

A SUBJETIVIDADE DOS JULGAMENTOS FRENTE ÀS LACUNAS DA LEI DE DROGAS

Bruno Gomes Vieira¹
Eliane Fernandes do Lago Corrêa²

1 INTRODUÇÃO

Como um princípio fundamental de direitos e garantias em território brasileiro está a isonomia, sendo que este indica a garantia de um tratamento igualitário entre todos os homens. Quando afirmamos que todos são iguais perante a lei, não se pode esquecer que, em uma sociedade, a diferença entre os indivíduos é ponto escusável e que é necessário que o ordenamento jurídico possa tratar os hipossuficientes de forma equilibrada. Um dos aspectos sociais que necessita de uma reflexão adequada nesse quesito refere-se à subjetividade no tratamento dos indivíduos nos crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes.

Neste contexto, o enfoque do presente trabalho demonstra ser de fundamental importância a discussão sobre o reflexo da subjetividade encampada pelo julgador diante da dualidade entre as circunstâncias que podem caracterizar tanto o delito de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes quanto o crime de porte de drogas para uso próprio.

Assim, comparando-se institutos penais aplicados no Brasil e métodos adotados em diversos países, o presente estudo pretende analisar a melhor forma de aplicação do Direito a casos concretos envolvendo o aparente conflito entre as circunstâncias que podem caracterizar, tanto o delito de tráfico quanto o delito de porte de drogas para uso próprio, apontando-se métodos objetivos para a solução desses casos, e assim, garantir maior segurança jurídica à sociedade.

¹Acadêmico do 9º período do Curso de Direito da Universidade José do Rosário Vellano - UNIFENAS – Câmpus de Alfenas.

²Mestre em Ciências Criminológico-forenses e Docente na Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS, Câmpus de Alfenas.

2 CONCEITO LEGAL DO TERMO “DROGAS”

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XLIII, preceitua que “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”.

Promulgou-se, então, a Lei 11.343/2006 – Lei Antidrogas, que revogou os diplomas anteriores, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e estabelecendo medidas para prevenção do uso indevido, bem como definindo os tipos penais nos art.28, 33 e 39.

A atual legislação utiliza a terminologia “drogas” ao invés de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sendo que, para termos legais, serão considerados droga as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (artigo 1º parágrafo único). Trata-se, pois de uma norma penal em branco heterogênea, complementada pela Portaria SVS/MS 344/1998

2.1 Crimes em Espécie

Em seu artigo 28, a Lei 11.343/06 tipifica o porte de droga para uso próprio por meio dos seguintes verbos típicos: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo”. Houve certa mudança com relação à pena cominada nesta modalidade típica, trazida pelos incisos I, II, III do referido artigo. Sobre essa modificação discorre, Cléber Masson (2019) em seu livro sobre os aspectos penais da lei de drogas:

Uma das grandes inovações da Lei 11.343/2006 consiste na proibição de imposição da pena privativa de liberdade ao agente que adquire, guarda, tem em depósito, traz consigo ou transporta droga para consumo pessoal. O legislador partiu da premissa de que a prisão de tal pessoa não produz benefícios reais à sociedade, notadamente porque obsta o tratamento de

eventual dependência química e insere o “consumidor” em um sistema carcerário falido, muitas vezes dominado por facções criminosas que comandam o tráfico de drogas, correndo-se o risco de cooptação dos usuários. (MASSON, 2019, p.9)

Entretanto, cabe salientar que a cominação de penas mais brandas não descaracteriza o delito, de modo que, com o trânsito em julgado de sentença condenatória, haverá a incidência da reincidência em caso de nova prática criminosa posterior.

Em contrapartida, o artigo 33 da lei supramencionada, tipifica a prática do tráfico de drogas através dos seguintes verbos típicos: “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”. Tal crime é considerado hediondo por equiparação. Há, ainda, o tráfico por equiparação, tipificado no §1º, inciso I, II, III, do art. 33 do mesmo diploma legal.

Importante destacar a causa de diminuição de pena elencada no parágrafo 4º do artigo 33, que tem o objetivo de diferenciar o grande traficante do pequeno (e accidental), comumente chamado de tráfico privilegiado.

as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, devendo o juiz ao analisar o quantum para o abrandamento da decisão, analisar a natureza e a quantidade da droga apenas uma vez durante a dosimetria, sob pena se incorrer em *bis in idem*.

O Supremo Tribunal Federal proferiu decisões em temas tormentosos a respeito da Lei n. 11.343/06, preconizando o Direito em determinados casos, a exemplo de possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que verificados os requisitos do artigo 44 do CP, a saber: a) primariedade, b) bons antecedentes, c) não dedicação à atividades criminosas, d) não integrar organização criminosa. Da mesma maneira, não há de se falar em crime hediondo, assim cita:

Em razão desse entendimento, que inclusive levou o Superior Tribunal de Justiça a cancelar a Súmula 512, o condenado por tráfico de drogas privilegiado tem, ao menos em tese, direito a: (a) anistia, graça e indulto; (b) concessão de livramento condicional, após o cumprimento de 1/3 ou 1/2 da pena (se reincidente em crime doloso), e desde que atendidos os demais requisitos legais; e (c) progressão de regime prisional depois de cumprir 1/6

da pena, se também presente o mérito (requisito subjetivo). (MASSON, 2019, p.86).

2.2 Subjetividade na Redação e Aplicação da Lei

Para a maior compreensão da grande diferença na aplicação da lei de drogas no Brasil:

PORTE DE ENTORPECENTE PARA USO PESSOAL, OBJETO DE DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO. Recurso bilateral. Ministerial. Pretendida condenação pelo delito da denúncia. Impossibilidade. Ausência de provas robustas da ocorrência da mercancia ilícita ou de vínculo com as demais drogas encontradas em local diverso da abordagem inicial. Desclassificação para o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/06 bem operada. Defensivo. Alteração da pena de prestação de serviços à comunidade para advertência sobre os efeitos da droga. Recurso prejudicado, com concomitante reconhecimento, "ex officio", da prescrição da pretensão punitiva estatal. TJ-SP - APL: 00042352320118260358 SP 0004235-23.2011.8.26.0358, Relator: Eduardo Abdalla, Data de Julgamento: 11/04/2014, 2ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 11/04/2014

Vislumbra-se que, no caso acima, a parte ré fora processada pelo crime de tráfico e o delito foi posteriormente desclassificado para o tipo penal do artigo 28, porque guardava e tinha em depósito a quantidade de oito porções de Maconha, totalizando 18,200 g, seis pedras de Crack e sete porções de Cocaína (2,650g).

No caso abaixo retratado, um dos réus foi condenado pelo crime de tráfico em decorrência da apreensão de 591 gramas de Maconha:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - CONDENAÇÃO DE APENAS UM DOS RÉUS CONFIRMADA - CIRCUNSTÂNCIAS QUE AUTORIZAM A CONCLUSÃO DA PRÁTICA DO CRIME - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS - ABSOLVIÇÃO DE AMBOS OS RÉUS - VERSÃO ACUSATÓRIA NÃO CORROBORADA PELOS ELEMENTOS DE PROVA PRODUZIDOS NOS AUTOS. - As circunstâncias do flagrante, a quantidade de droga apreendida e a inexistência de prova que confirme a alegada condição de usuário, excluem a possibilidade de se tipificar a conduta delituosa no art. 28, da Lei n.º 11.343/06 - Requisito essencial da figura típica da associação para o tráfico de drogas é de que haja vínculo criminoso permanente entre duas ou mais pessoas. Caso contrário, impõe-se a absolvição. TJ-MG - APR: 10479180022580001 MG, Relator: Corrêa Camargo, Data de Julgamento: 28/08/2019, Data de Publicação: 04/09/2019

Apesar de quantidades distintas, restou demonstrada a grande disparidade para a tipificação das condutas, e, por consequência, na aplicação das penas.

Como cediço, o juiz deverá atentar para a natureza e a quantidade da substância, ao local as condutas sociais, antecedentes criminais, dentre outros. Fatores para diferenciar o traficante do mero usuário. Contudo, algumas vezes verifica-se a impossibilidade de afastamento das íntimas convicções do julgador, que por motivos de religião, credo, política, situações econômicas, raça, profira decisões incoerentes com os critérios acima apontados.

Neste sentido, pesquisas que analisaram conjunto de sentenças proferidas até 2017, em São Paulo, quanto ao tráfico de drogas, concluíram que houve mais condenações de negros em pelo menos 70% dos casos, enquanto as absolvições ocuparam o percentual de 11% para negros e 10% para brancos. (JESUS, OI, ROCHA, LAGATTA, 2011)

No tocante à quantidade de drogas apreendidas, que geraram sentença condenatórias, em 13% dos casos extraídos da amostra, foram apreendidos até 10 gramas; em 45% dos casos, até 50 gramas; e em 42% até 100 gramas de drogas. Segundo a mesma pesquisa, quantidade tolerável para a condenação dos réus brancos foi em média de 85 gramas de Maconha, 27 gramas de Cocaína e 10,1 gramas de Crack, enquanto que, quanto a réus da raça negra, a quantidade utilizada como parâmetro para a condenação foi inferior nas três substâncias: 65 gramas de Maconha, 22 gramas de Cocaína e 9,5 gramas de Crack, (JESUS, OI, ROCHA, LAGATTA, 2011).

Quanto ao denominado tráfico privilegiado, o STF tem se posicionado pela possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, cabendo se questionar neste aspecto, a ausência da necessidade de manutenção da prisão preventiva do réu que poderá ser futuramente alvo dessas benesses.

Com base nesse entendimento foi que o ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, deferiu liminar para afastar a prisão preventiva de um acusado de tráfico de pequena quantidade de droga, decisão esta proferida em sede de *Habeas Corpus* (HC) 159731.

2.3 Os Passos para uma Justiça Igualitária

Com o objetivo precípua de apontar soluções para tantas injustiças recorrentes na aplicação da legislação antidrogas, é imprescindível que a legislação delineie a quantidade máxima permitida para o porte, tal como já o fizeram outros países, a exemplo da Colômbia (20g), Equador (10g), Paraguai (10g), Peru (8g), Uruguai (40g) e Venezuela (20g), que estabelecem limites para o porte de Maconha, como por exemplo (SECRETÁRIA NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGA, 2015).

Em caso específico, temos o julgado de Portugal, que:

A Lei 30/2000, baseada nas diretrizes da Estratégia Nacional de Combate à Droga, definiu o regime legal aplicável ao consumo pessoal de entorpecentes e psicotrópicos, bem como a proteção social e da saúde das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. Para efeitos dessa lei, a aquisição e o porte de drogas para uso próprio não poderá exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias na quantidade legalmente prevista. (SECRETÁRIA DE DOCUMENTAÇÃO COORDENADORIA DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL, 2018)

A responsabilização penal alcançaria maior êxito com o critério acima sugerido, na medida em que só seria portador e conseqüentemente usuário aquele que estivesse na posse de determinada quantidade de drogas, competindo ao Estado-acusador comprovar que aquela quantidade serviria para fins de distribuição, caso em que possuísse quantidade superior a lei, enquanto que ao réu pertenceria o ônus probatório de que a quantidade superior ao limite legal que trazia consigo serviria apenas para seu uso pessoal.

Fato é que os operados do Direito que labutam na seara criminal anseiam pelo julgamento do Recurso Extraordinário 635.659/SP, no qual discute-se a descriminalização do porte de droga para uso pessoal. Depois do voto do relator e de dois outros Ministros, o julgamento foi suspenso. Se eventualmente a Suprema Corte reconhecer a inconstitucionalidade dos crimes de porte de droga para consumo pessoal, trilhará o caminho de outros países latino-americanos.

Ainda assim, questiona-se se a descriminalização seria a melhor solução, haja vista que, sem parâmetros definidos objetivamente, o julgador poderá continuar a condenar um mero usuário de drogas pelo crime de tráfico, mostrando-se salutar

que, neste contexto, o STF delimite a quantidade máxima de substância caracterizadora do mero porte, posteriormente determinada pela Portaria SVS/MS 344/1998.

Não obstante, seria valiosa a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de porte de droga para consumo pessoal e tráfico privilegiado. O posicionamento atual do STF é no sentido de que não se aplica a insignificância aos delitos de tráfico de drogas e posse de substância entorpecente para uso próprio, pois são crimes de perigo abstrato ou presumido, “sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade apreendida, conforme julgado no Habeas Corpus nº 158.938- RS (2010/000001-9)

Ora, uma vez legislada a quantidade mínima para a configuração do tráfico ou máxima para o delito de porte de drogas para uso próprio, tal celeuma estará resolvida, podendo se entender como o porte desta quantidade dano pessoal e não abstrato.

Ainda a exemplo do entendimento jurisprudencial sobre o valor de até um salário mínimo a configuração do furto privilegiado (RECURSO ORDINÁRIO E M HABEAS CORPUS 111.138, 2011). Grande avanço traria a legislação, no que diz respeito ao tráfico privilegiado, pois uma configuração de quantidade máxima do porte de drogas ao instituto, haveria de aclarar sua aplicação pelo responsável juiz.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de garantir a segurança jurídica e maior efetividade na aplicação da lei, foram relacionados neste trabalho os conceitos trazidos pela novel Lei n. 11.343/06, bem como os principais tipos penais respectivos.

Ademais, verificou-se que compete ao Estado promover a igualdade na aplicação da lei, de modo a se rechaçar julgamentos lastreados em posicionamentos estritamente subjetivos, que por vezes ocasionam decisões desproporcionais e injustas.

Para este fim é preciso que o Poder Legislativo cumpra seu mister e legisle sobre a quantidade máxima de substância entorpecente para a configuração do delito de porte para uso próprio, da mesma maneira que o Poder Judiciário, através

de seu órgão de cúpula, decida questões como a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06, e reveja posicionamento contrário à aplicação do princípio da insignificância quanto a esses delito e, ainda, pacifique a jurisprudência de quantidade máxima drogas para a configuração do delito de tráfico privilegiado.

As sugestões aqui propostas certamente contribuirão para o restabelecimento da confiança no Direito Penal garantista e na distribuição da justiça, com reflexos diretos na redução dos males do sistema carcerário, oportunizando-se o exercício da plenitude de defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.343, de 23 de agosto de 2006. **Lei de drogas**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 06 de set. 2019.

BRASIL. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. **Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial**. http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em: 06 de set. 2019.

DOMINICI, Thiago. **Negros são os mais condenados por tráfico e com menos drogas apreendidas**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>. Acesso em: 08 de set. 2019.

JESUS, Maria; HILDEBRAND, Amanda; ROCHA, Tiago. **Prisão provisória e lei de drogas- um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Acesso em: 08 de set. 2018.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Lei de drogas- aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro: Método, 2019.

MOHALLEM, Michael; ALLONI, Rafael. **Quantos gramas fazem um traficante?**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quantos-gramas-fazem-um-traficante-13082015>. Acesso em: 08 de set. 2019.

TANGERINO, Dayane. **Princípio da insignificância e a Lei de Drogas: por que não?**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/principio-insignificancia-lei-drogas/>. Acesso em: 08 de set. 2019.

Secretaria de Documentação Coordenadoria de Análise de Jurisprudência Internacional. De 19 de Dezembro de 2018. **Pesquisa de jurisprudência internacional**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/Pesquisa17APortededrogaparausopessoal.pdf>. Acesso em: 06 de set. 2019.

SNPD, 2015. **Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf>. Acesso em: 06 de set. 2019.