Corte prolatado na STS nº 1.222/2.004, sobre a tipicidade do denominado “consumo compartido” e os requisitos necessários: “a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, pues de no serlo se corre el riesgo de potenciar en alguno de ellos su adicción y su habituación, supuesto subsumible en el delito; si bien algunas sentencias han modulado esta exigencia para incluir a los consumidores de fin de semana SSTS 225/2006 de 2 de Marzo ó 1052/2006 de 23 de Octubre y las en ella citadas; b) El consumo ha de realizarse en lugar cerrado, a fin de asegurar que el peligro de la tenencia no se extienda a terceras personas que no participaron de lo compartido; d) La cantidad destinada al consumo compartido ha de ser insignificante; en alguna sentencia se hace referencia a su consumo en el lugar en el que se comparte; d) Los consumidores en conjunto han de ser pocos y determinados, como único medio para poder calibrar el número y circunstancias personales; e) La acción de compartir ha de ser esporádica e íntima, esto es, sin transcendencia social. El carácter episódico se exige para afirmar que quedan excluidas de la figura, cuya atipicidad se declara, aquellas actuaciones repetidas en el tiempo que se enmarcan alrededor del proveedor habitual; ha de tratarse de un consumo inmediato, esto es, el realizado conjuntamente en el mismo momento de la entrega; f) Se trata de una modalidad de consumo entre adictos, en el que se descarta la posibilidad de transmisión a terceras personas, en el que no existe contraprestación y en el que se consume inmediatamente a la recepción en el lugar señalado para el consumo de todos.” ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. **Sentencia Id Cendoj: 28079120012006100690.**

constitucional)”,¹⁶² restringindo-se esse “peso” a determinadas condutas elencadas no referido artigo a somente àquelas que fossem eminentemente mercantis.

O valor de tráfico ilícito de drogas deve ser restrito, segundo esse entendimento, às condutas de importação, exportação, venda e exposição à venda dessas substâncias. Os demais comportamentos “não se compatibilizam com a noção constitucional de tráfico de drogas, estando blindados pelo princípio da legalidade dos efeitos da Lei 8.072/90”, bem como do artigo 44, *caput*, e § único.¹⁶³

3.2.2.3 Causas de Aumento de Pena em Decorrência da Transnacionalidade e Transregionalidade do Tráfico

As causas de aumento de pena previstas no artigo 40 da Lei de Drogas, nas ações típicas permeadas pela transnacionalidade (inc. I) ou transregionalidade (inc. V), representam “dobras punitivas” estabelecidas pelo legislador e, por lesionarem o princípio “ne bis in idem”, podem ser consideradas inconstitucionais. Ambas as características pressupõe a transposição da droga pelas fronteiras territoriais da nação ou dos Estados da Federação e, dessa forma, são englobadas pelas condutas de “importar”, “exportar”, “remeter” e “transportar”, componentes do tipo objetivo do art. 33.

“É que se aos atos específicos de importação e de exportação – incluindo neles as condutas genéricas de produção, aquisição, venda, remessa ou transporte –, é imprescindível a transposição das fronteiras, ou seja, é fundamental que exista a relação de comércio com o país ou estado alienígena, a aplicação das causas de aumento de pena implicaria em violação ao princípio do ‘ne bis in idem’”.¹⁶⁴

¹⁶² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**, p. 356.

¹⁶³ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 360.

¹⁶⁴ CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 368.

3.2.2.4 Traficante-Dependente

A aplicação das causas de isenção de pena no artigo 45, ou de diminuição no artigo 46, da Lei de Drogas, são entendidas, por parcelas da doutrina e da jurisprudência, como incabíveis em situações de tráfico de drogas.¹⁶⁵ Atento às teorias do Fato Punível, a culpabilidade, integrante da estrutura desses modelos, se apresenta como juízo de reprovação sobre um tipo de injusto, baseado no saber e na possibilidade do sujeito em controlar o que faz, o “conhecimento do injusto” e a “exigibilidade de conduta diversa”. Por isso, as situações de dependência química e de caso fortuito ou força maior causadas pela utilização de drogas afastam a culpabilidade em todos os crimes.

Para que ocorra a exclusão da culpabilidade são necessárias, segundo os ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos, duas etapas:

“primeiro, identificação da patologia constitucional ou adquirida do aparelho psíquico ou de outro estado patológico, crônico ou agudo, produzido pelo álcool, pela droga ou pela dependência da droga; segundo, verificação do efeito excludente da capacidade de compreender o injusto do fato ou de agir conforme essa compreensão, produzido pela patologia constitucional ou adquirida respectiva, pelo álcool, pela droga ou pela dependência da droga.”¹⁶⁶

Preenchidos os dois momentos de análise da exclusão ou diminuição da culpabilidade, não há justificativa para a não aplicação dos artigos 45 e 46, da Lei 11.343/06, para todos os tipos penais, sem exceções.

¹⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio [et al.]. **Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006.**

¹⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**, p. 289.

4 AS DECISÕES JUDICIAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ E A CONSTRUÇÃO JURÍDICA E SIMBÓLICA DO TRAFICANTE DE DROGAS

O órgão jurisdicional efetiva um determinado papel na criminalização dos indivíduos, “criando” os fatos e submetendo-os ao controle das normas penais, tornando definitivo o programa de seleção. As decisões emanadas nesse meio são diversas quantitativamente, realçando-se aquelas que estabelecem os fatos dentro do processo, os juízos de valoração e qualificação jurídico-criminal, e o estabelecimento da pena. São nessas decisões, sobretudo, “que se exprime a intervenção do tribunal no processo de criminalização secundária e, nessa medida, no processo de seleção.”¹⁶⁷

O seu ofício é, dentre as últimas instâncias formais de controle, de solidificar a figura do criminoso, recrutado por meios de controle formais do sistema criminal, como pela polícia. Outrossim, Figueiredo Dias e Costa Andrade afirmam que a ação jurisdicional tem valor na constatação de que é a mais degradante “das cerimônias [...], e a mais eficaz em termos de estigmatização, o tribunal é igualmente a instância formal com maior capacidade para manipular a identidade dos desviantes e compeli-los a uma ‘carreira’ de delinquência.”¹⁶⁸

Em virtude da impossibilidade de um estudo que esgote todas as especificidades jurídicas e sociológicas das decisões dos magistrados, neste capítulo será analisada uma seleção de decisões judiciais na interpretação da subsunção de condutas ligadas às drogas ilícitas com as atuais normas jurídico-penais, no intuito de ilustrar a forma da criminalização secundária no âmbito do Poder Judiciário paranaense. Serão, posteriormente, clarificadas a existência dos códigos “tecnológico” e “ideológico” na construção da figura do traficante, como

¹⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminogena**, p. 501.

¹⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Idem*, p. 512

formas de concretização da Ideologia da Defesa Social na conformação das decisões judiciais.

4.1 METODOLOGIA: ESCOLHA ENTRE A ANÁLISE ILUSTRATIVA OU A ANÁLISE ESTATÍSTICA DAS DECISÕES

A Metodologia é entendida como uma ciência auxiliar que presta serviços às demais ciências, tendo como preocupação a abordagem teórica, na construção do conhecimento dentro de uma área delimitada, e prática, na abordagem da estrutura e esquematização de pesquisas.

Uma das formas mais comuns de pesquisa é a Estatística, que consiste na análise fundamentada na coleta e interpretação de dados. No entanto, não é essa a opção adotada neste estudo. A preferência é pelo método de pesquisa que decompõe o Caso *In Concreto* por meio da Análise Ilustrativa. A explicação de elementos causais “em intervenções da vida real [...] são complexos demais para as estratégias experimentais ou aquelas utilizadas em levantamentos”.¹⁶⁹

As decisões judiciais aqui apresentadas foram escolhidas dentre as que possuem uma maior interferência do poder punitivo estatal no papel de restrição da esfera de liberdade dos indivíduos processados, bem como de outros direitos e garantias constitucionais. Não se esconde que a análise é parcial e direcionada a ilustrar o objeto de estudo da presente monografia, qual seja, a construção artificial do tráfico de drogas ilícitas.

Antes de adentrar na análise proposta, ressalva-se que durante a pesquisa realizada foram encontrados entendimentos de Câmaras Criminais aplicando

¹⁶⁹ YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Apud DUARTE, Jorge; BARROS, Antonio. **Métodos e técnicas de Pesquisa de Comunicação**, p. 219.

alocações no sentido de proteção ampla do sujeito.¹⁷⁰ Conclui-se, antecipadamente, que são alterações pontuais no paradigma jurisprudencial e, não alterações sistemáticas, ainda.

4.2 AS DECISÕES JUDICIAIS: UMA EXPOSIÇÃO CRÍTICA DOS ENTENDIMENTOS DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O objeto de exame foi confinado a dimensões temporais e espaciais. Quanto a primeira, a análise se limitou a estudar decisões publicadas em Diário Oficial ao longo do 2º semestre do ano de 2014. Quanto à dimensão espacial, a pesquisa foi restrita às decisões de 2º Grau de Jurisdição da Justiça Comum do Estado do Paraná, disponíveis em arquivo eletrônico no site do Tribunal de Justiça do respectivo Estado.

A decisão judicial tomada como ponto inicial foi prolatada na Sessão da 3ª Câmara Criminal. A Ementa é a seguinte:

“APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33 E 35 C/C ART. 40, V, TODOS

¹⁷⁰ V.g., na questão sobre a prisão preventiva, a seguinte Ementa: “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está sedimentada no sentido de que a alusão à gravidade em abstrato do crime sem fundamentação no caso concreto não é suficiente para a decretação ou manutenção da prisão cautelar com base na garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. 2. A fundamentação acerca da decretação da prisão preventiva decorre da própria Constituição Federal (art. 5º, LXI e art. 93, IX), sendo que a sua falta caracteriza constrangimento ilegal e acarreta a imediata soltura do paciente. 3. De acordo com o artigo 321 do Código de Processo Penal, pode-se conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares do artigo 319 do mesmo diploma legal.”

(TJPR - 4ª C.Criminal - HCC - 1261859-0 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Luciane R.C.Ludovico - Unânime - - J. 25.09.2014)

DA LEI Nº 11.343/06). TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTO POLICIAL. VALIDADE E RELEVÂNCIA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE. DOSIMETRIA. APELANTE 1. FASE INTERMEDIÁRIA. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA ATENUANTE DA MENORIDADE. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 1/4 (UM QUARTO). PREPONDERÂNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA SANÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA Nº 231, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELANTE 2. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS. NÃO ACOLHIMENTO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO 1 NÃO PROVIDO. RECURSO 2 PARCIALMENTE PROVIDO.”

(TJPR - 3ª C.Criminal - AC - 1223438-7 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - - J. 28.08.2014)

A denúncia do Ministério Público no processo criminal originário foi transcrita no acórdão, descrevendo-se que as denunciadas D.C.R.S. e E.C., visando o comércio ilícito de substâncias entorpecentes, associaram-se de forma estável e armazenaram em sua residência diversos tipos de drogas, dentre elas *crack*, cocaína e maconha. Relata-se que policiais militares as abordaram próximo de uma academia ao ar livre¹⁷¹, às 23 horas, e apreenderam doze (12) gramas de *crack* e duas (2) porções de *cannabis sativa* que estavam ocultados em E.C., bem como trinta e dois reais (R\$32) enrolados no bolso da calça de D.C.R.S. Na sequência foram conduzidas até o local em que residiam e efetuadas as demais apreensões, incluindo também uma arma de fogo com munições não deflagradas.

A questão jurídica a ser abordada neste caso, primeiramente, é o argumento de que, por o indivíduo integrar organização criminosa, à luz do tipo legal do art. 35, restaria afastada a figura da diminuição de pena, previsto no §4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, mesmo que a fundamentação fática e jurídica de tal decisão seja, frise-se, frágil. O discurso de autoridade do Estado e da massa midiática em afirmar que o traficante integra, normalmente, grupos na consecução dos objetivos criminosos de tráfico de drogas, na forma da associação ou organização criminosa, repercute

¹⁷¹ Ao longo do acórdão há referências de que as sentenciadas foram abordadas pelas autoridades policiais, uma hora, na academia ao ar livre, outra, na rodoviária da cidade.

na construção e no reforço de uma decisão que aparte a diminuição da pena no caso em concreto.

O Relator do processo definiu que

“está devidamente demonstrado o vínculo associativo estável e permanente entre as apelantes. Como anteriormente exposto, depreende-se que Elizandra e Daiane mantinham uma estreita relação de amizade, porquanto antes de residirem juntas em Londrina, já haviam dividido a moradia em Cornélio Procópio.

Assim, o alegado desconhecimento de Daiane sobre os atos praticados por Elizandra contraria os elementos colhidos nos autos.

[...] em Londrina, novamente passaram a dividir o mesmo quarto e a frequentar os mesmos lugares, dentre eles a rodoviária da cidade que, reitera-se, era conhecida pelo tráfico de drogas.

Ademais, a significativa quantia de drogas apreendida – 48 (quarenta e oito) porções de “maconha” e 12g (doze grammas) de “crack”, [...] revela a habitualidade do comportamento.

Tais circunstâncias são suficientes para comprovar o vínculo entre as traficantes exigidos por lei, demonstrando que não se cuida de episódio isolado, de impulso, mas sim de uma prática criminosa duradoura, reiterada, continuada, com ajuste prévio entre as agentes.

Destarte, mantenho a condenação das rés também pela prática do delito do art. 35, combinado com o art. 40, V, da Lei nº 11.343/06.

[...] Oportuno consignar que é de se negar provimento ao pedido da recorrente Elizandra de reconhecimento da incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, quanto ao crime de tráfico de entorpecentes.

Isso porque a apelante acabou condenada, também, pelo delito de associação para o tráfico, que é incompatível com o benefício já que revela que se dedica a atividades criminosas.” (grifo meu)

Nesse mesmo caso, as decisões prolatadas pelo Juiz de Direito em 1º Grau e pelo Colegiado em 2º Grau foram em condenar ambas as denunciadas pelo crime elencado no art. 33, da Lei 11.343/06, considerando, sobretudo, as circunstâncias da prisão em flagrante, ou seja, levando-se em apreço o local e a forma com que a droga foi apreendida, bem como a presença de drogas na residência das acusadas. Os magistrados consideraram que esses elementos seriam suficientes a configurar o intuito de mercancia.

“A recorrente D. negou a propriedade de tais entorpecentes e alegou que estava na rodoviária para se prostituir. Disse, ainda, que desconhecia a existência das substâncias encontradas no quarto que dividia com E., bem como que esta se dedicava ao comércio de drogas.

Observe-se, contudo, que a prisão de ambas as acusadas se deu em uma região conhecida pela prática de tráfico de drogas e de intensa movimentação de usuários e traficantes, como relatado pelos policiais militares e confirmado pelas apelantes.

[...] Assim, é de se concluir que os entorpecentes pertenciam às apelantes D. e E. e, mais, destinavam-se à comercialização.

Insta salientar, por fim, que o delito de tráfico de entorpecente consuma-se com a prática de qualquer um dos núcleos do tipo, já que se trata de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado.

Destarte, mantenho a condenação das recorrentes como incurso no delito do art. 33, caput, combinado com o art. 40, V, da Lei nº 11.343/06.” (grifo meu)

Os elementos objetivos apenas podem indicar a incidência de determinado tipo penal e, ao contrário do aplicado no acórdão, não de estabelecer definitivamente a subsunção das condutas ao tipo penal de tráfico de drogas. Como já referido no item 3.2.2.1, as decisões devem levar em conta a análise do dolo e a intenção especial como definidores do enquadramento das condutas no tipo legal correto, avaliando os aspectos referentes à vontade, à previsibilidade, à representação e à consciência. Confirmando este posicionamento, Marco Aurélio Souza da Silva afirmara, em sua dissertação de mestrado, que as informações trazidas a um processo criminal para a classificação da conduta como ‘quantidade, local e antecedentes’, previstos no art. 28, §2º, da Lei de drogas, “podem somente sugerir e indicar a incidência nos tipos penais do art. 33 ou do art. 28, mas não definir o juízo de imputação como se esses critérios fossem únicos e exclusivos [...]”¹⁷²

Outra decisão judicial a ser exposta é o Acórdão do processo nº 1213826-4, também da 3ª Câmara Criminal, cuja Ementa é a seguinte:

¹⁷² SILVA, Marco Aurélio Souza da. **O controle social punitivo antidrogas sob a perspectiva da criminologia crítica**, p. 211.

“PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06, ART.16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI 10.826/03. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU E RECURSO MINISTERIAL. 1) MÉRITO RECURSAL. 1.1) RECURSO DO RÉU. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AVENTADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DA TRAFICÂNCIA. PEDIDO IMPLÍCITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 28, DA LEI Nº 11.343/2006. TESES NÃO ACOLHIDAS. HARMÔNICO DEPOIMENTO EM JUÍZO DOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO DO RECORRENTE. EXISTÊNCIA DE ANTERIORES DENÚNCIAS DA PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO COM O RÉU DE SUBSTÂNCIAS UTILIZADAS PARA O PREPARO DA ‘COCAÍNA’. INTENÇÃO DE MERCÂNCIA CONFIGURADA.MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS, ATRAVÉS DE SÓLIDO CONJUNTO PROBATÓRIO.MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. 1.2) [...] 22) APENAMENTO. 2.1) NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO, DE OFÍCIO, DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REQUISITO DA ‘CULPABILIDADE’, PREVISTO NO ART. 59, DO CÓDIGO PENAL, E ‘QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE’, DO ART. 42, DA LEI 11.343/06. QUESITOS QUE NÃO SE CONFUNDEM. CLÁUSULA DA ‘PREPONDERÂNCIA’ QUE DEVE NORTEAR A ANÁLISE DO INTÉRPRETE. READEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PARA AFASTAR A NEGATIVA VALORAÇÃO DA ‘CULPABILIDADE’. EXASPERAÇÃO QUE SE MANTÉM, EM QUANTUM IGUAL, EM RAZÃO DA ‘NATUREZA DA DROGA’. [...] 2.2) RECURSO MINISTERIAL. [...] PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/2006, DIANTE DA HABITUALIDADE DO DELITO. TESE ACOLHIDA. [...] RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO; RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO.”

(TJPR - 3ª C.Criminal - AC - 1213826-4 - Foz do Iguaçu - Rel.: Sônia Regina de Castro - Unânime - - J. 25.09.2014)

O Ministério Público narrou na denúncia que após acusações anônimas e um período de observação, uma equipe de policiais civis “resolveu” entrar na residência dos denunciados e encontraram drogas junto a J.K.R, J.W.T (23g. de maconha, 2.08g de cocaína e R\$44,00)., L.F.V. (1.03g de cocaína e R\$ 165,00) e o menor de idade J.H.T com um revólver Rossi de calibre .38 municiado. Após processado, J. W. T. foi condenado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e do art. 16, § único, inc. I, da Lei 10.826/03, aplicando-se a pena de cinco (5) anos e nove (9) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e o pagamento de duzentos e sessenta (260) dias-multa, na proporção do mínimo legal. L. F. V. teve sua conduta desclassificada para o art. 28 da Lei 11.343/06 e J. K. R. foi absolvido de todas as imputações com base no art. 386, incs. I e VII, do Código de Processo Penal.

A busca domiciliar sem autorização judicial é uma violação expressa ao artigo 5º, XI, da Constituição de 1988, mas que está presente nesse caso. O pretexto argumentado foi de que os policiais receberam diversas denúncias anônimas e constatou-se que muitas pessoas circulavam na residência ao longo do dia. A Relatora do processo tacitamente convalidou a atuação policial em realizar busca domiciliar, que passou de ilegal para legal, sob a ótica de existirem drogas ilícitas no local e a circulação de pessoas na residência, demonstrando a ocorrência de comercialização das referidas substâncias.

Na presente decisão, a constatação fática do elemento subjetivo especial de mercancia também foi obtido ao considerar que, para além do local ser “conhecido como ponto de consumo e tráfico de drogas”, foram apreendidos instrumentos e produtos utilizados na confecção de drogas ilícitas.

“Ademais, considerando incontroverso o fato de que o ora recorrente possuía a droga vulgarmente conhecida como ‘maconha’, ao ser igualmente encontrado em sua residência, conhecida como ponto para consumo e tráfico de drogas, substâncias como a lidocaína e a fenacetina, conforme laudo toxicológico em fl. 298, as quais são utilizadas para diluir o ‘crack’ e a ‘cocaína’, não só constituída a intenção de mercancia, como demonstrado o envolvimento do réu para a prática habitual do delito, haja vista a expertise no preparo de entorpecentes ilícitos.

Logo, por todas as evidências que incorrem para a intenção de mercancia da substância, restaria ao réu desconstituir com provas de que seu intuito era exclusivamente o consumo.

[...] razão pela qual deve ser mantida a condenação pelo delito tipificado no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.” (Grifo meu)

A Relatora entendeu que, diante das evidências que constituíam a intenção mercantil das drogas, incumbiria ao réu desconstituir esse intuito e demonstrar que as substâncias seriam para seu consumo. Essa postura da magistrada, ao contrário da previsão constitucional do ônus da prova no processo penal, reforça a afirmação de que “os arguidos oriundos dos estratos inferiores são efectivamente confrontados com um invencível ônus da prova.”¹⁷³

¹⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminogena**, p. 546.

A configuração de uma conduta como tráfico de drogas, muitas vezes, percorre o caminho de se fundamentar nas alegações dos policiais e da veracidade dessas, que passam a constituir e fundamentar o decisório dos magistrados. Grande parte das sentenças e acórdãos tem como argumento central para a reconstituição dos fatos a atuação da polícia e os respectivos testemunhos fornecidos pelos policiais validados em torno da figura da fé pública, sob pena de responderem processo criminal por falso testemunho. Silva constatou, em sua dissertação, que é corrente

“a utilização de expressões como ‘após a realização de monitoramento no local dos fatos sobre a prática do tráfico de drogas’, ‘denúncias e informações pretéritas acerca do desenvolvimento do tráfico ilícito de entorpecente naquele lugar’, ‘o réu era conhecido na comunidade como traficante’, ‘o local onde o acusado comercializava a droga estava sendo investigado pela polícia militar’, ‘por estar em atitude suspeita, foi abordado pelos policiais’, entre outras.”¹⁷⁴

Corroborando ao que foi apresentado nos parágrafos anteriores, a decisão apresenta que

“Insurge o representante ministerial [...] da habitualidade pela qual o apelado comercializava drogas.

[..] Novamente, a tese ministerial merece prosperar. Conseqüentemente, nego provimento ao recurso defensivo.

Entre os pressupostos para aplicação da diminuição da pena do artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, está previsto que o réu ‘não se dedique às atividades criminosas’.

Da análise minuciosa dos autos, verifico que diante das inúmeras denúncias anônimas em desfavor do apelado e de todas as circunstâncias carreadas aos autos, o réu traficava com habitualidade.

Novamente, cumpre ressaltar que restou comprovado que a residência do réu tratava-se, em verdade, de um conhecido ponto de drogas na região e, conforme Laudo Toxicológico de fl. 298, o réu possuía Lidocaína e Fenacetina, conhecidas como substâncias utilizadas para diluir o ‘crack’ e a ‘cocaína’. Destaca-se, ainda, que o réu e seu irmão J. H. T. possuíam armas de fogo para a proteção do local.

¹⁷⁴ SILVA, Marco Aurélio Souza da. **O controle social punitivo antidrogas sob a perspectiva da criminologia crítica**, p. 197-198.

Por estes pontos, verifico o amplo grau de envolvimento com a prática do tráfico de drogas, assim como a expertise do apelado no manejo das substâncias entorpecentes.

Adiante, considerando que os depoimentos judiciais dão conta que o apelado residia lá há pouco mais de um mês antes da prisão dos então acusados, e as denúncias anônimas começaram concomitantemente, compreendo que não há qualquer dúvida quanto a habitualidade da traficância praticada pelo réu.

Friso, por razões de fundamentação, que tais condutas são corroboradas pelo conteúdo dos depoimentos, em Juízo, dos policiais responsáveis pelas investigações, que apontaram que diversos usuários de drogas entravam e saiam da residência em um lapso temporal de poucos minutos, havendo, inclusive, um usuário que relatou como funcionava o método para comprar drogas no local.

Por derradeiro, não há qualquer comprovação no sentido que o réu auferia renda de maneira lícita, de maneira que sua subsistência era proveniente do tráfico de drogas, novamente corroborando com a habitualidade do delito.

[...] Portanto, necessária a aplicação cumulativa das penas aplicadas, restando a pena em 10 (dez) anos e 03 (três) meses, bem como ao pagamento de 835 (oitocentos e trinta e cinco) dias-multa, com seu valor estabelecido no mínimo legal, quantum este que torno em definitivo, por ausentes quaisquer outras causas modificativas.”

No mesmo sentido da crítica à valoração do depoimento de policiais, uma interessante decisão oriunda da 5ª Câmara Criminal, tendo por relatora a D.D. Desembargadora Maria Mercis Gomes Aniceto, apresentou a seguinte Ementa:

“APELAÇÃO CRIME - TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006) - APELO OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PALAVRA DOS POLICIAIS - ELEVADO VALOR PROBANTE - FALTA DE PROVA IDÔNEA PARA DEMONSTRAR A FINALIDADE DE CONSUMO PRÓPRIO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (Grifo meu)

(TJPR - 5ª C.Criminal - AC - 1235793-4 - Cornélio Procópio - Rel.: Maria Mercis Gomes Aniceto - Unânime - - J. 02.10.2014)

Narra a exordial acusatória que o denunciado R.A.B.M levava consigo, sem autorização legal ou regulamentar, para fins de comércio, dois (2) invólucros contendo cocaína e oito (8) pedras de *crack*, além de R\$230,00, “possivelmente dinheiro proveniente da comercialização de substância entorpecente.” Policiais militares que faziam patrulhamento no Parque de Exposições da cidade, abordaram cinco (5) indivíduos em atitude suspeita, dentre eles R.A.B.M., quando foi

encontrado em sua posse as substâncias ilícitas. Findos a instrução criminal e o julgamento, o sentenciado interpôs Recurso de Apelação, pugnando pela absolvição em razão de não haver provas suficientes para indicar a materialidade. Sustentou que ele era usuário e as substâncias ilícitas encontradas em sua posse eram para uso próprio.

A descrição do evento criminoso foi obtido através dos depoimentos dos policiais que realizaram a abordagem.

“O Policial Militar [...] declarou: ‘que estavam reforçando a segurança do local, pois estava havendo um evento, quando avistou um indivíduo conhecido da cidade de Cornélio Procópio, envolvido com tráfico, vulgo ‘tubarão’, junto com o réu, que verificou que começaram a conversar na Arena, onde estava havendo o rodeo e foram em direção ao fundo do parque de exposições, e ficou visualizando, quando percebeu que um passou para o outro alguma coisa que não conseguiu identificar, realizando, então, a abordagem. No local foi encontrada a droga apreendida, deram voz de prisão ao acusado, que fizeram uma busca mais minuciosa, mas não foi encontrado mais nada, nem com o rapaz que supostamente estaria comprando a droga, encaminhando-os à Delegacia de Polícia. Que foi apreendido dinheiro com o acusado. Que estava vigiando o acusado, pois é envolvido com o tráfico de drogas na cidade, tendo inclusive antecedentes’.

Outra testemunha [...] Policial Militar que também participou da abordagem, declarou o seguinte: ‘estava em serviço na cidade de Leopólis, onde estava acontecendo um evento, e que notou uma movimentação atípica, então ficou observando, até que abordaram os indivíduos, encontrando com o acusado as substâncias entorpecentes, ‘cocaína’ e ‘crack’. Pelas observações que fizeram teve muitas trocas e pessoas diferentes passando pelo local. Que não se recorda se fizeram a abordagem de nenhum usuário, que não tinha conhecimento se o réu era traficante, pois não era a região em que costuma trabalhar, tendo apenas observado a movimentação estranha no local’. (Grifo meu)

A relatora reconheceu o referido recurso, porém negou provimento, afirmando que

“Assim, verificando a divergência dos depoimentos apresentados pelo réu e os depoimentos dos dois policiais que atuaram no caso, os quais se mostraram harmônicos e coerentes com todo o conjunto probatório, correta a sentença que determinou a condenação da apelante nas penas do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Cumpra esclarecer que os testemunhos dos agentes públicos têm elevado valor probatório, vez que acobertados de credibilidade suficiente para ensejar uma condenação.” (Grifo meu)

Logo após esse enunciado, assegurou-se em apresentar três (3) jurisprudências para fundamentar o seu entendimento e uma (1) citação de doutrina, que segue abaixo.

"Qualquer pessoa pode ser ouvida como testemunha. Porém, nos crimes de tóxico, de comum clandestinidade, em função do absoluto e justificado temor, em especial na grande e organizada criminalidade, embora possa ser conduzido coercitivamente (art. 218, CPP), como regra, o cidadão comum não presta testemunho, o que leva, invariavelmente, aos depoimentos dos policiais que tenham atuado na investigação. Não há qualquer impedimento legal para a ouvida dos agentes policiais, até mesmo pelo fato de que, como não há uma hierarquização das provas no sistema processual penal brasileiro, incumbe ao órgão competente, inicialmente, o Ministério Público (na formação da opinião delicti), e, posteriormente a autoridade judiciária (na formação da culpa), fazer uma abordagem acerca do peso que será dado as declarações, em uma análise racional com a totalidade do conjunto probatório."¹⁷⁵

Nessa decisão judicial, esteve “claramente” demonstrado que R.A.B.M. praticava tráfico ilícito de drogas, baseando-se tão somente nos depoimentos dos policiais militares. Manteve-se a condenação do 1º Grau de Jurisdição nas penas do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, em cinco (5) anos e seis (6) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e quinhentos e cinquenta (550) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Retomando a Apelação Criminal nº 1213826-4, apresentada anteriormente, há outro pontos interessantes que não foram extenuados. Necessário ilustrar que, além do elemento de “habitualidade do comércio”, a natureza e a quantidade das substâncias ilícitas foi relevante para o estabelecimento das penas. Restou afastada a aplicabilidade da diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas no caso.

“No tocante ao crime previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, inicialmente, deve-se salientar que foram consideradas como desfavoráveis ao apelante, na primeira fase da dosimetria, as

¹⁷⁵ THUMS, Gilberto; PACHECO FILHO, Vilmar Velho. **Leis Antitóxicos - Crimes, Investigação e Processo - Análise Comparativa das Leis 6.368/1976 e 10.409/2002**, p.78.

circunstâncias judiciais da ‘culpabilidade’ e da ‘circunstâncias do crime’, elevando a carga penal em 09 (nove) meses de reclusão, sob o fundamento de que “a culpabilidade, medida pela reprovabilidade social do seu ato, é de grau elevado, uma vez que mantinha em depósito mais de uma espécie de substância entorpecente, dentre as quais a cocaína, de alto poder viciante e destrutivo. (...) Como circunstâncias, há que se observar que o acusado restabeleceu local já conhecido pela venda e consumo de drogas, o qual era guardado com o emprego de armas de fogo” (fl. 366).

De plano, considerando escorreita a exasperação da basilar pelas circunstâncias do crime nos bem lançados termos da sentença, passo a algumas considerações de caráter mais geral em relação aos critérios para a fixação da pena base nos casos de crimes de tráfico de entorpecentes.

Com efeito, a introdução do artigo 42 da Lei de Drogas em nosso ordenamento jurídico constitui uma inovação legislativa por intermédio da qual seria possível aferir, especificamente no que tange aos delitos relacionados aos entorpecentes, o desvalor da ação e a lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado, no caso a saúde pública. Neste sentido, quatro critérios judiciais (natureza, quantidade, personalidade e conduta social) foram alçados, frise-se, por expressa determinação legal, à condição de preponderância sobre os demais, descritas no artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, motivos, circunstâncias, consequências, comportamento da vítima).

[...] No caso concreto, entendeu o nobre magistrado sentenciante que a ‘culpabilidade’ é desfavorável, em razão da potencialidade lesiva do entorpecente apreendido, no que, contudo, não merece prevalecer o decisum objurgado, posto que, como acima consignei, é tal requisito trazido pelo artigo 59 do Código Penal normal à espécie.

Não obstante, a natureza do entorpecente, prevista no artigo 42, da Lei 11.343/06, está sim desfavorável ao apelante, única razão pela qual, ainda que sob fundamento diverso, justifica-se a fixação da pena base acima do mínimo legal.” (Grifo meu)

A decisão fixou a pena acima do mínimo legal em razão, principalmente, do tipo da droga apreendida: “Crack”. Essa substância representa atualmente o “maior problema” para a sociedade brasileira e, em razão disso, os esforços do aparato punitivo estatal deve convergir no sentido de reprimir o seu comércio. O ideário é de que a sociedade estaria um pouco mais defesa com a mencionada decisão judicial.

Outro julgado importante foi a decisão foi em sede de Habeas Corpus, no processo nº 1264191-5, da 3ª Câmara Criminal, cuja ementa é a seguinte:

“TRÁFICO. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. E ARTIGO 16, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI 10.826/03. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA

INCONGRUÊNCIA DOS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DE AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM SEDE DE HABEAS CORPUS. AVENTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO QUE CONVERTEU O FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA EM INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. PACIENTE PRESO NA POSSE DE DUAS ARMAS DE FOGO, TRÊS COLETES BALÍSTICOS, SENDO UM DE PROPRIEDADE DA POLÍCIA CIVIL, BALANÇA DE PRECISÃO, APARELHOS CELULARES E QUANTIA EM DINHEIRO EM NOTAS DE PEQUENO VALOR. PACIENTE DETIDO QUANDO GOZAVA DE LIBERDADE PROVISÓRIA EM OUTRO PROCESSO CRIME. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA EVIDENCIADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA. Presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial o da garantia da ordem pública, em virtude da significativa quantidade e variedade de entorpecente apreendido na propriedade do paciente (...) (STF - RHC 112703, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 03-09-2012 PUBLIC 04- 09-2012).” (Grifo meu)

(TJPR - 3ª C.Criminal - HCC - 1264191-5 - Foro Regional de Araucária da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Jefferson Alberto Johnsson - Unânime - - J. 18.09.2014)

A questão suscitada é a existência de processos criminais em que se evitam maiores discussões para manutenção da prisão do denunciado e, conseqüentemente, fazem com que ele permaneça durante todo o período de instrução recolhido ao cárcere. O art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/90, vedava a liberdade provisória em crimes como o tráfico de drogas, porém foi alterado posteriormente, autorizando esse instituto jurídico. No caso em tela, o impetrante respondeu ao processo criminal preso, sob o argumento da “necessidade de acautelamento da ordem pública”, em virtude dos indícios (dentre eles a existência de uma bolsa contendo resíduos de cocaína) a indicar que o paciente se dedicava à atividade criminosa.

“A denúncia narra que a prisão em flagrante ocorreu porque Policiais Militares, após receberem informações anônimas dando conta de atividade de narcotraficância no endereço em que residia o paciente, efetuaram diligência no local, se deparando com o paciente deixando esta, ao que foi abordado e autorizou a entrada dos policiais. Consta que passaram então a realizar buscas, foram localizadas uma bolsa e cor preta contendo resíduos da substância popularmente conhecida como cocaína, R\$ 32,00 (trinta e dois reais) em espécie, uma balança de precisão, e diversos petrechos para acondicionamento do entorpecente, dois celulares, três coletes balísticos, uma pistola ‘Taurus’ e munições diversos (fls. 32/34).

Encaminhado o auto de prisão em flagrante ao Juízo, a magistrada singular converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva [...]. Entendo que restou largamente demonstrada a presença do *fumus comissi delicti*, ou seja, indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, especialmente em razão do Auto de Prisão em Flagrante, das denúncias anônimas relatadas, segundo as quais o endereço diligenciado, residência do acusado, seria ponto de traficância. O *periculum libertatis* denota a necessidade de acautelamento da ordem pública, haja vista a apreensão realizada (uma bolsa e cor preta contendo resíduos da substância popularmente conhecida como cocaína, R\$ 32,00 (trinta e dois reais) em espécie, uma balança de precisão, diversos petrechos para acondicionamento do entorpecente, como sacos plásticos, dois celulares, três coletes balísticos, uma pistola 'Taurus' e municiamentos diversos) que indicam que o paciente se dedicava à atividade criminosa.

Logo, a decisão se deu a partir de circunstâncias fáticas concretas, que levaram a convicção da magistrada singular, que, próxima aos fatos e com melhores condições de analisá-los, verificou a imprescindibilidade da prisão preventiva e a evidente vulneração à ordem pública, a qual merece ser resguardada nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Assim sendo, a manutenção da segregação cautelar do paciente é, por ora, medida que se justifica, até mesmo para evitar que em liberdade encontre os mesmos estímulos para a continuidade da prática, sobretudo diante da rentabilidade usualmente verificada pela prática de delitos desta espécie.

[...] Inobstante, saliente-se que as condições pessoais favoráveis do paciente não têm o condão de, por si só, lhe assegurar o benefício da liberdade provisória quando há nos autos elementos outros hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar.”

As medidas cautelares no processo penal, na concepção de Aury Lopes Pereira, são instrumentos para garantir o perfeito desenvolvimento do processo e aplicação do poder de penar. Essas medidas coercitivas são fundamentadas no *fumus comissi delicti*, “prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria, e *periculum libertatis*, que “assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.”¹⁷⁶

O Relator entendeu correta a aplicação da prisão preventiva ao caso pelo magistrado em 1º Grau de Jurisdição visto que estariam presentes o *fumus comissi delicti* no Auto de Prisão em Flagrante e as denúncias anônimas, bem como o *periculum libertatis*, nas apreensões realizadas, dentre as quais releva-se a bolsa preta contendo resíduos de substância ilícita. Essa é a tendência jurisdicional de

¹⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**, Capítulo XV, Seção 2.1. (Ebook).

definir suspeitos em criminosos, aplicando-se a privação de suas liberdades sem ter condenação definitiva transitada em julgado ou mesmo os elementos fundamentais para o estabelecimento de medidas cautelares aprisionadoras. É reflexo de uma Política Criminal de combate às drogas que possui “uma construção que não é normativa, mas, sim ideológica.”¹⁷⁷

A última jurisprudência a ser analisada tange à inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade e determinação do regime inicial mais gravoso em razão da quantidade de droga apreendida. Ela foi prolatada na 3ª Câmara Criminal e possui a seguinte Ementa:

“EMENTA - APELAÇÃO CRIME - DELITO DE TRÁFICO - REDUÇÃO DA PENA BASE PARA O MÍNIMO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/06 - QUANTIDADE DE DROGAS QUE JUSTIFICA A APLICAÇÃO DA PENA EM VALOR ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITO - IMPOSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA - RÉGIME SEMIABERTO - RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO À ESPOSA DO APELANTE EX OFFICIO - PROVIMENTO PARCIAL.”

(TJPR - 3ª C.Criminal - AC - 1231245-7 - Foz do Iguaçu - Rel.: João Domingos Kuster Puppi - Unânime - - J. 21.08.2014)

Relata o representante ministerial que F.C.S. transportava três mil (3.000) frascos de lança-perfume em seu veículo, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, quando foi abordado por policiais militares. A sentença o condenou a três (3) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e trezentos (300) dias multa, pela prática do crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006. O sentenciado interpôs recurso de apelação requerendo a redução da pena para o mínimo legal, bem como a redução da pena de multa. Outrossim, alegou que a pena privativa de liberdade deveria ser convertida em restritiva de direitos.

O relator entendeu que

¹⁷⁷ SILVA, Marco Aurélio Souza da. **O controle social punitivo antidrogas sob a perspectiva da criminologia crítica**, p. 203.

“O artigo 42 da Lei de Drogas autoriza a majoração da pena em virtude da quantidade de drogas encontradas com o praticante do delito:

“Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Foi o que ocorreu no caso em tela, o apelante estava transportando 3.000 (três) frascos da droga conhecida como lança perfume, quantidade que autoriza a fixação da pena base acima do mínimo legal.

Quanto a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, melhor sorte não assiste ao apelante.

O regime inicial fixado foi o fechado em virtude da quantidade de drogas encontradas com apelante. Com acerto agiu o MM. Magistrado singular.

No caso em apreço, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, mesmo sendo a pena aplicada inferior a 4 (quatro) anos, o que permitiria, em tese, o regime aberto, torna-se mais adequado, na espécie, regime mais rigoroso (fechado), levando em consideração a mecânica delitiva, e a quantidade de droga apreendida em poder do apelante: 3.000 (três) mil frascos. Importante ressaltar que o próprio apelante afirma que fazia carreto na ponte, o que facilitaria a entrada, ou saída de entorpecentes no país.

[...] Assim, impossível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, porém possível a fixação do regime inicial em semiaberto. Não se faz possível a fixação no regime aberto em virtude da quantidade da droga.” (Grifo meu)

Ainda que oportuna aplicação de instrumentos legais que visem a descarcerização, os magistrados concordaram em ser o mais adequado para a sociedade, em virtude da periculosidade expressa na quantidade de droga apreendida, a não substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, além do regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

4.3 CONHECIMENTO CRIMINOLÓGICO CRÍTICO

A abordagem relacionada ao estudo do crime de tráfico de drogas no presente capítulo refere-se à ação jurisdicional no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Como meio para conclusão das valorações tecidas até o presente momento, necessário definir brevemente o estudo do crime mencionado na abertura do Capítulo 3, o discurso da Criminologia Crítica.

Juarez Cirino dos Santos afirma que

*“ao contrário [da Criminologia tradicional], a Criminologia Crítica é construída pela mudança do objeto de estudo e do método de estudo do objeto: o objeto é deslocado da criminalidade, como dado ontológico, para a criminalização, como realidade construída, mostrando o crime como qualidade atribuída a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, que constitui a criminalidade por processos seletivos fundada em estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais, desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, moradia em favelas etc; o estudo do objeto não emprega o método etiológico das determinações causais de objetos naturais empregado pela Criminologia tradicional, mas um duplo método adaptado à natureza de objetos sociais: o método interacionista de construção social do crime e da criminalidade, responsável pela mudança de foco do indivíduo para o sistema de justiça criminal, e o método dialético que ¹⁷⁸insere a construção social do crime e da criminalidade no contexto da contradição capital/trabalho assalariado, que define as instituições básicas das sociedades capitalistas”.*¹⁷⁹

No campo da Criminologia Crítica, os sujeitos que aplicam o sistema de controle penal são direcionados à efetivação dos interesses dos grupos detentores do poder. Dessa forma, a “caixa de ferramentas” crítica será utilizada para analisar o sistema de justiça criminal, mais precisamente da atuação dos magistrados como ápice do controle social punitivo propagado por determinada ideologia.

4.4 A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL E A AÇÃO JURISDICIONAL

¹⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal**. p. 1.

A conceituação da palavra “ideologia” vai além da sua composição (junção linguística) em que prefixo grego ‘eidos’ (ideia) e o sufixo ‘logos’ (conhecimento) corresponderiam grosseiramente à definição “estudo da ideia”. Em verdade, a sua frequente utilização é atribuída a multiplicidade de significados a que incorre. Dentre essa diversidade de construções conceituais, podem ser citados, segundo Wolkmer¹⁸⁰, dois tipos gerais de significado:

a) significado positivo, como sistema de ideias que determinam, como guia de ações e comportamentos, as atitudes mais ou menos integradas de um grupo social, “como critérios idôneos para justificar o exercício do poder, explicar e julgar os acontecimentos históricos, explicar as conexões entre atividades políticas e outras formas de atividade”¹⁸¹; e,

b) significado negativo, como falsa consciência das relações de domínio entre classes, estabelecendo uma ilusão frente ao conhecimento verdadeiro, no intuito de fazer os membros da sociedade esquecerem as diferenças de classes e obterem “o sentimento de identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação, ou o Estado”.¹⁸²

Nesses dois sentidos, expressa-se a chamada Ideologia da Defesa Social, construída após a revolução burguesa e solidificada no pensamento de proteção da sociedade e de seus bens jurídicos por meio da relação criminalidade e pena. Segundo Baratta, essa ideologia preponderou internamente o setor penal e o seu conteúdo integrou não só a Ciência Penal, a Criminologia e os operadores do sistema penal, mas também as “opiniões comuns [...] do homem de rua (ou seja, das every day theories)”.¹⁸³ O criminólogo italiano distingue alguns princípios que a constituem:

¹⁸⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**, p. 101.

¹⁸¹ BAGOLINI, Luigi. **O trabalho na democracia**. *Apud* WOLKMER, Antonio Carlos. *Idem*, p. 101.

¹⁸² CHAÚÍ, Marilena. **O que é ideologia**. *Apud* WOLKMER, Antonio Carlos, *Idem*, p. 103.

¹⁸³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, p. 42.

a) Princípio da legitimidade, no qual somente o Estado tem legitimidade para coibir a criminalidade, reprovando e condenando comportamentos individuais que sejam desviantes, por meio de suas instâncias oficiais de controle social;

b) Princípio do bem e do mal, em que se contrapõe a sociedade, como o bem, e o desviante criminal, como o mal;

c) Princípio de culpabilidade, o crime consiste em conduta reprovável interior ao indivíduo;

d) Princípio da finalidade ou da prevenção, a pena tem a função de retribuir e de prevenir o crime;

e) Princípio de igualdade, a norma penal é para todos os indivíduos de uma sociedade e a reação penal se aplica a todos os desviantes de forma igual;

f) Princípio do interesse social e do delito natural, o direito penal protege interesses comuns a todos os cidadãos, essenciais a existência da sociedade.

A ideologia da defesa social contribuiu no estabelecimento de uma “identidade ideológica” para todo o sistema criminal atuante nos dias de hoje, justificando e configurando um discurso jurídico-penal eficiente para as relações de poder dominante. São os princípios supramencionados que se estabelecem sobre as decisões judiciais na forma de ideologia positiva (programa de ação) e de ideologia negativa (falsa consciência das funções reais dos institutos penais).

Em outras palavras, a administração da justiça penal por meio das respostas dos magistrados à criminalidade e a imagem que almejam repassar, aquela mesma que os meritíssimos veem em seus “espelhos” e ficam admirados, perpassa nas legitimações do sistema político-criminal e a sua própria. É a imagem dominante que apela para a mais completa vinculação à lei.¹⁸⁴ Dessa forma, as decisões judiciais são pré-programadas, ou no sentido de Niklas Luhmann¹⁸⁵, obedecem ao “programa

¹⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminogena**, p. 504.

¹⁸⁵ Figueiredo Dias e Costa Andrade trazem o conceito de Niklas Luhmann de “programas condicionais” e “programas finais”. Os programas finais se determinam na persecução dos objetivos almejados, fatos futuros, encontrando os meios eficazes para os atingir, enquanto os programas condicionais, reportam-se ao passado e “as premissas têm a forma de causas, de informações que,

condicional”: “[...] no que toca à definição dos factos o tribunal se move nos limites da verdade material, já no que respeita à valoração jurídica ele se limita a extrair, pela via da subsunção, as consequências já contidas nas prescrições abstractas das leis incriminatórias e sancionatórias.”¹⁸⁶ Em sentido correspondente, Rüdiger Lautmann afirma que a sentença judicial não corresponde a uma decisão simplesmente condicional, mas também a uma decisão meio-fim, dirigida por motivações extrajurídicas.¹⁸⁷

A programação proposta pela Ideologia da Defesa Social transpõe-se nas sentenças judiciais¹⁸⁸ sob dois códigos: o ideológico e o tecnológico. Alessandro Nepomoceno define que o código ideológico corresponde ao conjunto de estereótipos e do senso comum (every days Theories) que estabelecem um código social e que orientará, mais ou menos conscientemente, as ações do seu intérprete. O julgador parte da programação ideológica “para o caso concreto, manipulando, conscientemente ou não, o material normativo e dogmático para concretizar o que em sua mente é justo para a sociedade, ou para sua família, ou então para si mesmo.”¹⁸⁹

O processo penal contemporâneo propugna pelo princípio da livre convicção do magistrado e, dessa forma, permite que essa programação ideológica faça-se concreta para além da fundamentação formal da sentença. Em outros dizeres, permite-se que os “papéis estranhos ao processo”, decorrentes do “conhecimento” do magistrado, não sejam levados à discussão e tornem eficazes as técnicas de seleção da criminalidade.

Nesse interim, tem-se que a Criminologia da Reação Social expôs o “second-code” ou código ideológico¹⁹⁰ como mecanismo psíquico, não escrito, que

sempre que existem, estão em condições de desencadear determinadas decisões.” DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, Idem, p. 504-505

¹⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Idem, Ibidem.

¹⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Idem, p. 505.

¹⁸⁸ Ressalva-se que a mencionada ideologia não se limita somente às decisões do magistrado, atingindo também as decisões de legisladores, policiais e promotores de justiça. Poderia definir que o seu ápice é quando atinge o Judiciário, manejador do devido processo legal.

¹⁸⁹ NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da Lei: a face obscura da sentença penal**, p. 48.

¹⁹⁰ Há plena consciência de que ambos os conceitos, “second-code” e “código tecnológico”, não são idênticos. No entanto, para a presente monografia serão tomados, em razão de simplificação, como similares.

determina o julgador na interpretação das regras jurídicas à margem dessa. Como se pôs em evidência, “não é possível preencher o ‘programa’ do legislador sem o contributo dos correntes ‘programas’ do julgador, dos seus *second codes* que prestam homenagem a estereótipos, ideologias e ‘teorias’.”¹⁹¹ Quase na totalidade dos casos, são esses elementos, “a que os juízes não estão imunes, que decidem da verdade processual [...]: eles operam claramente em benefício das pessoas que exibem os estigmas da respeitabilidade dominante e em desfavor dos que exibem os estigmas da associalidade e do crime.”¹⁹²

Na fundamentação formal das decisões judiciais, faz-se presente o código tecnológico na forma de utilização do conjunto ideias oriundas da legislação e dogmática jurídica penal e processual penal. Seria a análise da subsunção do fato à norma por meio da metalinguagem da dogmática, “assim fazendo, a decisão prévia de cunho pessoal vai ser vestida com roupagem técnica, que garantirá a legitimidade científica da absolvição ou da condenação”.¹⁹³ A sentença ou acórdão é tão somente, em muitas das vezes, uma manipulação do código tecnológico no fornecimento de uma ilusão de defesa contra a arbitrariedade do magistrado e validação jurídica da Ideologia da Defesa Social.

Parafraseando Nepomoceno, a posição apresentada até aqui é clara no sentido de que a decisão judicial, como integrante da criminalização secundária¹⁹⁴, só visa legitimar o sistema penal quanto às suas funções declaradas ou manifestas.¹⁹⁵ Essas funções nunca serão cumpridas, pois a lógica do “sistema é a

¹⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminogena**, p. 509.

¹⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Idem*, p. 541.

¹⁹³ NEPOMOCENO, Alessandro. *Idem*, p. 47

¹⁹⁴ O processo de controle social, com sua característica de seletividade, parte da definição, efetuada pelos legisladores, de quais os bens serão tutelados, estabelecendo legalmente os crimes e as sanções, sob a forma da criminalização primária. Posteriormente, tem-se a criminalização secundária como programa do Sistema de Justiça Criminal, que por meio da atuação policial de selecionar os indivíduos que serão submetidos ao procedimento do inquérito policial, ou melhor, instrução preliminar, e do magistrado, na análise das condutas e proferimento das decisões, garantem e reproduzem a realidade presente em uma sociedade desigual.

¹⁹⁵ Leonardo Sica escreveu que os objetivos declarados da guerra às drogas são claros e diretos, simplistas em face da complexidade do fenômeno: “I – diminuir e eliminar a difusão das substâncias entorpecentes no mundo por meio de medidas que ataquem oferta e demanda; II – no campo normativo, proclama-se a necessidade de tutela da saúde pública; III – quanto à atuação do aparelho repressivo a finalidade declarada é aquela que os penalistas classificam como prevenção geral,

seletividade que atinge setores vulneráveis da camada social. Quando o processo já está nas mãos do julgador, o mesmo é oriundo de um processo de seleção anterior das outras agências, representando apenas ínfima parte do que de fato acontece na sociedade.”¹⁹⁶

A exposição do perfil de seleção da criminalização levada pelas decisões judiciais vem a denunciar a existência de funções latentes, razões obscuras para manutenção do sistema programado pela Ideologia da Defesa Social. Nas palavras de Figueiredo Dias e Costa Andrade,

“a revelação desta seleção e dos seus mecanismos vem confrontar as sociedades com o desfasamento entre a imagem real da justiça criminal e a sua imagem virtual, expressa nas tarefas que lhe são formalmente cometidas. Em síntese: realizar a justiça; incentivar a aceitação, respeito e eficácia das normas penais; viabilizar a ressocialização dos delinquentes; e, em último termo, e como já ficou antecipado, contribuir para a legitimação do sistema geral.”¹⁹⁷

Leonardo Sica apresentou cinco motivos para sustentação desse sistema visivelmente ineficiente e oneroso: (a) a oportunidade de aumentar indistintamente o controle penal; (b) encobrir a fraqueza da sociedade em lidar com o problema da droga, utilizando-se do reducionismo da figura artificial do traficante; (c) desviar o enfoque da sociedade sobre ações que sejam socialmente mais perigosas; (d) facilitar a resposta da ação estatal oferecendo uma política institucional uniforme e de impacto coletivo por meio da guerra às drogas; (e) lucratividade financeira ligada à clandestinidade das drogas.¹⁹⁸

Em conclusão, o poder jurisdicional dos magistrados, como atuação técnica na “vontade” da lei, concretiza as funções latentes do sistema penal, imbuindo de legitimidade as funções manifestas e seguindo o discurso propagado pela Ideologia da Defesa Social.

entendida nas vertentes de dissuasão e intimidação da coletividade ante à ameaça do rigor da lei penal.” SICA, Leonardo. **Funções manifestas e latentes da política de war on drugs**, p. 9.

¹⁹⁶ NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da Lei: a face obscura da sentença penal**, p. 49.

¹⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminogena**, p. 513.

¹⁹⁸ SICA, Leonardo. **Funções manifestas e latentes da política de war on drugs**, p. 14.

5 CONCLUSÃO

A questão introdutória sobre a que estaria condicionado o aumento dos índices de encarceramento dos indivíduos presos por tráfico de drogas poderia ser respondida por meio de pensamentos reducionistas. Contrária a essa linha, a presente monografia está longe de se apresentar capaz a ofertar um resultado integral ao objeto suscitado. Contudo, um ponto é certo: houve, em grande parte, um aperfeiçoamento no punitivismo estatal através do Sistema de Justiça Criminal.

O esboço referente às diversas legislações apresentadas no segundo capítulo deste projeto mostra que a criminalização do elemento “droga” se irradiou transnacionalmente. Em solo brasileiro, até o início do século passado, não havia tratamento legislativo na mesma proporção do que é dispensado atualmente. Por meio dos modelos sanitário e bélico, o Estado brasileiro administrou formas de controle criminal direcionado ao combate às drogas.

Ao final do século XX, contraditoriamente ao paradigma constitucional-democrático que se projetava, reproduziram-se, em grande parte, formas legislativas que deram continuidade ao tratamento punitivo e repressivo aos cidadãos. Nesse ínterim, foi imprescindível demonstrar a interpretação realizada pela dogmática-penal a respeito da atual Lei de Drogas, lei nº 11.343/06, tecendo críticas necessárias à amenização da repressividade das condutas de uso, posse e comercialização de drogas ilícitas.

Outrossim, o Poder do Estado incumbido da função jurisdicional, mesmo diante da inexistência de legitimidades históricas e legislativas que sejam indubitáveis, dirige-se no sentido de repetição da programação que se submete à Ideologia da Defesa Social. Ele “pode pôr em causa alguns dos mitos mais solidamente ancorados nas representações estereotipadas da justiça criminal.”¹⁹⁹ Dessa forma, a construção artificial da figura do traficante de drogas sujeita-se aos códigos ideológico e tecnológico, selecionando indivíduos específicos através da

¹⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminogena**, p. 512.

criminalização e os encarcerando, cumprindo-se específicas funções do discurso penal.

Essa artificialidade está no que Figueiredo Dias e Costa Andrade, também na esteira de Hassemer, Dolcini, Lüderssen, afirmaram

“No domínio específico do direito penal tem-se acentuado, nesta linha, que os tipos legais de crime não correspondem a (não são cópias de) manifestações da realidade. Pelo contrário, eles são construções do legislador, mediatizadas por uma linguagem que é (como todas as linguagens) mediadora de experiências e, nessa medida, potenciadora de relativismo e de força centrífuga em matéria de hermenêutica. [...] também na aplicação das normas incriminatórias se abrem insuperáveis espaços à intervenção dos fatores extrajurídicos.”²⁰⁰

Sintetismo esse presente nas decisões judiciais e que permite determinar que “o cotidiano forense experimentado no Brasil revele, via de regra, postura judicial condescendente com o punitivismo”. Se os juízes de direito perceberem “sua atividade como fundamental para o combate ao crime, seu papel de garante imparcial dos direitos será substituído pela figura de agente de segurança pública [...] estabelecendo perigoso protagonismo na arquitetura processual.”²⁰¹

Em contrapartida, é a trama formada pelos magistrados [e não somente por eles] que pode fornecer as condições necessárias para resistência contra esse cenário político-predador. Se a figura do

“Poder Judiciário pretende ser efetivamente legítimo, não pode ser passivo e transferir suas responsabilidades, como ocorre em inúmeros casos no Brasil em relação à postura dos juízes frente ao caos penitenciário. Pelo contrário, deve enfrentar estes problemas e, por mais difícil que seja romper o ciclo de violência institucional no interior do sistema penal, projetar postura de radicalização no enfrentamento às violações dos direitos humanos das pessoas.”²⁰²

²⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminogena**, p. 511-512.

²⁰¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Apud CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)**, p. 233.

²⁰² CARVALHO, Salo de. *Idem*, p. 237.

Concluindo, a terna magistratura, apesar de não poder propor formalmente reformas ao punitivismo, pode exercer influência e condicioná-lo sob a perspectiva constitucional de efetivação dos direitos e garantias dos indivíduos.²⁰³

²⁰³ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Justiça Penal: uma reforma em avaliação**, p. 528.

6 BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico?** In: **Revista Seqüência**, nº 59, dez., 2009. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/14151/13594>> Acesso em 02/08/2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: **Revista Brasileira De Ciências Criminais (20)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BENJAMIN, Walter. **Teses sobre o conceito da história**. 1940. Tese nº 9. Disponível em: <<https://www.http://mariosantiago.net/Textos%20em%20PDF/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria.pdf>> Acesso em 01/06/2014.

_____. **Teses sobre o conceito da história**. 1940. Tese nº 9. Disponível em: <<https://www.http://mariosantiago.net/Textos%20em%20PDF/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria.pdf>> Acesso em 01/06/2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatórios Estatísticos - Analíticos do Sistema Prisional Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/departamento-penitenciario-nacional/sistema-prisional/relatorios-estatisticos-analiticos-do-sistema-prisional>> Acesso em: 09/11/2013.

BRASIL Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal dos Estados Unidos do Brazil**. Diário Oficial da União, 25 out. 1890. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>> Acessado em 04/05/2014.

_____. **Decreto nº 2.861, de 8 de Julho de 1914**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2861-8-julho-1914-575437-publicacaooriginal-98630-pl.html>> Acesso em: 06/05/2014.

_____. **Decreto 11.481, de 10 de fevereiro de 1915**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-republicacao-98061-pe.html>. Acesso em: 06/05/2014.

_____. **Decreto n. 20.930, de 11 de janeiro de 1932**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=17073&norma=32155>> Acesso em: 06/05/2014.

_____. **Decreto nº 780, de 28 de Abril de 1936**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1936-04-28;780>> Acesso em: 06/05/2014.

_____. **Decreto nº 891, de 25 de novembro de 1938**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm> Acesso em: 06/05/2014.

_____. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 07/06/2014.

_____. **Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm> Acesso em: 07/06/2014.

_____. **Lei nº 5.726, de 29 de Outubro de 1971**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5726.htm> Acesso em: 07/06/2014.

_____. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10/09/2014.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acesso em: 10/09/2014.

_____. **Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm> Acesso em: 10/09/2014.

_____. **Lei nº 11.343, de Agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em 02/08/2014.

_____. **Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em: 05/09/2014.

_____. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm> Acesso em: 30/06/2014.

_____. **Mensagem Nº 25, de 11 De Janeiro De 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm> Acesso em: 10/09/2014.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 10/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RO-HC 7205 - RJ - 5ª T. - Rel. Min. José Dantas - DJU 18.05.1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=7205&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=6>> Acesso em: 08/09/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 164861 SP 1998/0012171-4, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 03/12/1998, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17/02/1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=164861&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Acesso em: 08/09/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 154840 - PR - 6ª T. - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - DJU 06.04.1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=154840&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Acesso em: 08/09/2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça - REsp: 115660 GO 1996/0076882-0, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 05/08/1997, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.09.1997 p. 40898 LEXSTJ vol. 101 p. 368 REVJUR vol. 241 p. 106 RT vol. 747 p. 637.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* nº 66.869-1/PR, Relator: Ministro Aldir Passarinho, Data de Julgamento 28/04/1989. 2ª Turma. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/722059/recurso-em-habeas-corpus-rhc-66869-pr>> Acesso em: 08/09/2014

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea)**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo**. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 64, July 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000100010&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 24/05/2014.

CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre Lima; GARCIA, Rogério Maia; LOUREIRO, Antônio Carlos Tovo. **Os Critérios de Definição da Tipicidade Material e as Infrações de Menor Potencial Ofensivo: crítica jurisprudencial e comentários à luz da Lei 11.313/06**. In: **Revista jurídica** (Porto Alegre. 1953), Sapucaia do Sul, v. 346, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminogena**. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

DIETER, V.. **A política penal de drogas proibidas nos EUA e Brasil: uma breve introdução histórica**. In: **Revista Direito e Práxis**, 2, set. 2011. Disponível em:

<<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1535>>. Acesso em: 20/06/2014.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia & racismo: introdução à criminologia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2002.

DUARTE, Jorge; BARROS, Antonio. **Métodos e técnicas de Pesquisa de Comunicação**. São Paulo: Atlas, 2009.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. Madrid, Espasa, 2005.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. **Sentencia Id Cendoj: 28079120012006100690**. Ponente: Andres Martinez Arrieta. Disponível em: <http://www.belt.es/jurisprudencia/anterior/seg_pub_y_prot_civil/seg_pub/pdf/300606_stTS_salud_publpub.pdf> Acesso em: 06/08/2014.

FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. **A 'Justiça Terapêutica' e o conteúdo ideológico da criminalização do uso de drogas no Brasil**. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 43; n. 0, p. 1-21, jan./dez., 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072-90**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Tráfico de drogas e o conceito de controle social: reflexões entre a solidariedade e a violência**. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 18, n. 83, mar./abr., 2010.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? en Estudios de Derecho Penal**. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_84.pdf> Acesso em 02/08/2014.

GOMES, Luiz Flávio [et al.]. **Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: lei n. 11.343/2006**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

HENMAN, Anthony; PESOA JR., Osvaldo (org.). **Diamba Saramba**. *Apud*. BARROS, André & PERES, Marta. **Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas**. PERIFERIA, V. III, Nº 2, 2011

HESPANHA, António Manuel. **A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes**. *In*: FRAGOSO, João, BICALHO, Maria Fernanda, GOUVÊA, Maria de Fátima (orgs.). **O Antigo Regime nos Trópicos: A dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

_____. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>> Acesso em: 05/05/2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Coimbra; Arménio Amado, 1979.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, Capítulo IX, Seção 4.1. (Ebook)

MOTT, Luiz. **A maconha na história do Brasil**. *In*: HENMAN, Anthony; PESOA JR., Osvaldo (org.). **Diamba Saramba**. *Apud*: MUNDIM, P. S.. **Das Rodas de Fumo à Esfera Pública: o Discurso de Legalização da Maconha nas Músicas do Planet Hemp**. 1. ed. São Paulo: Annablume, 2006.

MUNOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARAN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da Lei: a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 48. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79938>> Acesso em: 08/09/2014.

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

OTTE, Georg. **Escovando a história a contrapelo: a desaceleração da modernidade em Walter Benjamin**. In: **Cadernos Benjaminianos**, n. 3, Belo Horizonte, jan.-jun., 2011.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 1261859-0, da 4ª Câmara Criminal - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Rel.: Luciane R.C.Ludovico Unânime J. 25.09.2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11759097/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1261859-0>> Acesso em: 20/10/2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1223438-7, da 3ª Câmara Criminal - Foro da Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - - J. 28.08.2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11737180/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1223438-7>> Acesso em: 20/10/2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1213826-4, da 3ª Câmara Criminal - Foz do Iguaçu - Rel.: Sônia Regina de Castro - Unânime - J. 25.09.2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11757369/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1213826-4>> Acesso em: 20/10/2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 1235793-4, da 5ª Câmara Criminal - Cornélio Procópio - Rel.: Maria Mercis Gomes Aniceto - Unânime - - J. 02.10.2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11763028/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1235793-4>> Acesso em: 20/10/2014.

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 1264191-5, da 3ª Câmara Criminal - Foro Regional de Araucária da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Jefferson Alberto Johnsson - Unânime - - J. 18.09.2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11753078/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1264191-5>> Acesso em: 20/10/2014.

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 1231245-7, da 3ª Câmara Criminal - Foz do Iguaçu - Rel.: João Domingos Kuster Puppi - Unânime - - J. 21.08.2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11733317/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1231245-7>> Acesso em: 20/10/2014.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIERANGELI, Jose Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**, vol. 5; Edição de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro de 1870. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1240.htm>> Acessado em 04/05/2014.

PRADO, Luiz Regis. **Porte e Tráfico de Drogas: Lei 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006**. Slide, p. 31. Disponível em: <<http://www.consultoriaregisprado.com/materialdidatico.html>> Acesso em: 02/02/2014.

RODRIGUES, T. M. S.. **Política e drogas nas Américas**. São Paulo: Educ/FAPESP, v.01, 2004.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Por que o moderno envelhece? In: Folha de S. Paulo**, São Paulo, 12 jul. 1992.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Justiça Penal: uma reforma em avaliação**. Coimbra; Centro de Estudos Sociais, 2009. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Final_Monitorizacao_Julho_2009.pdf> Acesso em: 01/10/2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Os Discursos Sobre Crime e Criminalidade**, p. 1. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf> Acesso em: 03/06/2014.

_____, **Direito penal: parte geral**. 4. ed., rev. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2010.

_____. **A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal**. p. 1 Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos.htm>> Acesso em: 01/10/2014.

SANTOS, Lycurgo de Castro. **Tóxicos: algumas considerações penais**. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 2, n. 5, jan./mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

SEIXAS SANTOS, J. W. **A Nova Lei Antitóxicos Comentada**. São Paulo: Prólivro, 1977.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005). São Paulo: Malheiros, 2005.

SICA, Leonardo. **Funções manifestas e latentes da política de war on drugs**. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. **O controle social punitivo antidrogas sob a perspectiva da criminologia crítica: a construção do traficante nas decisões judiciais em Santa Catarina**. 2012. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2012.

SILVA, Marilene Rosa Nogueira da. **Negro na rua: a nova face da escravidão**. São Paulo; Brasília: Hucitec: CNPq, 1988.

THUMS, Gilberto e PACHECO FILHO, Vilmar Velho. **Leis Antitóxicos - Crimes, Investigação e Processo - Análise Comparativa das Leis 6.368/1976 e 10.409/2002**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

TROMBETTA, Gerson Luís. **As “frestas” do tempo: sobre a concepção de história em Walter Benjamin**. In: Revista História: Debates e Tendências; v. 10, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rhdt/article/view/2473>> Acesso em: 12/05/2014.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **The 1912 Hague International Opium Convention**. Disponível em: <<https://archive.org/details/waragainstopiumc00inteuoft>> Acesso em: 20/06/2014.

VULLIAMY, Ed. **Nixon's 'war on drugs' began 40 years ago, and the battle is still raging**. In: **The Guardian**. Guardian News and Media, 23 July 2011. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/society/2011/jul/24/war-on-drugs-40-years>> Acesso em: 10/09/2014.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, V. IV, No. 5, December 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>> Acesso em: 08/07/2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Ideologia, Estado e Direito**. 4.ed. , rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Política Criminal Latinoamericana**. In: MAYORA, Marcelo. Direito Penal das drogas e Constituição: em busca de caminhos antiproibicionistas. In: FAYET Jr., Ney & MAIA, André Machado (coords.). **Ciências Penais e Sociedade Complexa II**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.