

ALUNA: EMILY SILVA DE MOURA

TEMA: RICOS E POBRES: o risco do pré-julgamento na aplicação da Lei 11.343/06.

PARECER FINAL DE TCC

O trabalho de conclusão de curso foi devidamente corrigido, constatando-se que atende satisfatoriamente aos requisitos formais. No que pertine ao conteúdo, trata-se de temática relevante, relacionada à compreensão acerca da insegurança jurídica promovida pelo judiciário ao interpretar e aplicar a lei de drogas de forma diversa entre pobres e ricos. O texto revela-se em condições de ser submetido à defesa perante banca, considerando o exíguo tempo de que se dispõe para a realização de um trabalho dessa natureza.

A aluna mostrou-se interessada, havendo comparecido com regularidade às orientações.

Caruaru, 12 de fevereiro de 2020.



Profª Kézia Lyra

Orientadora

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

EMILY SILVA DE MOURA

RICOS E POBRES: o risco do pré-julgamento na aplicação da Lei
11.343/06.

CARUARU

2020

EMILY SILVA DE MOURA

**RICOS E POBRES: o risco do pré-julgamento na aplicação da Lei
11.343/06.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES-UNITA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Kézia Milka Lyra de Oliveira.

CARUARU

2020

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/_____

Presidente Prof^a. Esp. Kézia Milka Lyra de Oliveira

Primeiro Avaliador: Prof. ...

Segundo Avaliador: Prof. ...

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao bom Deus, por ter nos concedido indistintamente a Sua maravilhosa graça. Grata também por Ele me acompanhar, por estar sempre a cuidar de mim, não permitindo que nada me falte.

Agradeço especialmente aos meus pais, sr. Everaldo Moura e sra. Nelcilene Moura, pelo amor, pelo carinho, pela paciência e pelo cuidado a mim atribuídos. Ademais, à minha querida família, irmãs, primas, tios, cunhado e avó, por estarem sempre comigo.

Agradeço, inclusive, às minhas amigas, Vitória e Thayná, por participarem desta trajetória, tornando-a mais leve ao agraciá-la com suas orações, parceria, cuidado e zelo. Grata também a todos os demais verdadeiros amigos, que contribuíram significativamente com este objetivo.

Quero também agradecer à minha orientadora prof.^a. Kézia Lyra, por toda atenção e por todo empenho despendidos durante a transmissão do conhecimento, ademais, por estar sempre a visar o bom desenlace.

RESUMO

A Lei 11.343 de 2006 estabelece punições para os crimes de tráfico e de consumo de drogas. Apesar de serem situações fáticas materialmente distintas e de apresentarem diferentes punições, foram estabelecidos tipos penais coincidentes, ao serem apresentadas ações múltiplas semelhantes. Aparentemente parece não haver qualquer risco neste diapasão. Entretanto, observe-se que tal circunstancia permite que autoridades judiciais não estejam adstritas à subsunção típica objetiva, podendo aplicar o seu próprio entendimento acerca de qual tipo penal realmente se adequa ao fato ilícito, antijurídico e culpável. Saliente-se que, desta forma, neste mesmo procedimento, existe a possibilidade ainda da incidência de pré-julgamentos reafirmados socialmente, tendo em vista que a mesma Lei prevê uma distinção para os tipos penais, entretanto, isso fez de forma aberta, desvirtuando a objetividade, ao indicar que fossem analisados dentre outros o local da ocorrência delituosa, as circunstancias sociais, as condições sociais e pessoais do agente e, ainda, os antecedentes deste. Ora, diante disso, percebe-se que, caso a intenção do agente não seja primordialmente identificada, o método previsto realmente apresenta lacunas e permite a influência dos tendenciosos achismos e preconceitos, que ditam principalmente dogmas quanto a ricos e a pobres, a partir do momento em que se entende que ricos apenas se envolvem com drogas visando o lazer, a diversão, e, portanto, tal ação se mostra tipificada em consumo de drogas, crime punido com medidas socioeducativas. Já pobres, pelo baixo poderio econômico, envolvem-se com drogas objetivando a comercialização e o lucro, tal fato, pois, se mostra tipificado em tráfico de drogas, delito punido com pena de reclusão. Ademais, ressalte-se que tais evidencias expostas concedem margem para possíveis injustiças ou apresentam materialmente casos de injustiça, o que confronta preponderantemente os ideais estabelecidos constitucionalmente e que, desta forma, devem ser observados, para que seja realizada a justiça. Por tudo isso se mostra a necessidade deste artigo para profunda discussão e análise.

Palavras-chave: Punição. Justiça. Drogas. Pobres. Ricos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. A FORMAÇÃO E A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO À LUZ DOS IDEAIS DE JUSTIÇA	7
3. A RESPONSABILIDADE PENAL NA LEI 11.343/06 QUANTO AO TRÁFICO E AO USO DE DROGAS RELACIONADA AOS IDEAIS DE JUSTIÇA PROCLAMADOS PELO ESTADO BRASILEIRO.....	12
4. ANÁLISE DE COMO SE DÁ A RESPOSTA PUNITIVA DA JUSTIÇA NO ÂMBITO DA LEI 11.343/06.....	18
5. O VIÉS PARA INJUSTIÇA: a aplicação da Lei 11.343/06 quanto aos crimes de tráfico e consumo de drogas	26
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
REFERÊNCIAS.....	31

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca compreender como se dá o processo de responsabilização criminal quanto aos crimes de tráfico e consumo de drogas, ambos previstos na Lei 11.343 de 2006, analisando concomitantemente os critérios estabelecidos para a distinção dos parâmetros de tipificação deles, quais sejam, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Nesse diapasão, discute-se a possibilidade de incidência de subjetividades, arbitrariedades e ativismos por parte dos integrantes do sistema punitivo ao analisar esses critérios. Tendo em vista que eles não estão vinculados à objetividade do tipo penal, mas à discricionariedade, à própria interpretação. Também será estudado o risco que há de autoridades basearem-se em preconceitos, discriminações ou favoritismos relacionados a determinadas classes sociais.

Inclusive, pretende-se também analisar a possibilidade de que, com esses requisitos, sejam colocados sob julgamento a pessoa do acusado, a sua vida pregressa, o local onde reside e a riqueza que ostenta, e não o fato por ele praticado. Tudo associado ao pré-julgamento dos dogmas sociais impostos.

Partindo desse pressuposto, ainda se analisa, através do relato de casos, a possível diferenciação de punições atribuídas ao rico e ao pobre, haja vista que, quanto àquele, tem-se a ideia de que o seu envolvimento com entorpecentes se restringe ao uso, propagando-se a ideia de que apenas visam o lazer e a diversão. Já quanto aos últimos, associam-no ao tráfico, sob o argumento de que a comercialização de entorpecentes lhes confere poderio econômico e, a isso, indubitavelmente estariam atrelados. Nesse ínterim, discute-se o determinismo, o etiquetamento social e a contribuição determinante ou não da índole frente ao meio social em que o indivíduo está inserido.

Todas essas abordagens foram, ao longo do artigo, continuamente confrontadas com as ideologias do Estado Democrático de Direito Brasileiro – o que é socialmente considerado como justo, com o intuito de aferir se tais dispositivos legais e os seus efeitos observam os princípios, direitos e garantias constitucionais, debatendo principalmente o contexto da igualdade perante a lei, da presunção de inocência e de outros institutos.

Realizada a crítica, que mantém relação com as disposições da Lei em comento, passada a discussão do risco do pré-julgamento, estabelecida a relação ou não dos parâmetros de justiça, alcançado o pretendido desenlace, são examinados os efeitos dessas circunstâncias para o indivíduo, para o ordenamento jurídico e para as políticas públicas criminais.

O estudo será estruturado em quatro tópicos. No primeiro deles, discute-se o que é justiça, quais os parâmetros considerados justos pela sociedade e pelo ordenamento jurídico e constitucional do Estado Brasileiro, de onde se baseia e emana a legislação infraconstitucional.

Já no segundo tópico, é exposta a responsabilização penal, proposta pela Lei 11.343/06, quanto ao tráfico e ao consumo de drogas, sempre analisando criticamente sob os ideais de justiça e demonstrando os possíveis desacertos.

No terceiro, são expostos casos, pareceres, decisões, julgamentos que ratificam a ideia trazida anteriormente, demonstrando a repercussão dessa responsabilização criminal. Por fim, no último tópico, são demonstrados os demais efeitos deste embate, considerando possíveis resoluções.

Partindo de uma metodologia exploratória, para fundamentar todo o raciocínio do presente artigo, serão utilizados a pesquisa bibliográfica e o relato de casos. Para fins de pesquisa, serão utilizados artigos científicos, a doutrina, os dados infográficos, os casos e as matérias localizadas no *world web*, bem como decisões de tribunais pátrios, além do texto da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional que disciplina preponderantemente a responsabilização criminal referente a drogas.

Por fim, é importante salientar que o tema é aparentemente atual e vem desencadeando debates doutrinários acerca da sua efetividade, os quais são de grande valia, haja vista que as repercussões que o debate poderá provocar, tanto individuais, quanto gerais, representam mudanças com reformas radicais.

2. A FORMAÇÃO E A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO À LUZ DOS IDEAIS DE JUSTIÇA.

Partindo das concepções contratualistas desenvolvidas por John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Thomas Hobbes¹, quanto à formação do Estado, tem-se que o Estado foi legitimado a partir do momento em que o ser humano enxerga a necessidade de instituir um terceiro responsável por proteger a vida de cada indivíduo, garantir a paz, tutelar os direitos naturais, gerir a harmonia social, evitar inconvenientes, estabelecer o bem estar social ou até mesmo reafirmar a liberdade ao encerrar o estado de natureza vivenciado.

Ressalte-se que todos os diferentes membros da sociedade firmaram juntamente este acordo com o intuito de obterem as vantagens garantidas a partir da ordem social, já que anteriormente havia o caos ou pelo menos a iminência da ocorrência deste com a insegurança jurídica. Observe-se que, nesta situação, o indivíduo somente assim o fez em nome de uma ordem justa, para que toda a política e a administração fossem proporcionais aos objetivos e valores compartilhados socialmente, que essencialmente tutelassem os direitos básicos de todos.

Ademais, caso o próprio homem não respeitasse tais ideologias, quebrando o pactuado, seria ele punido pelo mesmo Estado, ou até mesmo excluído da sociedade e da soberania estatal exercida, como defendido por Hobbes.

Nesse sentido, fica evidente que se associou à atividade jurisdicional estatal, ainda que de forma utópica, a ideia de fazer o que era usualmente considerado como justo. Portanto, mesmo que o direito tivesse o intuito de promover o controle social, este controle se associou ao que é justo, ao que promove o bem-estar social, estabelecendo o vínculo entre a justiça e o direito, que passaram a ter longa tradição, até como atualmente.

O Estado se incumbe em buscar a concretização da justiça, seja nas decisões proferidas, quando atua como Estado-juiz, seja na elaboração da legislação, como Estado-legislador, ou até mesmo na execução ou materialização de toda ideologia, quando como executor. Logo, é bem certo que o Estado legítimo para sociedade, ainda hoje, é aquele que em todas as suas facetas se associa à justiça. Em decorrência disso, muito se discutia e ainda se discute o que seria fazer justiça, qual o objetivo e essência dela, qual sua utilidade, como ela é aplicada, quais suas limitações e seu campo de abrangência.

¹ WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da política**. 14 Ed. São Paulo: Ática, 2011, p. 51-201. Vol 1.

Citados por Michael J. Sandel², Aristóteles entende que ser justo é dar às pessoas o que elas merecem, e, para determinar o que elas merecem, é necessário estabelecer quais virtudes são dignas de honra e recompensa. Já no entendimento de Immanuel Kant, ser justo é respeitar a liberdade de cada indivíduo, para que este escolha a própria concepção do que seja uma vida boa. Logicamente, partindo do entendimento de Immanuel Kant acerca do que seria propriamente justiça, sempre existiriam posicionamentos individuais contrapostos. Desta forma, em contraposição, Platão considera que sempre há um meio para captar o sentido de justiça e qual a natureza de uma vida boa.

Em decorrência disso, mesmo não parecendo ser possível dar uma definição material e fixa sobre justiça, já que há várias controvérsias doutrinárias sobre o assunto, tem-se que, de forma abstrata, justiça é a prevalência dos valores fundamentais, que vigoram majoritariamente em determinado tempo, espaço e sociedade, tidos como certos por estarem ligados ao bem estar social, ao respeito, à liberdade, à promoção da virtude e à materialização da igualdade, ou seja, premissas que devem prevalecer ou nortear, neste caso, o direito, a organização social e qualquer atuação estatal. Nas palavras de Dimitri Dimoulis³:

Isso significa que uma conduta, uma norma jurídica, uma decisão ou uma instituição são justas quando correspondem a um determinado tipo de organização social. Em uma palavra, é justo aquilo que corresponde aos valores de um sistema, (...) uma justiça conforme o sistema.

Desta forma, podemos identificar como justo aquilo que atualmente corresponde aos preceitos sociais valorados positivamente, aceitos majoritariamente e, por causa disso, na maioria das vezes, postos explicitamente no ordenamento jurídico vigente. Preceitos estes que expressam a identidade da nação, que carregam a cultura, os valores compartilhados por ela, além de definir o fundamento em que deve se basear a atuação estatal, e os princípios, que precisam nortear tal atividade.

A atual caracterização e constituição do Estado Brasileiro como Estado Democrático de Direito consagrou em sua Carta Magna vigente atualmente (1988) o dever de através dos seus representantes, ocupantes diretos do sistema de três

² SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 12 Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 17.

³ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 123.

Poderes, alcançar uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais; promover o bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou discriminações; e preservar a dignidade da pessoa humana.

Ainda, institui e garante, a fim de limitar a atuação do Estado e de proteger o indivíduo, os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à cidadania, ao trabalho, à informação, à presunção de inocência, dentre outros, que devem também ser respeitados, seguidos e concretizados pelo Estado, como norte e garantia fundamental.

Assim, verifica-se a consagração de um Estado com ideais liberais avançando para um Estado social de direito acompanhado de solidariedade ou fraternidade, já que além de garantir a liberdade, percorre a igualdade e a isonomia como guias preponderantes para o respeito à dignidade da pessoa humana, além de outros direitos, que se darão na manifestação estatal prestacionista, intervencionista e concretizadora da justiça.

Então, é perceptível que a atual ideologia da República Federativa do Brasil é voltada a garantir a justiça respeitando os direitos do cidadão, evitando arbitriedades, materializando a igualdade, quando afirma considerar como direito fundamental a ideia de que todos sejam iguais perante a lei, sem distinção de raça, cor, sexo, classe social, situação econômica, convicções políticas e religiosas, ou qualquer outra natureza.

Neste diapasão, após identificar os valores fundamentais de determinada nação, tem-se que é justo tudo aquilo que apresenta conformidade com o que foi posto como parâmetro a ser seguido. Assim, partindo desse pressuposto, compreende-se que para se encontrar o conceito material de justiça é necessário que seja feita uma aplicação dos valores à situação fática, analisar o caso concreto, apoiar-se na ideologia majoritária e decidir à luz dos princípios majoritariamente aceitos e defendidos o que seria justo a ser feito.

A título de exemplo, acolhe-se que no Estado Democrático de Direito Brasileiro, a prática do homicídio é conduta proibida, que enseja uma possível penalização, por ser conduta injusta, que não está de acordo com os parâmetros aceitos socialmente, já que a sociedade e o Estado devem respeitar o bem jurídico vida de cada um. Entretanto, constate-se que caso qualquer indivíduo pratique o

homicídio a fim de tutelar bem jurídico superior ou que esteja concomitantemente em igual nível do bem jurídico disposto, o mesmo Direito exclui a ilicitude da conduta, tornando-a, portanto, impunível, já que nesta ocasião existe justiça.

Considere ainda a ocorrência do aumento de preço da água potável, que foi ocasionado pelo aumento da demanda. Ora, situação acarretada pela dinâmica que segue o mercado e, portanto, considerada justa. Agora, saliente-se que o aumento da demanda decorre da destruição que causou o furacão em determinada área e, assim, os comerciantes elevaram o preço da água potável, visando o lucro. Partindo dessa perspectiva, já não parece ser uma atitude justa aumentar intensamente os preços de determinado produto indispensável à sobrevivência às custas das dificuldades e da miséria das pessoas.

Assim, resta evidente a necessidade de aplicação dos valores reafirmados socialmente como nobres na situação fática em análise. Não somente nesse, mas em todos os âmbitos de atuação estatal. Além disso, também é imperioso que esses valores estejam dispostos normativamente, seguindo os preceitos consagrados constitucionalmente como o norte ideal almejado.

Não pode o Estado Democrático de Direito deixar ser influenciado por dogmas sociais, pois estaria, assim, abrindo lacunas para arbitrariedades ou até mesmo para ilegalidades, por não resguardarem ou respeitarem a ideologia normativa consagrada. Ademais, caracterizando-se dessa forma, configurada estaria a tirania, como afirma Jonh Locke⁴, o governo deixa de cumprir o fim a que fora destinado, tornando-se ilegal e degenerando em tirania. O que define a tirania é o exercício do poder para além do direito, visando o interesse próprio e não o bem público ou comum. Portanto, o Estado deve resguardar todo ideal de justiça em qualquer perspectiva de atuação, seja na executiva, jurisdicional ou legislativa, deve-se primar pelo que lhe foi atribuído e pelo que foi consagrado.

Considere ainda, como exemplo sobre o que materialmente se considera justiça, a punição imposta pelo Estado àquele que consome ou comercializa entorpecentes considerados drogas ilícitas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal. Ora, tal atuação estatal é, atualmente, considerada justa, já que

⁴ WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da política**. 14 Ed. São Paulo: Ática, 2011, p. 87. Vol 1.

a Lei 11.343 de 2006 considerou o referido consumo de drogas ou tráfico de drogas como crimes e, portanto, são passíveis de punição.

Entretanto, considere ainda que o Estado na modalidade punitivista, para distinguir se o fato é caracterizado e tipificado como tráfico ilícito de drogas ou consumo de drogas atente 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. Ou seja, fazendo uma análise acerca do fato, mas também do próprio indivíduo em si, para eventual tipificação.

Será justa essa atuação estatal? Ser punido por meio de uma anterior tipificação que tem como base a pessoa do indivíduo é justo? Atuando dessa forma, o Estado punitivista observa e segue os valores constitucionalmente consagrados? Essa prática materializa e representa toda ideologia norteadora? Bem, passemos a analisar pormenorizadamente tais institutos e tais situações nos devidos âmbitos, quais sejam legal e judicial, e, ainda, observar as repercussões trazidas à baila como efeito, já que a pergunta vai muito além do que está explícito e merece destaque.

3. A RESPONSABILIDADE PENAL NA LEI 11.343/06 QUANTO AO TRÁFICO E AO USO DE DROGAS RELACIONADA AOS IDEAIS DE JUSTIÇA PROCLAMADOS PELO ESTADO BRASILEIRO.

A responsabilidade penal, de forma geral, é inicialmente o resultado do processo de subsunção do caso concreto à norma legal incriminadora em abstrato, que leva o agente a responder pela ação delituosa. Ou seja, para que um fato gere a possibilidade de aplicação de uma sanção ao imputável, preliminarmente, faz-se necessária a perfeita e primordial adequação objetiva do fato ao que preleciona o tipo legal penal previsto na legislação respectiva.

Esse método surgiu em 1906, a partir dos estudos de Ernest Von Beling, que, apesar de ter passado por complementações, perpassou o lapso temporal e ainda é elemento da teoria adotada atualmente para configuração do crime. Sobreveio dessa forma já que significativamente faculta segurança jurídica à sociedade ao limitar o exercício do poder de punir do Estado, ou seja, o *jus puniendii*, evitando seus abusos e arbitrariedades. Nas palavras de Beling, citado por Nucci⁵:

⁵ BELING, Ernest Ludwig Von apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 417.

A proteção jurídica do indivíduo foi, pois, reforçada, assumindo o próprio legislador o monopólio da faculdade de construir os tipos e de impor-lhes a pena, com exclusão do direito consuetudinário e da analogia (...). Desse modo, o atual Direito Penal é reduzido a um catálogo de tipos delitivos. (...) A ação punível é apenas a ação tipicamente antijurídica e culpável.

Como se nota, uma adequação metódica entre fato e tipo penal como ferramenta inicial para eventual responsabilização penal é meio de garantir ao indivíduo a segurança jurídica, impondo que não haja crime sem prévia lei anterior que o comine e que a atuação estatal esteja vinculada ao respeito dessas normas, premissa de um Estado Democrático de Direito.

Na Lei 11.343/06, popularmente conhecida como Lei de Drogas, diante da variada dinâmica criminosa, foi preciso estabelecer ações múltiplas, de conteúdo variado no texto, a fim de tornar vários comportamentos passíveis de responsabilização penal. No artigo 28, *caput*, da Lei em comento, considera-se ato ilícito o consumo de drogas quando o agente adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Assim, como preconiza a lei incriminadora, o agente ao praticar quaisquer dessas condutas, fazendo uso próprio da droga, será responsabilizado penalmente.

Observe-se que, por esse crime ser considerado de menor potencial ofensivo, o agente se submeterá a penas brandas, quais sejam, advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade ou o comparecimento à programa ou a curso educativo como medida educativa. Logo, as condutas ali descritas, se praticadas com o intuito de consumo de drogas, não serão punidas com pena privativa de liberdade, nem multa. O legislador apenas despenalizou a conduta, conferiu punição moderada baseando-a em medida educativa, mas não descriminalizou a situação fática⁶.

⁶ Assim como Luiz Flávio Gomes, adeptos à primeira corrente entendem que houve a descriminalização formal e a transformação *sui generis* para a conduta de portar entorpecente para consumo pessoal. Uma segunda corrente, defendida por Alice Bianchini, entende que houve descriminalização substancial e transformação em infração de direito judicial. O Supremo Tribunal Federal, se posicionando sobre o tema, decidiu haver mera despenalização e manutenção do *status* de crime, portanto, atualmente manteve-se como porte de entorpecente, crime punido com pena mais branda.

Já no artigo 33, *caput*, da mesma legislação, conferiu-se ao tipo penal tratamento mais rigoroso, já que o agente será punido com pena privativa de liberdade de cinco a quinze anos em reclusão e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa, caso importe, exporte, remeta, prepare, produza, fabrique, adquira, venda, exponha à venda, ofereça, tenha em depósito, transporte, traga consigo, guarde, prescreva, ministre, entregue a consumo ou forneça drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

No que tange aos fatos tipificados nos artigos supramencionados, o legislador foi ditoso ao tipificar de forma abrangente as condutas previstas, encerrando tipos mistos alternativos com ações múltiplas e conteúdo variado, possibilitando uma aplicação mais abrangente dos casos, tendo em vista o dinamismo em que se alastram os acontecimentos. Entretanto, ao fazê-lo, foi infeliz ao descrever condutas semelhantes em ambos artigos, a exemplo “adquirir”, “guardar”, “trazer consigo”, pois, dificultou o processo de identificação da tipificação adequada, repercutindo, em consequência, na desestabilização da segurança jurídica.

Há doutrinadores que não consideram a semelhança entre comportamentos descritos como óbice à aplicação da lei, afirmando que basta que seja feita uma análise quanto ao elemento subjetivo do tipo, ou seja, analisando-se a subjetividade e os desígnios demonstrados pelo agente. Cleber Masson e Vinícius Marçal⁷ afirmam que “as ações nucleares descritas no art. 28, *caput* e § 1º migrarão desses tipos penais para outros mais graves (por exemplo: art. 33, *caput*...) se a conduta for praticada visando o consumo de outrem”.

Logicamente, como também propõe a teoria da tipicidade já citada, deve ser apreciado o componente subjetivo, o qual revela a intenção do agente no momento da conduta. Dessa forma, a partir dessa ferramenta e ciente do tumulto causado pela coincidência existente entre tipos penais, o legislador sugere, no § 2º do artigo 28, que o magistrado identifique esse elemento subjetivo atentando à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Ou seja, para que o sistema punitivo identifique a intenção e, portanto, considere o porte de droga para uso próprio ou para venda, deve-se ter como guias

⁷ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas – Aspectos penais e processuais penais**. 1.ed. São Paulo: Método, 2019, p. 13.

tais circunstâncias fáticas e pessoais do agente. Saliente-se que foi necessário estabelecer o referido parágrafo para tentar sanar semelhança existente entre tipos penais com classificações divergentes e que são punidos com penas tão díspares. Tenta-se, assim, evitar o cometimento de exorbitante injustiça.

De início, não parece haver desacerto no meio proposto pelo legislador para a identificação do *animus* do agente e, em sequência, do tipo penal acertadamente apropriado, tendo em vista que realmente se faz necessária a análise da finalidade do indivíduo no caso *in concreto*. Porém, partindo desse pressuposto, vislumbra-se que, para sanar a similitude entre tipos penais, o legislador propôs que se analisasse, dentre outras circunstâncias, o agente, já que não é possível que seja feita uma análise interior do delinquente.

Nesse íterim, preconizou que o juiz se valha de elementos próprios, pessoais, individuais do agente para tipificar o delito, ferindo o princípio da presunção de inocência e, ainda o direito ao tratamento igualitário pela possível incidência do tratamento desigual. Isso é evidente, pois o legislador recomendou que o juiz analisasse não só como se desenvolveram os fatos, mas também os aspectos pessoais e sociais, além do local onde se desenvolveu a ação e quais os antecedentes do agente na prática delitiva.

Portanto, conclui-se que foi conferido ao juiz, e não somente a ele, mas a todo sistema punitivo, antes de tudo, discricionariedade para escolher em qual tipo penal enquadrar a conduta ilícita, tendo em vista que há semelhança entre as condutas previstas no artigo 28 e no artigo 33, da lei 11.343/06 e propõe o legislador que se analise a intenção e as circunstâncias do caso concreto para identificar o tipo apropriado. Ou seja, apesar de ser necessário fazer a subsunção do fato à norma, nesse caso, o legislador acaba abrindo certa lacuna para a discricionariedade - por que não falar? – para uma possível e eventual arbitrariedade, o que gera indubitável insegurança jurídica e, automaticamente, rompe os ideais do Estado garantista, por força do qual o Estado está subordinado às leis.

Em se tratando do método da adequação típica previsto na lei 11.343/06, § 2º, artigo 28, todo o sistema punitivo passará a fazer um julgamento acerca de quem comete o crime, em que condições o agente está inserido, as circunstâncias sociais e pessoais apresentadas pelo delinquente, bem como sua vida pregressa relacionada aos seus antecedentes. Dessa forma, a referida lei reforça que não só deve ser analisada a conduta, a intenção do agente, o resultado e as circunstâncias do caso,

que deveriam indicar suficientemente o tipo penal adequado, mas também ser analisado o indivíduo, o sujeito, o agente, o delinquente, evidenciando os aspectos que esse apresenta ou nos quais se inclui, para identificar se cometeu o crime de porte de drogas, crime de menor potencial ofensivo, punido de forma branda ou o crime de tráfico de drogas, o qual é espécie de crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Prevendo-se essa medida, nota-se o risco criado pela lei, já que ela tornou possível a imputação de um crime ou de outro analisando-se não só a situação fática (direito do fato), mas também o sujeito (direito do autor). Assim agindo, o legislador negligencia os momentos históricos vivenciados anteriormente, que deixaram enraizados na sociedade a exclusão de determinados grupos e o processo de predispor esses determinados indivíduos a certos crimes, que podem incidir nesse momento de análise, causando uma eventual injustiça.

Nesse mesmo sentido entende Vera Malaguti Batista⁸ ao dizer que uma grande força segregadora se articula através de um conjunto notável de obras e regulamentações jurídicas (...). O Brasil é retrato fiel de sua visão de cidadania: a exclusão permanente das classes subalternas.

O legislador, desse modo, confere a possibilidade de incidência dos pré-julgamentos reafirmados no decorrer da história, que trazem uma carga valorativa para algumas classes sociais em detrimento de outras, no processo de tipificação, caracterizando-se por isso indevido, já que traz risco à observância dos princípios norteadores compartilhados pelo Estado Democrático de Direito, como o da igualdade e, assim, pode irromper com a injustiça, por ter em análise o sujeito do crime para tipificar o fato.

Muito se discutia anteriormente como o Estado Brasileiro punitivo deveria se posicionar ao ter que responsabilizar alguém criminalmente. A corrente proposta por penalistas nazistas argumentava pela responsabilização penal que se baseia no autor do delito, não no ato por ele praticado, este serve apenas como pressuposto da aplicação penal. Logo, esta teoria passou a ser chamada de “direito penal do autor”, já que aquele que comete o crime é o objeto de análise principal para determinar e possibilitar a devida criminalização.

⁸ BATISTA, Vera Malaguti. **Dífceis Ganhos Fáceis, Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 40.

Saliente-se que tal instituto corromperia o norte do direito penal de um Estado garantista, tendo em vista que não proibiria o ato em si, aquele que realmente causa o rompimento entre o indivíduo e o contrato social estatal, mas o ato como manifestação de um estilo de ser do agente, este sim considerado na caracterização do delito. Penaliza-se a personalidade ao considerar que ela enseja o delito, não o ato em si.

Já o entendimento do “direito penal do fato” baseia-se em analisar a conduta praticada pelo agente e tipificá-la segundo a teoria da subsunção delito-norma, considerando que não se pode penalizar o modo de ser do indivíduo, mas apenas as suas respectivas atitudes que rompem o bem-estar social e causam ou expõem à lesão algum bem jurídico tutelado.

Desta forma, percebe-se, este não remete sua análise para quem praticou a conduta a fim de identificar o crime praticado, mas sim o que foi praticado pelo indivíduo, qual a sua conduta especificamente, nada que se relacione ao seu perfil, ao seu estilo, já que considera a punição estatal um meio de regular os atos praticados pela sociedade e repreender aqueles que rompem a harmonia social.

Ressalte-se, por conseguinte, que o nosso sistema penal adotou este entendimento, o direito penal do fato, para basear todo sistema punitivo e para guiar o processo de responsabilização penal do indivíduo. Isso se evidencia pelo fato do diploma penal descrever as condutas consideradas ilícitas e antijurídicas e não determinar as personalidades criminosas passíveis de punição. Quanto a estas, apenas aconselha que o magistrado as analise em sede de aplicação e dosimetria da pena. Neste sentido consideram Zaffaroni e Pierangeli⁹:

Um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação

Ora, assim sendo, não se admite que o legislador estabeleça condutas destinadas a penalizar um determinado grupo, ou, até mesmo, que o magistrado observe o autor do crime, para assim tipificar o crime. Não pode o legislador estabelecer crimes praticados por indivíduos em razão da sua condição, da sua

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997. p. 119-120.

personalidade. Isso somente poderá ser observado quando do processo de aplicação da pena, com o intuito de tornar a pena própria, individualizada, apropriada e justa ao indivíduo.

Emana deste entendimento adotado pelo ordenamento pátrio o comprometimento com os direitos e garantias individuais assegurados, como o direito ao tratamento igualitário, o respeito ao princípio da legalidade e a consagração do fundamento da dignidade da pessoa humana constitutivos de um Estado Democrático de Direito. Inibe-se qualquer ato que se permeiam de tratamentos desiguais, favoritismos e autoritarismos, perigos aos direitos humanos previstos e garantias fundamentais estabelecidas.

É perceptível, entretanto, que o § 2º, do artigo 28, da Lei 11.343/06, já transcrito, associa-se ideologicamente ao direito penal do autor, tendo em vista que permite considerar o modo de vida, o estilo, a personalidade do indivíduo para configuração da sua intenção e posterior identificação do tipo adequado, o que vai de encontro ao adotado pelo ordenamento jurídico do nosso Estado, que se compromete em assegurar todos os princípios e direitos pré-estabelecidos referentes à dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que o ativismo concedido pelo referido parágrafo acomete uma sociedade à discricionariedade de um sistema punitivo com livre julgador e abre espaço para que haja uma aplicação particularizada e excepcional da lei no seu caso, guiada pelos ditames e dogmas sociais, ao invés de uniformizar a aplicação das normas de forma objetiva para todos, sem distinção de qualquer natureza, característica de uma República.

4. ANÁLISE DE COMO SE DÁ A RESPOSTA PUNITIVA DA JUSTIÇA NO ÂMBITO DA LEI 11.343/06

Devido à situação processual em que se encontram todos os casos abordados neste tópico, serão utilizados nomes fictícios em todos, para que seja resguardada a imagem das partes e das demais autoridades judiciárias envolvidas, embora se trate de situações reais. Passemos à análise.

No dia 20 de junho de 2013, com um milhão e meio de brasileiros às ruas, acontecia uma das maiores manifestações ocorridas no Rio de Janeiro. Populares reivindicavam soluções para problemas relacionados à mobilidade urbana, como a

redução dos preços das passagens de ônibus fixados pela Prefeitura, e gritavam contra a corrupção e contra os representantes do governo da época.

Inicialmente, tais protestos deram-se de forma pacífica, entretanto, acabaram resultando em choque entre a polícia e manifestantes radicais mascarados, que depredaram e saquearam lojas, bancos e a Prefeitura. Houve casos em que policiais agiram com violência, disparando balas de borracha em direção aos manifestantes, que protestavam pacificamente, chegando a ferir alguns gravemente. Tudo como consta no acervo do Jornal “O Globo”¹⁰, em reportagem escrita por Gustavo Villela.

Foi naquela mesma noite do dia 20 de junho de 2013, segundo consta na reportagem do G1¹¹, que José João (nome fictício), morador de rua, ao voltar para a casa abandonada onde guardava seus materiais, foi preso em flagrante delito sob a suspeita de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Saliente-se que tal autuação se deu porque José João estava portando duas garrafas de plástico lacradas, uma de cloro e outra de desinfetante, ambas encontradas por ele em frente à escadaria, que dá acesso a um casarão localizado na Avenida Presidente Vargas.

Na ocasião, o atualmente ex-morador de rua, depois de recolher as garrafas, já retornando à casa abandonada, foi abordado por policiais e violentamente agredido no rosto, como expõe em reportagem. Diz ainda, que já na delegacia, foi levado para um quartinho, quando viu uma das garrafas com o líquido pela metade e que esse já se tratava de álcool ou gasolina, com um pano na boca da garrafa. No momento, afirmou ser aquilo covardia, pois era inocente, mas ninguém o ouvia.

Em parecer, a Polícia Civil afirmou que todos os procedimentos ocorreram de acordo com a legalidade. Ainda, sustentou juntamente com o Ministério Público, que o material apreendido era inflamável, mesmo o laudo técnico utilizado na sentença indicando ínfima possibilidade de servir como coquetel molotov. Na fase postulatória, entretanto, de forma inverossímil, policiais afirmaram em Juízo, que José João portava seis gramas de maconha e um morteiro, recipiente geralmente utilizado para misturar

¹⁰ O Brasil foi às ruas em junho de 2013. **Acervo O Globo**, 2014. Disponível em: <<https://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/o-brasil-foi-as-ruas-em-junho-de-2013-12500090>>. Acesso em: 31 out. 2019.

¹¹ Ex morador de rua preso em protesto de 2013 é condenado a 11 anos de prisão por tráfico. **G1 – Globo**, 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/ex-morador-de-rua-presos-em-protesto-de-2013-e-condenado-a-11-anos-de-prisao-por-trafico.ghtml>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

ou triturar substâncias, o que vai de encontro ao parecer do Delegado de Polícia e do Promotor de Justiça.

Finalmente, no caso, a sentença proferida pelo Juiz Raimundo Caio (nome fictício) fundamentou-se nesses testemunhos de agentes policiais, que além de afirmarem que José portava a referida quantidade de droga, expuseram que ele estava em um local de ponto de venda de drogas, o que indicava tráfico de drogas. O Policial Militar Mateus Márcio ainda acrescentou em depoimento, que no momento em que todos os policiais se aproximaram do acusado, ele tentou se desvencilhar de uma sacola, que conteria a droga.

O magistrado fundamentou sua decisão nesses depoimentos, desconsiderando as afirmações do réu e a incongruência entre os pareceres anteriores, explicando que, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, deve ser concedida credibilidade aos depoimentos policiais, não havendo óbice para que esses sustentem uma sentença condenatória. Ainda, afirmou que, *in casu*, nada há que elida a veracidade das declarações feitas pelos agentes públicos, que lograram prender o acusado. Não há nos autos qualquer motivo para se olvidar da palavra dos policiais, eis que agentes devidamente investidos pelo Estado, e porque tais depoimentos foram apresentados de forma coerente, inexistindo qualquer contradição de valor, escreve o Juiz de Direito.

No dia 20 de abril de 2017, foi publicada a decisão na 39ª Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro, a qual condenou o acusado José João, que ficou conhecido por ter sido preso com uma garrafa de desinfetante durante protesto em julho de 2013, com pena privativa de liberdade por período de onze anos e três meses. Ressalte-se que a todo momento José João afirmava que as acusações não tinham embasamento verídico, foram forjadas pelos policiais da Vila Cruzeiro. Dizia ainda que era inocente, não havia cometido qualquer crime e que havia sofrido tentativas de abuso por parte dos agentes, além de ser agredido. Entretanto, nenhum habeas corpus foi deferido e nada foi apurado nesse sentido, desta forma, prevaleceram as (ir)reais condições e circunstâncias do caso, as alegações dos policiais e o entendimento do Juiz.

Ressalte-se que, quanto à situação do processo, José João interpôs recurso de apelação em relação à sentença, o qual foi julgado improcedente. O processo segue ainda o tramite recursal, os autos já se localizam no Superior Tribunal de Justiça. O condenado José João aguarda julgamento e justiça.

Ora, o caso em comento demonstra na prática os efeitos do erro cometido pelo legislador ao prever os fundamentos para a responsabilização penal para o crime de tráfico de drogas e para o crime de consumo de drogas. Erro tal que já foi mencionado e discutido, mas que seus efeitos podem ser analisados em vários aspectos neste caso concreto. Por exemplo, a manifesta incidência do pré-julgamento em relação ao agente ou ao local, já que indubitavelmente somente foram considerados para a autuação, denúncia e posterior condenação do acusado José João, o local em que se encontrava – zona periférica, geralmente dominada pelo tráfico; as circunstâncias sociais e pessoais do agente – morador de rua em direção à casa abandonada; e as condições da ação – porte de substâncias em duas garrafas.

Ressalte-se que somente isso foi apreciado, não sendo considerada a natureza das substâncias apreendidas – quer sejam as que foram ditas pelo réu (desinfetante e cloro), quer sejam as ditas pelo Delegado e pelo Promotor (ora gasolina e álcool, ora maconha e moqueiro), e a quantidade das substâncias, isso porque já que se tivessem considerado a maconha, essa certamente indicaria no máximo o crime de consumo de drogas, como entende o Superior Tribunal de Justiça¹² em relação à pequena quantidade de droga, e, no mínimo, se consideradas as alegações do réu de que não portava droga, considerariam a absolvição, pela impropriedade do objeto.

Partindo desse pressuposto, é evidente a realização de um julgamento pautado na pessoa do delinquente, a aplicação do direito penal do autor, não admitido pelo direito brasileiro, pois, caracterizado por método injusto, já que todo indivíduo deve ser punido pelo que fez ao transgredir a lei, quebrando o pacto sociedade-Estado e não punido pela raça, cor, classe social, para que não existam favoritismos, sobreposições e divisões de grupos em relações a outros. Lógico, não se faz necessária a prova da mercancia do tráfico, mas sim de indícios, que pelo menos, no caso, não existem e são sustentados por precário e contraditório depoimento dos policiais.

É perceptível também a discricionariedade dos integrantes do sistema punitivista e a força do seu posicionamento. Aquela baseada no fato de que o indiciamento, a denúncia e a condenação divergiram, já que foram consideradas

¹² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** (5. Turma). Habeas Corpus nº 219.160 – RS (0224924-4). Impetrante: Adriana Hervé Chaves Barcellos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Jeferson Silveira Tavares. Relatora: Ministra Marilza Maynard. Brasília, 28 de maio de 2013. Lex: jurisprudência do STJ, Brasília, p. 229-236, jun. 2013.

condições externas ao fato praticado, que paulatinamente eram alteradas. De início, porte de cloro e desinfetante, depois, seis gramas de maconha e, finalmente, a sentença responsabilizando o indivíduo também por associação para o tráfico. Pois bem, é evidente a existência de autonomia para ditar o que será punido com medida educativa ou com reclusão, existente uma tipificação subjetiva, carta branca para incidência de arbitrariedades e injustiças.

Já a força é evidente porque os pareceres do Promotor de Justiça e do Delegado de Polícia, e dos demais depoimentos policiais geralmente se sobrepõem às afirmações do réu, principalmente por ser comum nesses casos a ausência de testemunhas da defesa, impossibilitando o rebate às alegações policiais. Dessa forma, entre a tese do réu e do sistema punitivo, o último prevalece, e reforça a condenação.

Tanto é que o réu José João foi condenado, suas alegações não foram consideradas verdadeiras, o juiz baseou-se somente na assentada dos agentes policiais como indicado na sentença, que, como já exposto, partiu de um entendimento arbitrário, analisando-se o agente (ex-morador) e o local em que se encontrava (ponto de venda de droga), como dito em audiência, permeando-se também inverossimilhanças.

Saliente-se que o réu recorreu e nada foi reformulado na sentença pelo Tribunal, demonstrado que esse também compartilha da mesma ideologia. O processo segue o tramite recursal para que o réu obtenha parecer do Superior Tribunal de Justiça.

Nota-se, portanto, a real possibilidade de incidência de preconceitos no processo de tipificação desses crimes, quando da atuação das instituições punitivistas, que decorre da lacuna que foi aberta pelo Legislador. A injustiça visualizada no processo de responsabilização penal do condenado José João pode recair sobre demais pessoas que se encontram na mesma situação, já que a lei é a mesma para todos. Mas, entenda, ao que parece, recai para todos aqueles que fazem parte de uma determinada classe social, não para todos de forma igual e indistintamente.

Conclui-se assim que, embora na teoria a lei seja a “mesma” para todos, na prática, em decorrência do que já foi exposto, a Lei 11.343/06 funciona de forma bem distinta entre os representantes da elite e os pobres. A exemplo, como consta na

reportagem de Marco Antônio¹³, temos o caso de um indivíduo com graduação completa em ensino superior, profissional na área, e um caso de dois indivíduos estrangeiros não identificados, os quais se deram em 2017 e 2016, respectivamente, e, mesmo em meio a similares circunstâncias do caso concreto, foram responsabilizados penalmente de formas distintas, ou até mesmo não responsabilizados.

Na madrugada do dia 28 de dezembro de 2017, no centro da cidade de São Paulo, nas imediações da Praça Júlio Prestes, um motorista, conectado à plataforma do *Uber*, estacionou em um local proibido, chamando a atenção de agentes policiais em ronda. Em abordagem, o motorista informou que aguardava o retorno do passageiro, que deixou o veículo afirmando que retornaria em instantes.

Quando o homem retornou ao veículo, foi surpreendido pelos policiais, que, ao fazerem a abordagem, encontraram com ele vinte e dois invólucros plásticos, que totalizavam a quantidade de aproximadamente trinta gramas de *crack*, e a quantia de cento e dez reais. Foi este indivíduo, após procedimento investigatório, denunciado pelo crime de tráfico de drogas. Tudo como narra o repórter Marco Antônio Carvalho¹⁴ em reportagem baseada em estudo da Associação Brasileira dos Jornalistas e dados concedidos por Cecília Lagos, também jornalista.

Em fevereiro de 2019, foi publicada a sentença. A juíza optou pela absolvição, seguindo as diretrizes do parecer e do entendimento do Ministério Público. A justificativa foi a de que a intenção do suspeito não ficou clara, mesmo ele estando localizado em uma cracolândia. Reiterou ainda a alegação da defesa, que afirmou ser o réu usuário de drogas, que se submete a tratamento de drogadição desde 2012, com sucessivas recaídas.

Mesmo com quantidades similares, existem vários casos que não tiveram ou não tem o mesmo desfecho, como no caso, que consta na mesma reportagem¹⁵, de

¹³ CARVALHO, Marco Antônio. **Sem lei que cite quantidades, polícia dá destinos diversos a flagrados com drogas.** Estadão, 2019. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/infograficos/cidades,sem-lei-que-cite-quantidades-policia-da-destinos-diversos-a-flagrados-com-droga,977293>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

¹⁴ CARVALHO, Marco Antônio. **Sem lei que cite quantidades, polícia dá destinos diversos a flagrados com drogas.** Estadão, 2019. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/infograficos/cidades,sem-lei-que-cite-quantidades-policia-da-destinos-diversos-a-flagrados-com-droga,977293>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

¹⁵ CARVALHO, Marco Antônio. **Sem lei que cite quantidades, polícia dá destinos diversos a flagrados com drogas.** Estadão, 2019. Disponível em:

dois suspeitos estrangeiros, foram apreendidos portando a mesma quantidade de droga e a quantia geral de quatrocentos reais. Segundo fase investigatória, tudo a indicar o cometimento do crime de tráfico de drogas.

Dessa vez, a juíza seguiu o entendimento, condenando-os por tráfico de drogas, fundamentando a referida sentença no entendimento de que tal quantidade de drogas não se destinava ao consumo pessoal, mesmo estando eles em dupla, e já que as circunstâncias do caso indicam para o tráfico, portanto, “não havendo que se falar, dessa forma, quer em absolvição, quer em desclassificação da conduta a eles imputada para o crime de porte de entorpecente”, afirmou a juíza¹⁶.

Portanto, percebe-se, a mesma situação fática ora enseja a absolvição, ora é punida severamente: tudo depende de quem a praticou. Portanto, a justiça é uma só, mas aplicada diferentemente a depender de quem seja responsabilizado. Caso seja rico, entende-se que este estava portando droga e consumindo-a ao seu bel-prazer, ensejando a aplicação de uma pena mais branda ou até mesmo a absolvição. Caso o agente seja pobre, logo é feita uma associação entre esse e o tráfico de drogas, crime severamente penalizado, tendo em vista que se tem o tráfico de drogas como fonte de renda fácil e necessária àquele que tem baixo poderio econômico, com baixa educação formal, excluídos do mercado de trabalho ou que trabalham informalmente.

Inclusive, associa-se ainda ao pobre o fato de que a maior quantidade de droga geralmente é apreendida na periferia, localidade ocupada eminentemente por ele, pelo baixo custo avançado em áreas pouco valorizadas economicamente. Ainda, alguns entendem também que o pobre é atavicamente mórbido, nasce para o crime ou cria-se para o delito, já que desde pequeno presencia a disfuncionalidade no meio em que vive ao longo da sua formação pessoal, como, por exemplo, a ausência dos pais, mães solteiras, violência, irresponsabilidades. Em decorrência disso, associam-no ao crime. Logo, aplica-se a esse o tráfico de drogas e àquele o consumo de drogas sob análise da renda, necessidade e meio em que vivem.

<<https://www.estadao.com.br/infograficos/cidades,sem-lei-que-cite-quantidades-policia-da-destinos-diversos-a-flagrados-com-droga,977293>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

¹⁶ CARVALHO, Marco Antônio. Sem lei que cite quantidades, polícia dá destinos diversos a flagrados com drogas. **Estadão**, 2019. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/infograficos/cidades,sem-lei-que-cite-quantidades-policia-da-destinos-diversos-a-flagrados-com-droga,977293>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

Tanto é que, segundo Orlando Zaccone¹⁷, os criminosos autuados e presos pela conduta descrita como tráfico de drogas são constituídos por homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, detidos com drogas sem portar nenhuma arma.

Nesse mesmo sentido, conforme artigo extraído do IBCCRIM (2011)¹⁸ há tempos existe realmente seletividade na política criminal de drogas, uma vez que os indivíduos de classe média são vistos apenas como usuários, e quem é pobre e negro é visto como traficante:

Coube à UNB, em parceria com a UFRJ, por meio de especialistas, verificar quem, como e quando era processado por tráfico de drogas. A constatação final foi a seguinte: (i) pobres eram mais condenados do que ricos e suas penas eram mais altas; (ii) negros estavam mais representados do que brancos no cometimento de crimes de tráfico pelo principal fato de serem negros; (iii) a discriminação social era permanente na esfera da Justiça desses Estados (algo que ocorre em todo o Brasil). Quem era pobre/negro era visto como traficante. Quem era branco de classe média era visto como usuário. Assim a rotulação individual acabava produzindo criminosos, conforme as representações sociais assim o determinassem. Traficantes não eram traficantes, mas aqueles que pareciam traficantes.

Entretanto, saliente-se que tais circunstâncias, como poderio econômico, exclusão do mercado de trabalho, contato direto com o crime, acesso à educação de baixa qualidade, apenas tornam o pobre mais vulnerável à prática do tráfico de drogas, pelas benesses econômicas que ele traz, mas não o predispõem ao crime a ponto de sempre ser feita e considerada correta a associação direta: se é pobre e está portando drogas, é traficante.

Ora, essa conjuntura ideológica não merece prosperar, tendo em vista que, dessa forma, passaríamos a reafirmar e trazer à tona os ideais do século XIX delineados pela Escola Positivista, compartilhados por Cesare Lombroso, Rafele Garófalo e Enrico Ferri, que, citados por Paulo Sumariva¹⁹, sustentam que os indivíduos são fortemente condicionados na sua forma de agir por razões de ordem interna e externa, bem como o determinismo e a rejeição do livre arbítrio e dos seus

¹⁷ ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Reavan, 2007. p.03.

¹⁸ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 62.

¹⁹ SUMARIVA, Paulo. **Criminologia, teoria e prática**. Rio de Janeiro: 3 Ed. Impetrus: 2015. p. 37.

pressupostos metafísicos. Além de que predominantemente tem-se que são os fatores sociais que determinam o delito.

Considerar o pobre traficante e o rico usuário seria desconsiderar os estudos até aqui já realizados e desprezar toda a evolução já vivenciada pela sociedade quanto ao correto processo de aplicação da responsabilização penal. Seria entender que o indivíduo não pratica o delito movido pela sua índole, apesar de estar vulnerável a isso ou não. Seria entender que o seu poderio econômico ou a sua raça determinam seus referenciais e atitudes. Seria predeterminar o indivíduo antes mesmo que ele pudesse fazer suas escolhas.

Não apenas isso, seria declarar formalmente guerra às drogas, mas, materialmente, guerra aos pobres, chegando à criminalização da pobreza. Seria rasgar a Constituição Federal de 1988, que consagra os princípios da igualdade e da presunção de inocência. Seria dizer que todo pobre é criminoso e merece o sistema carcerário, além de dizer ainda que todo rico é imune à prática do delito, enquanto esses, segundo afirma o criminólogo Augusto Thompson²⁰, compõem preponderantemente as cifras negras, delitos impunes, que ficam “no escuro”, os quais nunca foram investigados, processados ou ao menos julgados em decorrência da posição e sensibilidade demonstrada pelo rico (carreira, honra, fama).

De tal modo, conclui-se que existe um risco de etiquetamento do indivíduo, as chances de alguém ser incriminado por tráfico de drogas aumentam quando ele compartilha das características de pessoa que tem baixo poderio econômico. De mais a mais, o sistema acusatório tem se valido da sua liberdade legal para cometer abusos. Prevalecendo o entendimento do policial, que varia continuamente. Possibilitando até que juízes decidam de forma diferente uma mesma situação. Obstaculiza-se, pois, a aplicação parametrizada das decisões judiciais.

5. O VIÉS PARA INJUSTIÇA: a aplicação da Lei 11.343/06 quanto aos crimes de tráfico e consumo de drogas

Por tudo que já foi exposto, resta evidente a inapropriada repercussão trazida pelo processo de responsabilização criminal previsto na Lei 11.343/06, tendo em vista

²⁰ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** 2 Ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2007. p. 62.

que essa permite a incidência manifesta de subjetivismos e ativismos, pelos quais incidem as arbitrariedades, os pré-julgamentos ou até mesmo o autoritarismo, como já observado anteriormente nos estudos de casos.

Ora, dessa maneira, ficam destituídos os ideais constitucionalmente consagrados e amplamente considerados justos, não permitindo que eles incidam preponderantemente nas decisões e posições do Estado de forma geral. Haja vista que não é realizar a justiça e, portanto, reafirmar as normas-princípios constitucionais, a aplicação do tratamento desigual entre indivíduos submetidos às mesmas circunstâncias fáticas; a presunção de culpabilidade; a consideração da personalidade do réu, para determinar o tipo penal adequado; a insegurança jurídica com o alvedrio do sistema punitivista; a determinação da pena a depender do poderio econômico do réu e, aqui, não estamos falando da culpabilidade adequadamente analisada na fase de aplicação da pena. Isso tudo vai de encontro ao que originariamente está posto, e, agindo desse modo, o Estado atua com tirania, inobservando os valores socialmente consagrados e a duras penas conquistados.

Pois bem, como já foi demonstrado, tem por demais certa a possibilidade de materialização da injustiça quando da aplicação da Lei em comento, principalmente quanto à aplicação relacionada a um particular ou quanto a indivíduos com características diferentes, mas que submetidos à circunstância similar.

Fica então demonstrada a necessidade da alteração legislativa quanto aos seus parâmetros, pelos efeitos que eles alastram na prática e, ainda, pelo Estado-legislador ser o verdadeiro responsável por exercer o poder-dever de estipular de forma objetiva, precisa e clara em lei infraconstitucional o fato considerado como crime, e não as autoridades acusatórias.

Portanto, é preciso refletir acerca de possíveis alternativas para conter os efeitos desta lei, que trata da política repressiva às drogas e lidar com uma nova perspectiva, para que os direitos humanos e as garantias constitucionais não sejam violados e para que ocorram menos injustiças.

Alguns países estabeleceram critérios objetivos, para distinguir o usuário do traficante, em contraposição ao critério adotado pelo Estado Brasileiro, diante da justificativa de que esse é tendencioso, consente a subjetividade e confere às autoridades judiciárias amplos poderes para tipificar em consumo ou tráfico de drogas. Ainda argumentaram que, se de um lado a discricionariedade possibilita a

individualização do caso concreto, por outro, pode gerar mais discriminação e favoritismos.

A exemplo temos que²¹, na América Latina, o Equador adotou quantidades máximas admitidas que caracterizem a posse como de uso pessoal. Já a Grécia utiliza a distinção para eximir o usuário do sistema carcerário. O Reino Unido, entretanto, vale-se disso para determinar intervalos de condenação distintos. Ainda, preliminarmente evidencie-se que tal critério é confrontado com as demais provas produzidas e com as circunstâncias do fato.

Quanto à quantidade da droga²², consideram como compatíveis ao usuário: Na Alemanha, trinta gramas de maconha; na Bélgica, três gramas do mesmo entorpecente; na Colômbia, vinte gramas; na Holanda, cinco gramas; no Paraguai, dez gramas. Tudo a depender do tipo de droga a ser relacionada à quantidade. Saliente-se que sempre combinada essa às circunstâncias factuais comprovadas. Ressalte-se que tal medida tem se mostrado eficaz principalmente para direcionamento de políticas públicas necessárias à prevenção do crime.

O Estado Brasileiro poderá considerar que esse método seja recepcionado. De mais a mais, segundo dados infográficos²³, majoritariamente tem-se considerado que o indivíduo que porta um grama de maconha, é indubitavelmente usuário de drogas. Já aquele que é pego com vinte e três gramas da referida droga, as chances de ser classificado como usuário ou traficante são iguais a depender das circunstâncias fáticas. A partir de duzentos gramas de maconha, considerar como traficante é o dominante. Ademais, tudo a evitar que fatos análogos possam ser classificados diferentemente a depender da autoridade policial quando da análise dos requisitos em aberto expostos na Lei 11.343 de 2006.

Ressalte-se que a quantificação dos demais entorpecentes seria possível a partir de uma análise realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria, por exemplo,

²¹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. **Relatório Final**: Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro, 2016.

²² O critério objetivo na Lei de Drogas. **Conteúdo Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51156/o-criterio-objetivo-na-lei-de-drogas>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

²³ CARVALHO, Marco Antônio. Sem lei que cite quantidades, polícia dá destinos diversos a flagrados com drogas. **Estadão**, 2019. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/infograficos/cidades,sem-lei-que-cite-quantidades-policia-da-destinos-diversos-a-flagrados-com-droga,977293>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

que passaria a relacionar a quantidade e o tipo de entorpecente apreendido ao tipo penal enquadrado, isso quanto aos casos já existentes até então.

Deve-se também admitir, que, sem dúvida, alguns casos realmente são solucionados a partir da análise dos referidos requisitos. Entretanto, a tudo deve ser feita uma análise crítica, que pode gerar pontos positivos ou negativos, pois é evidente que em outros casos, como os citados neste artigo, não soluciona. Após o método indutivo-dedutivo, decidir-se-ia e se analisaria a hipótese proposta como uma das possíveis soluções.

Ademais, tal medida possibilitaria um processo de tipificação objetivo, como deve ser, inclusive resguardando concomitantemente a análise da intenção do agente. Assim, poderia sanar todos os possíveis espaços para ocorrência de tiranias, garantindo-se também a obediência aos princípios e ideologias constitucionais, legitimando a justiça.

É de fundamental importância também aferir os efeitos da adoção do posicionamento, haja vista que influenciarão as políticas públicas criminais, as quais serão direcionadas pontual e eficazmente ao real desafio do embate às drogas, não servindo como exclusões sociais e discriminações.

Requisitos subjetivos entendem as desigualdades econômico-sociais como objeto de repressão prisional, sendo a política estatal a de criminalização das misérias, equiparando o tratamento da marginalidade ao tratamento que deve ser conferido ao crime, atuação contrária à ideologia do sistema estatal, como afirma Loïc Wacquant²⁴, ao dizer que há a substituição progressiva de um Estado-providência por um Estado penal e policial, no seio do qual a criminalização da marginalidade e a “contenção punitiva” das categorias deserdadas faz as vezes de política social.

Passa-se, com o método previsto na Lei 11.343 de 2006, a transformar o sistema punitivo em instrumentos de vigilância e controle das classes subalternas, o que se tem por injusto. Enquanto o Estado deveria desempenhar um papel cada vez mais determinante apenas na organização e na condução nacional, condizendo com o contrato social estatal preteritamente firmado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁴ WACQUANT, Loïc. **PUNIR OS POBRES: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 19.

A finalidade do presente trabalho foi realizar uma análise acerca da responsabilização criminal na Lei 11.343 de 2006 frente aos ideais de justiça constitucionalmente estipulados, inclusive, expondo os efeitos e as implicações dos institutos.

Por tudo que já vimos, sob a análise da diferença indeterminada estabelecida entre os tipos penais do tráfico e do consumo de drogas, analisou-se a possibilidade do alvedrio e do subjetivismo realizado pelo sistema punitivo quando da sua concreta definição, no processo de tipificação. Entendeu-se pela discricionariedade que as autoridades punitivistas tem ao ditarem a que crime se subsume determinada situação fática: ao crime de consumo de drogas – retribuído com medidas socioeducativas, ou ao crime de tráfico de drogas – punido com pena privativa de liberdade, sem a máxima determinação do modo que se deve proceder.

Estudando ainda o que a Lei preleciona, para que seja identificada a intenção do agente e, posteriormente, o tipo penal apropriado, quais sejam, o local, as circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como os seus antecedentes. Percebeu-se que através de requisitos indeterminados, também pode-se permitir várias interpretações, inclusive indubitavelmente podem submeter o réu a julgamento, não pelos fatos a ele atribuídos, mas pela sua personalidade e pela sua vida pregressa.

Isso fatalmente dará margem à incidência de preconceitos, pré-julgamentos e favoritismos reafirmados culturalmente, permitindo que o pobre seja julgado e condenado diferentemente do rico, apesar de haver semelhança entre o acontecimento dos fatos. É aplicar o direito penal do autor e entiquetá-lo, o que foi feito preteritamente e gerou um risco a ponto de dar ensejo ao holocausto nazista. Tal situação levou a óbito milhares de pessoas.

Logo, ficou evidente a possibilidade do cometimento da injustiça nos efeitos deste instituto, como assim ficou demonstrado nos casos submetidos anteriormente à análise. Ressalte-se, injustiça inadmitida pelas disposições constitucionais e infraconstitucionais, as quais tutelam direitos e garantias que inibem tais ocorrências.

Ademais, reconheceu-se e concluiu-se pela necessária alteração legislativa a partir de estudos direcionados a constatar novo e essencial requisito para diferenciação e processo de tipificação dos crimes de consumo de drogas e tráfico de drogas.

REFERÊNCIAS

- **BIBLIOGRAFIA**

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis, Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 40.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 123.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas – Aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Método, 2019, p. 13.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 417.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia, teoria e prática**. Rio de Janeiro: 3 Ed. Impetrus: 2015. p. 37.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 12 Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 17.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 62.

WACQUANT, Loïc. **PUNIR OS POBRES: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 19.

WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da política**. 14 Ed. São Paulo: Ática, 2011, p. 51-201. Vol 1.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Reavan, 2007. p.03.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: RT, 1997. p. 119-120.

- **DOCUMENTOS ELETRÔNICOS**

BRASIL, Lei de Drogas. **Lei 11.343, de 23 ago. de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

CARVALHO, Marco Antônio. **Sem lei que cite quantidades, polícia dá destinos diversos a flagrados com drogas**. **Estadão**, 2019. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/infograficos/cidades,sem-lei-que-cite-quantidades->

policia-da-destinos-diversos-a-flagrados-com-droga,977293>. Acesso em: 01 set. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. **Relatório Final**: Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro, 2016.

Ex morador de rua preso em protesto de 2013 é condenado a 11 anos de prisão por tráfico. **G1 – Globo**, 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/ex-morador-de-rua-presos-em-protesto-de-2013-e-condenado-a-11-anos-de-prisao-por-trafico.ghtml>>. Acesso em: 01 set. 2019.

O Brasil foi às ruas em junho de 2013. **Acervo O Globo**, 2014. Disponível em: <<https://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/o-brasil-foi-as-ruas-em-junho-de-2013-12500090>>. Acesso em: 31 out. 2019.

O critério objetivo na Lei de Drogas. **Conteúdo Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51156/o-criterio-objetivo-na-lei-de-drogas>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 219.160 – RS (0224924-4)**. Impetrante: Adriana Hervé Chaves Barcellos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Jeferson Silveira Tavares. Relatora: Ministra Marilza Maynard. Brasília, 28 de maio de 2013. Lex: jurisprudência do STJ, Brasília, p. 229-236, jun. 2013.