

SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 1/2009

TRÁFICO DE DROGAS
E CONSTITUIÇÃO

CARTA DE APRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL

A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL) tem por objetivo institucional a preservação da ordem jurídica, dos direitos políticos e das garantias constitucionais. Anualmente são produzidos mais de 500 pareceres sobre os mais diversos temas jurídicos, que instruem a elaboração de novos textos normativos, a posição do governo no Congresso, bem como a sanção ou veto presidencial.

Em função da abrangência e complexidade dos temas analisados, a SAL formalizou, em maio de 2007, um acordo de cooperação técnica internacional com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que resultou na estruturação do **Projeto Pensando o Direito** (BRA/07/004).

A princípio, os objetivos do *Projeto Pensando o Direito* eram a qualificação técnico-jurídica do trabalho desenvolvido pela SAL na análise e elaboração de propostas legislativas e a aproximação e o fortalecimento do diálogo da Secretaria com a academia, mediante o estabelecimento de canais perenes de comunicação e colaboração mútua com inúmeras instituições de ensino públicas e privadas para a realização de pesquisas em diversas áreas temáticas.

O que inicialmente representou um esforço institucional para qualificar o trabalho da Secretaria acabou ampliando o seu escopo e se tornando um instrumento de modificação da visão sobre o papel da academia no processo democrático brasileiro.

Tradicionalmente, a pesquisa jurídica no Brasil dedica-se ao estudo do direito positivo, declinando da análise do processo legislativo. Os artigos, pesquisas e livros publicados na área do direito costumam olhar para a lei como algo pronto, dado, desconsiderando o seu processo de formação. Essa cultura demonstra uma falta de reconhecimento do Parlamento como instância legítima para o debate jurídico e transfere para o momento no qual a norma é analisada pelo Judiciário todo o debate público sobre a formação legislativa.

Desse modo, além de promover a execução de pesquisas nos mais variados temas, o principal papel hoje do Projeto Pensando o Direito é incentivar a academia a olhar para o processo legislativo, considerá-lo um objeto de estudo importante, de modo a produzir conhecimento que possa ser usado para influenciar as decisões do Congresso, democratizando por consequência o debate feito no parlamento brasileiro.

Este caderno dá início ao conjunto de publicações da Série Projeto Pensando o Direito e apresenta a versão na íntegra da pesquisa sobre **Tráfico de Drogas**, conduzida pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Dessa forma, a SAL cumpre seu dever de compartilhar com a sociedade brasileira os resultados das pesquisas produzidas pelas instituições parceiras do *Projeto Pensando o Direito*.

Pedro Vieira Abramovay

Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

CARTA DE APRESENTAÇÃO DA PESQUISA

A ideia de realizar uma investigação sobre a atuação da Justiça Penal nos delitos de drogas surgiu há alguns anos, mas somente foi possível sua concretização neste momento. Foram muitas as dificuldades encontradas, tanto de acesso aos dados como na sua organização e compilação, mais de mil questionários foram preenchidos e realizadas muitas análises e debates entre os alunos e professores do Grupo de Pesquisa em Política de Drogas e Direitos Humanos da FND/UFRJ, em conjunto com a Universidade de Brasília (UnB), aos quais gostaria de registrar os meus agradecimentos.

Apesar disso, ou em decorrência disso, os resultados foram compensadores, pois os dados da realidade social que foram obtidos pretendem preencher uma lacuna nos estudos criminológicos e jurídicos sobre política de drogas no Brasil, ao mostrarem à sociedade quem são os condenados por tráfico de drogas no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, imagem esta muito diversa do senso comum.

A pesquisa em tela durou de março de 2008 a julho de 2009, e a opção dos pesquisadores foi a de integrar a pesquisa teórica com a pesquisa de campo, após ter sido identificada a alta demanda por dados dos processos criminais. O seu objetivo principal foi o de trazer subsídios aos legisladores e elaboradores de políticas públicas nas suas intervenções na sociedade, colaborando para a construção de uma política de drogas mais sensível, humanitária e respeitadora dos direitos humanos em nosso país.

Foi uma investigação difícil de ser concluída, pois muitas foram as outras análises que se gostaria de ter realizado, porém se considera que os resultados alcançados trarão à tona importantes questões que não eram visíveis, pelo menos do grande público em geral, como a seletividade do sistema penal e a vulnerabilidade dos pequenos traficantes à atuação da Justiça Criminal. Com isso, se pretende propor alternativas e se espera que as conclusões a que se chegou não sejam definitivas, mas sim consideradas como um novo ponto de partida para outras pesquisas no futuro.

Diante da escassez de investigações criminológicas no Brasil, e da dificuldade de acesso a dados da Justiça, merece ser destacado o apoio financeiro da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, do PNUD, do CNPq e da UFRJ (bolsa PIBIC), que acreditaram na proposta e incentivaram sua concretização, sem os quais não seria possível a realização deste trabalho.

Mostra-se essencial, por fim, agradecer aos pesquisadores, alunos, técnicos e professores, pela dedicação e trabalho coletivo, aos juizes e funcionários dos cartórios do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, especialmente ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na pessoa de seu ex-presidente, Desembargador José Murta Ribeiro, ao Programa Nacional de DST/AIDS, na pessoa da Dra. Mariangela Simão, e ao Juiz Federal Dr. Flávio Oliveira Lucas, pelos apoios importantes na realização da pesquisa.

Rio de Janeiro, 20 de julho de 2009.

Luciana Boiteux

AGRADECIMENTOS

Os grupos de pesquisa agradecem a todos aqueles que tornaram possível a realização da pesquisa, especialmente à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e ao PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, financiadores da presente investigação, realizada no bojo do Projeto “Pensando o Direito”, o qual se afirmou como um importante e inovador instrumento de cooperação científica entre as Universidades e a produção legislativa, e ao CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, pelo apoio financeiro.

**FACULDADE NACIONAL DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE
BRASÍLIA**

RELATÓRIO DE PESQUISA

TRÁFICO DE DROGAS E CONSTITUIÇÃO

Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante
dos princípios constitucionais-penais

PROJETO PENSANDO O DIREITO

Rio de Janeiro/Brasília
Março de 2009

Luciana Boiteux
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Beatriz Vargas
Vanessa Oliveira Batista
Geraldo Luiz Mascarenhas Prado
Carlos Eduardo Adriano Japiassu (colaborador)

TRÁFICO DE DROGAS E CONSTITUIÇÃO

Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante
dos princípios constitucionais-penais

Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Universidade de Brasília (UnB)

Rio de Janeiro/Brasília

Março de 2009

Luciana Boiteux
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Beatriz Vargas
Vanessa Oliveira Batista
Geraldo Luiz Mascarenhas Prado
Carlos Eduardo Adriano Japiassu (colaborador)

TRÁFICO DE DROGAS E CONSTITUIÇÃO

Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante
dos princípios constitucionais-penais

Relatório Final do Projeto de Pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/
PNUD, no Projeto “Pensando o Direito”, Referência PRODOC BRA/08/001.

Universidade Federal do Rio de Janeiro/

Universidade de Brasília

Rio de Janeiro/Brasília

Março de 2009

**Grupo de Pesquisa em Política de Drogas e Direitos
Humanos FND/UFRJ**

Corpo Docente

Carlos Eduardo Japiassu
Luciana Boiteux
Geraldo Prado
Vanessa Oliveira Batista

Corpo Discente

Andre dos Santos Gianini
Antonio Magalhães de Paula Souza
Camila Soares Lippi
Camila Souza Alves
Carlos de Rezende Rodrigues
Eliane Pinheiro da Silva
Fabrício Garcia Henriques
Felipe Macedo Couto
Fernanda Teixeira de Medeiros
Guilherme Bohrer Lopes Cunha
João Felipe Belem de Gouvêa Reis
Julia Monteath de França
Liv Satomi Lago Makino
Luciana Peluzio Chernicharo
Natalia Cardoso Amorim Maciel
Paulo Telles
Pedro Vetter de Andréa
Rafael Santos de Oliveira
Taiana de Castro Sobrinho
Vitor Hugo Coutinho Conti

**GRUPO DE PESQUISA DA UNIVERSIDADE DE
BRASÍLIA/UnB**

Corpo Docente

Beatriz Vargas
Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Corpo Discente

Aline Arêdes de Oliveira;
André Santos Guimarães;
Bruna G. Parente;
Bruno Lourenço da Silva Macedo Alves;
Bruno Perpétuo Ferreira;
Ericson dos Santos Cerqueira;
Luiz Felipe Horowitz;
Marco Aurélio Gonçalves de Oliveira
Pedro Felipe Santos;
Pedro Felipe Soares Alcanfor;
Paulo Ferreira Leal Filho;
Rodrigo Silva Pinto;
Samira Lana Seabra;
Vanessa Cristina Pimentel Varela.

Estatístico

René Raupp

AGRADECIMENTOS

Os grupos de pesquisa agradecem a todos aqueles que tornaram possível a realização da pesquisa, especialmente à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e ao PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, financiadores da presente investigação, realizada no bojo do Projeto “Pensando o Direito”, o qual se afirmou como um importante e inovador instrumento de cooperação científica entre as Universidades e a produção legislativa, e ao CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, pelo apoio financeiro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I ATIVIDADES DESENVOLVIDAS

1.1 Atividades conjuntas dos grupos de pesquisa da UFRJ/UnB

1.2 Atividades no período de 2 de maio a 31 de agosto de 2008

1.2.1 Atividades do grupo de pesquisa da UFRJ

1.2.2 Atividades do grupo de pesquisa da UnB

1.3 Atividades no período de 1º de setembro a 31 de março de 2009

1.3.1. Atividades do grupo de pesquisada UFRJ

1.3.2 Atividades do grupo de pesquisa da UnB

II RESULTADOS DA PESQUISA TEÓRICA

2.1 Direitos humanos e política internacional de drogas

2.1.1 Breve histórico do controle internacional de drogas

2.1.2 A Convenção de 1988 e o sistema atual de controle de Drogas da ONU

2.1.3 A Assembleia Geral das Nações Unidas para o problema das drogas/UNGASS 1998

2.1.4 O período de dez anos de reflexão (1998-2008)

2.1.5 A Reunião da Comissão de Drogas Narcóticas da ONU de 2009

2.1.5.1 Análise do regime internacional de controle de drogas sob a ótica das relações internacionais

2.1.5.2 O fim do Consenso de Viena?

2.1.6 Direitos humanos e política de drogas

2.2 O princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro

2.3 O princípio da legalidade e a análise do art. 33 e do § 4º da Lei de Drogas

2.3.1 Princípios constitucionais-penais

2.3.2 Aspectos gerais da nova Lei de Drogas

2.3.3 Análise do art. 33 da Lei de Drogas

2.3.3.1 O art. 33, caput

2.3.3.2 O art. 33, § 1º, I, II e III.

2.3.3.3 O art. 33, § 4º

2.4 Aspectos processuais da Lei de Drogas

2.4.1 A investigação criminal no tráfico de drogas

2.4.2 O processo penal por tráfico de drogas

2.4.3 A liberdade e a prisão provisória

2.5 Realidade social do tráfico de drogas

2.5.1 Considerações gerais sobre o mercado de drogas ilícitas no Brasil

2.5.2 Sobre os comerciantes dos mercados de drogas ilícitas

2.5.3 A seletividade da atuação da justiça penal

III RESULTADOS DA PESQUISA DE CAMPO

3.1 Recorte do *corpus* da pesquisa de campo

3.1.1 Coleta de sentenças e acórdãos no Rio de Janeiro-RJ

3.1.1.1 Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do RJ

3.1.1.2 Sentenças das Varas Criminais do Foro Central do RJ

3.1.1.3 Acórdãos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

3.1.1.4 Sentenças das Varas Federais Criminais da Seção Judiciária do RJ

3.1.2. Coleta de sentenças e acórdãos em Brasília-DF

3.1.2.1 Acórdãos do Tribunal de Justiça do DF

3.1.2.2 Sentenças das Varas Criminais do DF

3.1.2.3 Acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

3.1.2.4 Sentenças das Varas Federais Criminais da Seção Judiciária do DF

3.1.3. Coleta de acórdãos do STF

3.1.4. Coleta de acórdãos do STJ

3.2 Análise dos acórdãos do STF

3.3 Análise dos acórdãos do STJ

3.3.1 O tratamento penal do sujeito criminalizado pelo tráfico de drogas: aspectos qualitativos

3.3.1.1 Aplicação retroativa do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06

3.3.1.2 Dificuldade de aplicação do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06

3.3.1.3 Concessão de liberdade provisória

3.4. Análise de sentenças e acórdãos no Rio de Janeiro e em Brasília

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

ANEXOS

Anexo I – Questionário de sentenças

Anexo II – Questionário de acórdãos

Anexo III – Questionário de acórdãos em habeas corpus

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por objeto o art. 33 da nova Lei de Drogas (n. 11.343/06), e sua inserção no modelo internacional e brasileiro de controle de drogas, que foi submetido a um estudo jurídico-social, e crítico, com especial foco para a definição/descrição típica do delito de tráfico de drogas, suas circunstâncias, alcance, delimitação, quantidade de pena (proporcionalidade) e possibilidades de sua substituição.

O problema da pesquisa é o tratamento penal dado à figura do comerciante de drogas ilícitas pela nova Lei de Drogas, que não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário, pequeno, médio e grande traficante, questão essa que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/76), e que foi agravada ainda mais diante do aumento da pena mínima do delito pela nova lei.

O marco teórico do presente estudo é a *Criminologia Crítica*, que, ao incluir o controle social como objeto de estudo da ciência criminológica, marcou a passagem para o paradigma da definição social, que se afasta do paradigma clássico-positivista por se debruçar sobre o funcionamento do sistema penal e suas relações com a estrutura sócio-político-econômica como objetos de estudo.

Mostra-se importante destacar a adesão do trabalho aos postulados da visão crítica da Criminologia, em especial quanto aos conceitos de *delito* - tratado sob a perspectiva de sua construção normativa, ou seja, criado pelo legislador, sem base ontológica, mas política - assim como o conceito de *delinquente*, que depende não só da definição política de delito, mas também da atuação do sistema penal, por meio da atribuição de um rótulo àqueles selecionados pela atuação das agências do sistema.¹

Diferencia-se, portanto, da criminologia tradicional, que parte de uma concepção harmoniosa de sociedade, não questionando as definições legais nem o quadro normativo, e presumindo a incorporação pela lei dos interesses gerais², razão pela qual deu pouca importância ao estudo do controle social. Esta concepção crítica, ao contrário, considera o tema da droga como um dos mais intrigantes objetos de estudo,

¹ Nesse sentido, “o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social”. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997, p. 74.

² Vide ANYAR DE CASTRO, Lola. *A Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

pois envolve uma situação real em que a própria lei (que não necessariamente representa os interesses coletivos) cria o delito e o delinquente, sob a perspectiva interacionista³, que, nas palavras de Baratta considera “como determinante o problema da definição do delito, com as implicações político-sociais que revela”⁴.

Sob a perspectiva jurídica, deve ser apontado outro marco teórico do trabalho: o *Garantismo*, proposto por Luigi Ferrajoli⁵ “como um sistema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar (...) o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e da tutela da pessoa contra a arbitrariedade”⁶, que corresponde às garantias penais e processuais que se contrapõem ao poder punitivo.

A proposta de estudo com base garantista e crítica situa-se, portanto, na interseção entre a Criminologia e o Direito Penal, no campo da Política Criminal, considerada não como política estatal de “luta” contra o crime, *mas como ideologia política que orienta o controle social punitivo*⁷.

Quanto à metodologia, parte-se de uma *pesquisa bibliográfica* (estudo doutrinário interdisciplinar, na interseção entre o Direito e as Ciências Sociais) e do levantamento da normativa jurídica (análise de jurisprudência) no estudo do fenômeno jurídico e social do tráfico de drogas, para depois relacioná-la com a pesquisa de campo.

Partindo da leitura de textos e livros, análise de dados oficiais e etnográficos trazidos pelas ciências sociais, um dos objetivos do presente estudo é compreender a dimensão social e jurídica do fenômeno do tráfico de drogas, sua interface com a realidade social e as influências sofridas, pela lei brasileira de drogas, dos tratados internacionais para controle de drogas.

³ Para o *labelling approach*, o controle social exerce um papel extremamente importante, pois considera que a criminalidade não tem natureza “ontológica”, senão “definitorial” (deriva só das definições seletivas dadas pelos agentes de controle social formal). Assim, a população penitenciária, subproduto final do funcionamento discriminatório do sistema penal, não representa a população criminosa real – nem qualitativa nem quantitativamente – tampouco as estatísticas oficiais correspondem à realidade do delito na sociedade, mas tão somente representa um retrato da atuação do sistema.

⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 86.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

⁶ Idem, p. 30.

⁷ Zaffaroni define política criminal como “a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos”. Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997, p. 132.

É ainda uma proposta de *pesquisa qualitativa*, pois lida com a interpretação dos fenômenos e questiona a opção de política criminal pelo modelo repressivo, na busca de soluções viáveis dentro do quadro atual, com a atribuição de significados no processo de pesquisa.

É também uma *pesquisa descritiva*, porque busca a analisar os dados indutivamente. O processo de conhecimento e seu significado, além do processo decisório na análise da jurisprudência constituem os focos principais de abordagem.

Pretende-se então desenvolver *pesquisa explicativa*, de forma a identificar os fatores que determinam ou contribuem para a dificuldade (ou inércia) da efetivação de princípios constitucionais limitadores na seara do Direito Penal, para então, sistematicamente, tratar de proposições que conduzam a uma proposta concreta e viável de alteração legislativa, sem deixar de lado a perspectiva crítica.

Portanto, se trata ainda de *pesquisa aplicada* que objetiva gerar conhecimentos para aplicação prática dirigida à solução de problemas específicos, na forma de um estudo crítico do modelo atual internacional de controle de drogas e da lei brasileira.

A base da análise inicialmente dirigida ao estudo teórico da doutrina é complementada pelo estudo prático da jurisprudência de primeira e segunda instâncias do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, bem como dos tribunais superiores, com vistas à obtenção de uma amostragem da operacionalidade concreta do sistema brasileiro de controle de drogas e, especialmente, da análise da argumentação dos juízes na aplicação do referido dispositivo aos casos concretos.

Por uma escolha dos pesquisadores, tendo em vista a definição do *corpus* a ser estudado, não foram analisados os autos dos processos, mas tão-somente as sentenças e os acórdãos. A pesquisa de jurisprudência foi uma ferramenta essencial para a compreensão da forma de operação do sistema de controle de drogas, e permitirá aos interessados o embasamento concreto de eventuais proposições de alteração legislativa.

O foco da análise não foi centrado na questão específica da criminalidade e violência eventualmente ligadas a essa realidade social, nem na estruturação do mercado ilícito de drogas, embora esses temas sejam, de forma indireta, abordados no curso na investigação. Também não se pretendeu escrever um tratado ou manual sobre a nova Lei de Drogas.

Pode-se, então, definir o presente estudo como uma pesquisa de cunho transdisciplinar que se insere no campo comum entre as ciências sociais e as jurídicas, unindo a reflexão teórica à realidade social e à prática dos operadores jurídicos que aplicam a lei aos casos concretos.

Assim, muito embora se considere mais adequado investir em políticas de prevenção e de redução de danos, o objetivo geral do presente estudo foi o de *realizar uma análise do modelo de controle de drogas atual e da necessidade e possibilidade de mudanças na legislação vigente* (Lei n. 11.343/06), de forma a construir uma proposta de regulamentação jurídica do tipo penal do tráfico de drogas, capaz de reduzir as iniquidades porventura detectadas no atual modelo brasileiro.

Os objetivos específicos almejados, resumidamente, foram: *i) realizar uma análise político-criminal dos tratados internacionais de controle de drogas e das leis de outros países, para identificar possibilidades e limites de alterações da lei brasileira; ii) analisar o acervo doutrinário, jurídico e sociológico, que trate do fenômeno do tráfico de drogas, para definir categorias que identifiquem os papéis sociais na sua estrutura; iii) investigar, sob uma perspectiva jurídica, o art. 33 e seus parágrafos da Lei n. 11.343/06, por meio de levantamento doutrinário do significado, definição e alcance da norma; iv) mapear e investigar a aplicação prática do art. 33 da referida Lei pelos juízes; v) formular um referencial teórico-prático do princípio da proporcionalidade das penas que possa servir de base para a avaliação crítica da legislação atual; vi) elaborar, se fosse o caso, propostas de alterações legislativas pontuais da Lei de Drogas.*

O estudo, portanto, situa-se no paradigma emergente da pós-modernidade, tendo como horizonte a *totalidade universal*, no sentido proposto por Boaventura de Souza Santos⁸. Entende-se necessária uma abordagem transdisciplinar do fenômeno da droga para permitir uma compreensão ampla e reflexiva. Mostra-se essencial integrar à discussão jurídica as perspectivas de outros campos do conhecimento, complementando prismas diversos. Daí porque se optou por não fazer uma análise puramente jurídica, para evitar o conformismo e a legitimação do discurso repressivo⁹.

⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 10. ed. Porto: Afrontamento, 1998.

⁹ Nesse sentido, analisa Salo de Carvalho que, no Direito, os comentários sobre as temáticas se restringem à análise da legislação, que carecem de fundamentação mais apurada e limitam-se a conceituar e categorizar as drogas a partir do discurso farmacológico, e assim se tornam úteis ao sistema repressivo. In: CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 11.

A proposta de análise é, portanto, *transdisciplinar*, pois atravessa os campos da Criminologia, da Política Criminal, e das Ciências Sociais, que dialogam com as Ciências Jurídicas, foco principal do estudo proposto. A metodologia utilizada pressupõe a impossibilidade de se fracionar o objeto de estudo - o controle social sobre a droga e seus comerciantes -, visto ser este fenômeno complexo estudado por várias disciplinas, o que requer ferramentas capazes de responder às questões formuladas.

A perspectiva jurídica constitui o fio condutor da análise e, na perspectiva da pós-modernidade, reconhece-se a necessidade de não se reduzir a complexidade da vida jurídica à *secura da dogmática*, devendo o direito redescobrir o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência jurídica, segundo as lições de Boaventura de Souza Santos. Com isso pretende-se evitar os “males da parcelização do conhecimento e do reducionismo arbitrário que transporta consigo”, por se considerar que o conhecimento pós-moderno deve ser construído a partir de uma “pluralidade metodológica”, pois:

a fragmentação pós-moderna não é disciplinar, e sim temática (...) ao contrário do que sucede no paradigma actual, o conhecimento avança à medida que seu objecto se amplia, ampliação que, como a da árvore, procede pela diferenciação e pelo alastramento das raízes em busca de novas e mais variadas interfaces¹⁰.

O Relatório, após a descrição das atividades desenvolvidas, apresenta duas partes: uma teórica e outra de pesquisa de campo. A parte teórica inicia pelo estudo de direito internacional penal, no qual se procede à análise dos modelos de política criminal de drogas, em uma perspectiva internacional, diante das políticas da ONU, especialmente tendo por base os tratados internacionais de direitos humanos. No estudo da doutrina jurídica, na perspectiva constitucional dos princípios e garantias, será abordado o enquadramento teórico dos princípios da proporcionalidade e da legalidade, e realizada revisão bibliográfica das principais obras que tratam do alcance e o significado do art. 33 da Lei de Drogas. Optou-se ainda por acrescentar à pesquisa alguns aspectos processuais importantes da nova lei. O último item da pesquisa teórica traz elementos da realidade social do fenômeno do tráfico de drogas, de modo a compreender como se organiza e é estruturado, de acordo com investigações de cientistas sociais, de modo a confrontar a norma com a realidade social, e assim permitir responder, ao final, às questões que foram colocadas.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza, op. cit., p. 47-48.

A segunda parte apresenta os resultados de pesquisa de campo em que foram coletadas, lidas e analisadas sentenças judiciais e acórdãos de condenações por tráfico, na cidade do Rio de Janeiro (foro central estadual e federal, Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 2ª Região), bem como nas varas especializadas do Distrito Federal, nas varas criminais federais do DF, nos Tribunais de Justiça e Regional Federal da 1ª Região. A coleta incidiu no período de 7 de outubro de 2006 a 31 de maio de 2008. O levantamento permitiu compreender a atuação concreta do sistema penal nessas localidades. Também foram coletados, lidos e analisados acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Ao final são oferecidas respostas, ao final, às seguintes questões:

1. *Qual é o atual modelo de política de drogas seguido pelo Brasil e quais as possibilidades de sua alteração diante do quadro legal dos tratados internacionais de controle de drogas?*
2. *Quais são as possibilidades de adoção de um novo paradigma de controle de drogas pela comunidade internacional e qual o papel do Brasil nessa seara?*
3. *Os tratados são constitucionais e respeitam os direitos humanos igualmente previstos em convenções internacionais?*
4. *O art. 33 da Lei n. 11.343/06, atualmente em vigor, está adequado aos princípios constitucionais, especificamente aos princípios da proporcionalidade e da taxatividade?*
5. *A redação do art. 33 da Lei n. 11.343/06 é adequada à realidade social do fenômeno que pretende regular, e estabelece uma efetiva diferenciação entre os diferentes graus de participação no tráfico de drogas?*
6. *Quais os critérios legais previstos para essa distinção e quais as consequências penais, pela lei atual, para cada uma das categorias de usuário, traficante dependente, pequeno, médio e grande traficante? O § 4º do art. 33 da Lei de Drogas é suficiente para essa distinção?*
7. *Quais os exemplos de outros países que adotam um modelo intermediário de controle que podem servir de paradigma para a modificação do sistema brasileiro?*

8. Quais as propostas de alteração do tipo penal, e/ou dos mecanismos jurídicos de substituição da pena privativa de liberdade a serem criados para dar uma resposta penal mais justa e proporcional aos condenados por este delito?

I - ATIVIDADES DESENVOLVIDAS

1.1 Atividades conjuntas dos grupos de pesquisa da UFRJ/UnB

Tendo em vista que a pesquisa teórica e de campo proposta foi dividida entre dois grupos, o primeiro da Universidade Federal do Rio de Janeiro e o segundo da Universidade de Brasília, numa primeira fase foram desenvolvidas atividades para estabelecer a metodologia comum.

Foram criados a lista de e-mails e o *site* para armazenamento das informações colhidas, e realizadas algumas reuniões presenciais.

Em 12 de junho de 2008 houve a primeira reunião conjunta em Brasília-DF, entre as coordenadoras pela UFRJ, Profas. Luciana Boiteux e Vanessa Batista, e as Profas. Ela Wiecko e Beatriz Vargas, da UnB, com a seguinte pauta: dividir as tarefas entre as duas equipes, análise do questionário e traçar as estratégias da pesquisa.

Em 23 de julho de 2008 foi realizada a segunda reunião em Brasília, com a presença da Profa. Luciana Boiteux, pela UFRJ, e das Profas. Ela Wiecko e Beatriz Vargas, pela UnB, para discutir o andamento da pesquisa, as últimas alterações nos formulários, e coordenar com o estatístico a metodologia da análise dos dados coletados e o cronograma da pesquisa de campo, além de terem sido respondidas as dúvidas levantadas pelos pesquisadores na aplicação dos questionários piloto.

Em 6 de novembro de 2008, as coordenadoras da pesquisa no Rio de Janeiro se reuniram em Brasília com as Profas. Ela Wiecko e Beatriz Vargas para discutir a pesquisa e questões relativas a coleta de sentenças.

Em 20 de novembro de 2008, as Profas. Vanessa Oliveira Batista e Ela Wiecko participaram de seminário de avaliação do Projeto "Pensando o Direito", realizado no Ministério da Justiça, em Brasília-DF.

Em 7 de março de 2009, realização de reunião em Brasília-DF entre as Profas. Luciana Boiteux, Ela Wiecko e Beatriz Vargas para fechamento do projeto (justificativa, objetivos, problemática, metodologia, estrutura do

trabalho) e também para analisar os resultados já obtidos e as pendências da pesquisa de campo.

A seguir, são descritas as atividades de cada uma das equipes.

1.2 Atividades no período de 2 de maio a 31 de agosto de 2008

1.2. 1 Atividades do grupo de pesquisa da UFRJ

O Grupo de Pesquisa da FND/UFRJ foi formado por professores, alunos e monitores, ligados ao Grupo de Pesquisa em Política de Drogas e Direitos Humanos. Tendo em vista o enorme interesse despertado pelo Edital do Ministério da Justiça entre os discentes, foram abertas mais três vagas, para as quais concorreram um significativo número de alunos, totalizando 10 alunos.

Destacamos as seguintes atividades desenvolvidas pelo Grupo de Pesquisa da Faculdade Nacional de Direito/UFRJ, entre abril e agosto:

- 30 de abril de 2008 - Reunião para formalização do Convênio com o Secretário de Assuntos Legislativos, Pedro Abramovay, realizada na Faculdade Nacional de Direito, que contou com a presença de professores e alunos envolvidos no projeto;

- Criação de uma Lista de Discussão na internet envolvendo professores e alunos da FND/UFRJ envolvidos na pesquisa, onde os textos a serem lidos passaram a ser disponibilizados e os contatos entre os pesquisadores foram centralizados;

- Criação de uma conta no site *4shared* para armazenamento dos arquivos (decisões, acórdãos e formulários), a ser compartilhada pelas duas equipes de pesquisa;

- Divisão em grupos de trabalho;

- i) O primeiro grupo, coordenado pela Profa. Luciana Boiteux realizou reuniões regulares semanais para discutir textos e coletar sentenças dos tribunais de segunda instância (TJRJ e TRF-2ª Região).

- ii) O segundo grupo, coordenado pelo Prof. Carlos Eduardo Japiassu, ficou responsável pela coleta das sentenças das Varas Federais Criminais de primeira instância do Rio de Janeiro;

iii)O terceiro grupo, coordenado pela Profa. Vanessa Oliveira Batista, desenvolveu discussões acerca do marco teórico a ser utilizado na pesquisa, especificamente no que tange à definição dos princípios/postulados da proporcionalidade, diante das várias correntes levantadas no curso da pesquisa;

iv)O quarto grupo, coordenado pelo Prof. Geraldo Prado, se dedicou à discussão de temas de processo penal que iriam complementar e suplementar as análises da jurisprudência levantada.

•Reuniões dos subgrupos em 08.05, 17.05, 28.05, 12.06, 19.06, 26.06, 03.07, 10.07, 22.07, 07.08, 14.08 e 26.08;

•Em 29 de maio de 2008, a Profa. Luciana Boiteux participou da *IX São Paulo Research Conference*, sobre Política de Drogas, na Faculdade de Direito da USP, São Paulo-SP, onde apresentou o trabalho “O impacto do proibicionismo no sistema carcerário”;

•Em 30 de maio de 2008, as Profas. Vanessa Oliveira Batista e Luciana Boiteux participaram de evento promovido pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais - IFCS da UFRJ, e coordenado pela Profa. Maria Clara Dias, sobre os temas Direitos Humanos e Política Carcerária, que consistiu na exibição de documentário temático e debates;

•Em 03 de junho de 2008, o Prof. Geraldo Prado promoveu um evento na UFRJ com a presença do magistrado e pesquisador francês Antoine Garapon, que tratou da experiência comparada do judiciário francês e norte-americano, que contou com a presença de alunos e professores;

•Em 13 de junho de 2008, foi realizada uma reunião na FUJB – Fundação Universitária José Bonifácio, da UFRJ, para tratar dos aspectos formais do acordo entre o PNUD/SAL/UFRJ;

•Em 29 de julho de 2008, a Profa. Luciana Boiteux se reuniu com representantes da ONG Viva Rio, para discutir a temática da pesquisa, visando a uma futura colaboração, diante da criação da Comissão de Alto Nível Latino-americana para a reforma da lei de drogas;

•Em 6 de agosto de 2008, a Profa. Luciana Boiteux participou de debate com os alunos da FND, promovido pelo Centro Acadêmico Cândido de Oliveira, sobre o tema: “20 anos de Constituição e a nova Lei de Drogas”, e a

Prof. Vanessa Oliveira Batista tratou do tema “Os Direitos Humanos e os 20 anos de Constituição Brasileira”, no mesmo evento;

- De 28 a 30 de agosto de 2008, a Profa. Luciana Boiteux participou do “Diálogo Informal sobre Política de Drogas”, realizado na cidade de Cochabamba, Bolívia, com *experts* em política de drogas latino-americanos e europeus, onde foi expositora do tema “Sem saída? A problemática carcerária na América Latina e as políticas de drogas: proposta de mudança”.

1.2.2 Atividades do grupo de pesquisa da UnB

- Montagem do grupo de pesquisadores, com 10 alunos do curso de graduação em Direito da FD-UnB, coordenados pelas Profas. Ela Wiecko e Beatriz Vargas;

- Realização de 5 reuniões no período, que tiveram como pauta discussões teóricas e leituras, acerto do relatório e retorno de dados da pesquisa, além de discussões a respeito do preenchimento de formulários.

1.3 Atividades no período de 1º de setembro de 2008 a 31 de março de 2009

1.3.1 Atividades do grupo de pesquisa da UFRJ

O interesse dos alunos no grupo de pesquisa se ampliou no segundo semestre de 2008, tendo sido incorporados outros discentes ao grupo de trabalho. Os participantes foram divididos nos seguintes sub-grupos temáticos:

- . Proporcionalidade - Coordenação: Profa. Vanessa Batista – Objetivo: análise do princípio sob a perspectiva constitucional do direito penal, tendo por base a idéia de limitação da pena. Reuniões em outubro de 2008 e março de 2009.

- . Ciências Sociais - Coordenação: Profa. Luciana Boiteux – Objetivo: trabalhar a noção de "categorização" dos indivíduos rotulados como “traficantes de drogas” com base na literatura das Ciências Sociais. Reuniões em setembro a dezembro de 2008.

- . Processo Penal - Coordenação: Prof. Geraldo Prado - Objetivo: analisar a jurisprudência sobre liberdade provisória e prisão cautelar na Lei de Drogas e sobre substituição da pena. Reuniões em outubro de 2008.

- . Direito Comparado e Internacional - Coordenação: Profa. Luciana Boiteux - Objetivo: comparar os tratados internacionais de direitos humanos e os tratados de controle de

drogas, discutir as possibilidades de alteração da política da ONU (UNGASS) e estudar legislação de drogas, especialmente de Portugal, Espanha e Holanda – reuniões em outubro, novembro e dezembro de 2008.

. Coleta de Sentenças (Justiças Estadual e Federal do Rio de Janeiro) – Coordenação: Profa. Luciana Boiteux, com a participação dos Profs. Geraldo Prado e Carlos Eduardo Japiassu – Objetivo: ida a campo, coleta e levantamento das sentenças, o preenchimento dos questionários e do banco de dados. Reuniões de setembro de 2008 a fevereiro de 2009.

Foram realizados, de setembro de 2008 a fevereiro de 2009, 25 encontros semanais dos grupos nos seguintes dias: 11/09; 18/09; 23/09; 25/09; 30/09; 2/10; 09/10; 14/10; 16/10; 21/10; 23/10; 25/10; 28/10; 30/10; 11/11; 25/11; 2/12; 11/12; 16/12 de 2008; e 13/01; 22/01; 5/02; 11/02; 16/02; 19/02/09.

Foram cumpridas as seguintes atividades:

- Em 1º de setembro de 2008, a Profa. Luciana Boiteux participou de uma Mesa de Debates em Cochabamba, Bolívia, intitulada “*La situación de la reforma legal en drogas*” na América Latina, junto com juristas de diversos países da região, tendo apresentado uma exposição sobre a legislação brasileira de drogas.

- Nos dias 2 e 3 de setembro de 2008, os Prof. Luciana Boiteux, Vanessa Oliveira Batista, Geraldo Prado e Beatriz Vargas, e um grupo de 6 alunos (Antonio Magalhães de Paula Souza, Camila Souza Alves, João Felipe de Gouvea Reis, Liv Satomi Lago Makino, Natalia Cardoso Amorim Maciel e Pedro Vetter de Andréa) participaram do Seminário “Perspectivas da justiça criminal brasileira - a agenda de reformas penais à luz da experiência nacional e internacional,” organizado pela SAL em parceria com a Associação dos Advogados de São Paulo – AASP. Neste evento a Profa. Luciana Boiteux apresentou a pesquisa do grupo, no painel “Tráfico de drogas”, tendo dividido a mesa com o Prof. Vincenzo Ruggiero.

- No dia 5 de setembro de 2008 foi realizado um encontro do grupo com o Prof. Antonio Rafael Barbosa, doutor em Antropologia e professor do Museu Nacional/UFRJ que apresentou o *paper* “Segmentaridade e tráfico de drogas no Rio de Janeiro”, seguido de debate.

●No dia 19 de setembro de 2008, a Profa. Luciana Boiteux apresentou a conferência na EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - intitulada “A evolução doutrinária e jurisprudencial da Lei de Tóxicos (n. 11.343/06)”, em evento organizado pelo IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e pela AMAERJ – Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro.

●Em 7 de outubro de 2008, os Profs. Geraldo Prado e Luciana Boiteux se reuniram com o Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para tratar do apoio da presidência à pesquisa, visando à aceleração da coleta de sentenças.

●No dia 24 de outubro de 2008, organização de evento "Processo penal, democracia e justiça restaurativa" no Salão Nobre da FND, com o palestrante convidado Prof. Leonardo Sica, coordenado pelo Prof. Geraldo Prado.

●No dia 21 de outubro de 2008, houve exibição e debate sobre o filme “*Traffic*” do Diretor Steven Soderbergh, com foco nas semelhanças e diferenças da realidade norte-americana retratada no filme, com a situação brasileira.

●Em 3 de novembro de 2008, apresentação da Pesquisa, pelos alunos, à comunidade acadêmica, na Jornada de Iniciação Científica da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

●No dia 05 de novembro de 2008, a Profa. Luciana Boiteux participou da Jornada Franco-Brasileira de Direito Penal, organizada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, e apresentou o trabalho sobre “A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a proteção dos direitos dos presos”.

●No dia 6 de novembro de 2008, as Profas. Luciana Boiteux e Vanessa Oliveira Batista participaram de uma reunião em Brasília, na Câmara dos Deputados, para apresentar a pesquisa e tratar da posição do governo brasileiro na Reunião da ONU sobre Política de Drogas em 2009, com representantes do Parlamento, da SENAD, dos Ministérios da Saúde e da Justiça, além da Secretaria de Direitos Humanos.

●Em 12 de fevereiro de 2009, a Profa. Luciana Boiteux e a Aluna Camila Soares Lippi participaram da “Terceira Reunião Preparatória sobre a Posição da Sociedade Civil Brasileira frente à Política Mundial de Drogas”, realizada no Rio de Janeiro, pela ONG Psicotrópicos.

●De 26 a 28 de fevereiro de 2009, a Profa. Luciana Boiteux participou do Diálogo Informal sobre Política de Drogas, organizado pelo *Washington Office on Latin America (WOLA)* e *Transnational Institute (TNI)*, com o apoio dos Ministérios da Saúde e da Justiça, no Rio de Janeiro-RJ.

●Dia 3 de Março de 2009, a Profa. Luciana Boiteux participou de reunião na Câmara dos Deputados, em Brasília, com parlamentares, representantes da SENAD, dos Ministérios da Saúde e da Justiça, além da Secretaria dos Direitos Humanos, para tratar da posição brasileira na 52ª. Reunião da CND.

●De 11 a 20 de março de 2009, a Profa. Luciana Boiteux participou, como observadora, da Reunião da Comissão de Entorpecentes das Nações Unidas, em Viena, Áustria.

●Em 25 de março de 2009, a Profa. Luciana Boiteux participou da Mesa Redonda sobre “A ONU e a política internacional de drogas” no IBCCrim.

●Em 26 de março de 2009, a Profa. Luciana Boiteux participou do cine-debate: “Tráfico internacional de drogas: o Brasil frente à comunidade internacional”, realizado no Auditório da PGR da 2ª. Região no Rio de Janeiro.

1.3.2 Atividades do grupo de pesquisa da UnB

Foram realizadas reuniões com os pesquisadores e o estatístico, além da coleta de dados, com muita dificuldade. O Aluno Pedro Felipe dos Santos desenvolveu Projeto de Iniciação Científica de levantamento dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo ulterior de desenvolver monografia de conclusão de curso.

No mês de dezembro foi realizado seminário na Faculdade de Direito da UnB sobre as "Políticas criminais para o uso indevido de drogas" e sobre "Questões controvertidas na jurisprudência do STJ acerca da Lei n. 11.343/06", apresentado pela Profa. Beatriz Vargas e pelo Aluno Pedro Felipe dos Santos.

2.1. Direitos Humanos e Política Internacional de Drogas

Esse item trata do controle internacional de drogas e da sua relação com os tratados internacionais de direitos humanos. A abordagem abrange tanto o histórico das convenções que formam a base do controle de drogas na esfera mundial, como os debates mais atuais sobre a temática, travados no foro da *United Nations General Assembly Special Session* – UNGASS, em 1998, e nas reuniões da Comissão de Drogas Narcóticas da ONU, cujo último encontro se deu em março de 2009.

A proposta é a de discutir as questões mais atuais que desafiam a política internacional de drogas, bem como avaliar as possibilidades de mudanças, e, em especial se o Plano de Ação aprovado pela ONU em 2009 representa a vanguarda do atraso ou a abertura de uma porta para o futuro de uma política de drogas mais humana e respeitadora dos direitos humanos. Nesse contexto, são analisados também o modelo adotado pelo Brasil, a constitucionalidade do sistema imposto aos países e as possibilidades de alteração do paradigma atual.

2.1.1 Breve histórico do controle internacional de drogas¹¹

A história do controle internacional de drogas remonta a 1909, quando se reuniram na Conferência de Xangai os representantes dos 13 países mais importantes, dentre eles as potências coloniais da época¹², além dos representantes do Império Chinês, para discutir os limites à produção e ao comércio de ópio e seus derivados. O ímpeto proibicionista unia os Estados Unidos, então potência ascendente, e a China, contra os interesses dos países europeus que, mesmo contrariados, acabaram aceitando formalmente a proposta americana de restringir o negócio do ópio apenas para fins medicinais. Contudo, tal acordo não culminou com a adoção de nenhuma medida concreta à época, diante da pressão que os europeus sofreram de suas poderosas indústrias farmacêuticas (como as alemãs Bayer e Merck)¹³. Ainda que não tenha sido assinado nenhum instrumento internacional na ocasião, as conclusões de tal conferência

¹¹ Nesse capítulo, sob a responsabilidade da Prof. Luciana Boiteux, foi aprofundada a análise do tema, tendo por base os capítulos I e II de sua tese de Doutorado, intitulada “Controle Penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade”. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. Foram revisadas as questões e acrescentadas análises recentes, com o foco no objetivo da pesquisa ora apresentada.

¹² Dentre eles as potências coloniais Inglaterra, Alemanha, França, Holanda e Portugal.

¹³ Cf. RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: uma guerra na guerra*. São Paulo: Desatino, 2003, p. 28-29.

serviram de base para a futura elaboração da primeira convenção multilateral sobre o tema, que foi firmada três anos depois. Pode-se então dizer que a importância da Conferência de Xangai foi a criação de um esboço de um sistema de cooperação internacional em assuntos de droga, que inspirou a primeira convenção sobre ópio de 1912, e inaugurou a prática de encontros diplomáticos para a discussão do tema do controle de drogas psicoativas.

Esse primeiro documento de controle de drogas limitava-se a restringir a produção de ópio e derivados. Destaca-se igualmente que o regime internacional de combate às drogas se confunde com o declínio da *pax britanica* e com a ascensão dos Estados Unidos enquanto potência hegemônica.

A Convenção sobre Ópio da Haia de 1912 foi o primeiro instrumento internacional *stricto sensu* de controle de drogas, no qual os países signatários concordaram com a imposição de um sistema de controle internacional sobre drogas ilícitas, e elaboraram um documento de grande impacto, que explicitamente exigia a limitação da produção e venda de ópio e opiáceos (morfina), incluindo pela primeira vez a cocaína, que eram as substâncias de maior visibilidade nas sociedades americana e europeia do início do século XX. Estabeleceu-se, então, a necessidade de cooperação internacional no controle dos narcóticos, restringindo-se o seu uso lúdico, sendo apenas permitido o uso médico-científico. Tal instrumento representa, nesse sentido, a consolidação da postura proibicionista no âmbito mundial, em especial com a ampliação do rol de substâncias proibidas.

Gradualmente essa preocupação mundial foi se estendendo a outras drogas, com a proibição total da cocaína e de derivados da coca e da *cannabis sativa*. As convenções seguintes foram ampliando e reforçando o controle sobre novas drogas, sendo a política repressiva internacional usada como estratégia dos governos para justificar a alteração das legislações nacionais sobre drogas.

Nos EUA, sob a justificativa de adequação às Convenções Internacionais, tornaram-se mais rígidas as leis de controle de drogas, com a edição do *Harrison Act* de 1914. O novo modelo proibicionista internacional influenciou também a legislação de drogas da França, com a *Lois sur les drogues* de 1916, e do Reino Unido, com o *Dangerous Drug Act* de 1920.

Algum tempo depois, em 1925, é assinada a 2a. Convenção Internacional sobre Ópio, que significou um passo adiante no controle das drogas narcóticas, ao determinar aos governos nacionais a submissão de estatísticas anuais sobre a produção,

consumo e fabrico de drogas à recém criada *Permanent Central Opium Board*, implementando-se, assim, o primeiro sistema de monitoramento de drogas a nível internacional.

Alguns anos depois, em 1931, foi elaborada a 1a. Convenção de Genebra destinada a *limitar a fabricação e regulamentar a distribuição dos estupefacientes ou drogas narcóticas*, que limitou a fabricação mundial de drogas para finalidades médicas e científicas, e restringiu as quantidades destas disponíveis em cada estado e território, sendo vetado aos países signatários que excedessem a fabricação ou importação das suas necessidades de narcóticos previstas.

Cinco anos mais tarde, em 1936, foi assinada a 2a. Convenção de Genebra, direcionada especificamente à *supressão do tráfico ilícito de drogas perigosas*, que entrou em vigor em 1939, na qual as partes se comprometeram a efetivar medidas para prevenir a impunidade de traficantes e a facilitar a extradição por crimes de tráfico.

Passado algum tempo, com a criação das Nações Unidas em 1945, após o fim da 2ª Guerra Mundial, foram estabelecidas as linhas mestras do controle internacional de drogas vigente até os dias de hoje, tendo sido concluídas três convenções sob seus auspícios, ainda hoje em vigor¹⁴.

O primeiro instrumento da ONU sobre o tema, a *Convenção Única sobre Entorpecentes*, aprovada em Nova Iorque em 1961¹⁵, foi considerada um grande feito na história dos esforços internacionais para controlar as drogas ilícitas, sendo instrumento amplamente aceito¹⁶. Este instituiu um amplo sistema internacional de controle e atribuiu aos Estados-parte a responsabilidade pela incorporação das medidas ali previstas em suas legislações nacionais, além de ter reforçado o controle sobre a produção, distribuição e comércio de drogas nos países, e proibido expressamente o fumo e a ingestão de ópio, assim como a mastigação da folha de coca, e o uso não médico da *cannabis*.

É importante situar essa convenção no contexto da Guerra Fria, particularmente quando se fala do mastigamento de coca e da América do Sul Andina, pois, nesse período, as duas superpotências estavam estabelecendo suas áreas de

¹⁴ Além das convenções, foram assinados três Protocolos: o Protocolo de Genebra de 1946, o Protocolo de Paris de 1948 e o Protocolo para a limitação e regulação do cultivo da papoula, da produção e das trocas internacionais e do uso do ópio, de 1953.

¹⁵ Foi internalizada pelo Brasil por meio do Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964

¹⁶ BASSIOUNI, M. Cherif; THONY, Jean François. The International Drug Control System. In: (Org.). *International Criminal Law: crimes*. New York: Transnational Publishers, 1999, p. 920.

influência, sendo o continente americano área de influência dos Estados Unidos da América.

É interessante ainda observar que a Convenção de 1961 estabeleceu prazos para a eliminação gradual do ópio no prazo de 15 anos e da coca e da *cannabis* em 25 anos, mas isso nunca aconteceu.

Em que pese em seu preâmbulo tenha ficado registrado que a razão do incremento do controle seria “a preocupação com a saúde física e mental das pessoas”, o meio para alcançar tal objetivo era exclusivamente a absoluta proibição do uso e do comércio de tais substâncias e a repressão penal aos violadores dessa norma. Nesse momento nota-se a radicalização do controle internacional de drogas, que passou a buscar a total erradicação do consumo e da produção de determinadas substâncias, inclusive algumas que eram consumidas há milênios por tribos nativas da América Latina, como é o caso de folha de coca no Peru e na Bolívia. Pretendia-se, então, impor uma valoração negativa sobre uma cultura ancestral, sem levar em consideração a diversidade cultural dos povos, proibição esta que perdura até hoje, contra a qual vem se opondo o governo da Bolívia em especial, diante da violação aos direitos humanos das comunidades nativas da região. Na esfera da burocracia internacional, tal instrumento criou um sistema central de certificação de importação, exportação e de troca de informações através do *INCB – International Narcotics Control Board*.

Mas a grande novidade no controle penal das drogas no período que se seguiu foi a *Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971*¹⁷, que incluiu as drogas psicotrópicas no rol das substâncias proscritas. Destaque-se que, até então, apenas as drogas narcóticas relacionadas com o ópio, além da *cannabis* e da cocaína, estavam sujeitas a controle internacional, muito embora outras substâncias, como os estimulantes, anfetaminas e LSD, até então fora do controle, tivessem também efeitos psicoativos. Alegou-se, na ocasião, que os efeitos danosos dessas novas substâncias justificariam a extensão a estas dos mesmos controles existentes sobre os narcóticos. Assim, a partir de 1976, quando a Convenção finalmente entrou em vigor, essas novas substâncias, assim como os sedativos-hipnóticos e os tranqüilizantes foram submetidas a controle internacional.

¹⁷ A Convenção de 1971 entrou em vigor em 16/8/76. Foi internalizada pelo Brasil por meio do Decreto n. 79.388, de 14/3/77.

Em 1972, foi assinado um Protocolo emendando a Convenção de 1961¹⁸ para aumentar os esforços no sentido de prevenir a produção ilícita, o tráfico e o uso de narcóticos, mas também se registrou a necessidade de providenciar acesso a tratamento e reabilitação de drogados, em conjunto ou em substituição à pena de prisão nos casos criminais envolvendo adictos. Tal Protocolo é considerado importante, pois autorizava os Estados a adotarem medidas menos repressivas com relação aos usuários, especialmente a substituição do encarceramento, o que hoje serve como fundamento legal aos países europeus que adotam uma política alternativa para os usuários que incluem opção de tratamento e redução de danos.

Pouco a pouco, o sistema internacional de controle foi sendo ampliado e atingiu seu ápice com a vigente Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, o que se verá a seguir.

2.1.2 A Convenção de 1988 e o Sistema Atual de Controle de Drogas da ONU

A Conferência Internacional sobre o Uso Indevido e o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, realizada em Viena em junho de 1987, constitui o marco da internacionalização da política repressiva norte-americana para o mundo, ou seu *ponto de convergência* no âmbito internacional. Nessa ocasião, pela primeira vez, a Comunidade Europeia (atual União Europeia) se incorporou ao debate internacional sobre a matéria. Nesse evento, foi aprovado pelos governos um plano de atividades em matéria de fiscalização do uso indevido de entorpecentes, para a futura definição das políticas de drogas dos âmbitos internos dos países.

Um ano depois da conferência, foi aprovado o texto *da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988*¹⁹, ainda em vigor. O sistema internacional atual de controle de drogas nela baseado depende diretamente da participação dos Estados, que se comprometem a elaborar, implementar e ratificar tratados, sob os auspícios das Nações Unidas, que ditam os modelos uniformes de controle de substâncias. No final da década de 80 parecia que o consenso entre os governos tinha sido alcançado, considerando-se o fenômeno das drogas ilícitas como *um desafio coletivo global*, assentado *nos princípios da cooperação e da co-responsabilidade*, dentro da proposta repressiva.

¹⁸ O Protocolo de 1972 entrou em vigor em 8/8/75.

¹⁹ A Convenção da ONU de 1988 foi internalizada pelo Brasil por meio do Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991.

A Convenção da ONU de 1988 é um instrumento repressivo que pretende *combater* as organizações de traficantes, através da ampliação das hipóteses de extradição²⁰, cooperação internacional²¹ e do confisco de ativos financeiros dos traficantes²², unificando e reforçando os instrumentos legais já existentes. Foi então criado um sistema que visava a se opor ao poderio militar, econômico e financeiro alcançado pelo tráfico ilícito nesses anos de proibição. Esse instrumento internacional, para seus defensores, teria assegurado a coesão da resposta internacional contra o tráfico de drogas ao propor a harmonização das definições de tráfico de entorpecentes e assemelhados; a incriminação da lavagem de dinheiro de origem ilícita; e o reforço da cooperação internacional entre Estados, para adaptar os meios de combate aos novos desafios.

Trata-se de instrumento internacional quase exclusivamente voltado para a repressão, com o propósito confesso de aperfeiçoar os instrumentos repressivos existentes e introduzir novos, contemplando âmbitos até então fora do escopo das convenções. Por exemplo, podemos citar a adoção de medidas contra a lavagem de dinheiro como meio de combater o tráfico de drogas, tendo sido este o primeiro instrumento internacional a definir juridicamente esse delito²³, com a criação de regras para tentar controlar a circulação de capitais de origem criminosa. Como corolário da incriminação das infrações relativas ao branqueamento de capitais oriundos do tráfico de drogas, está previsto um procedimento especial de confisco dos bens dos traficantes²⁴. A persecução passou a ter uma vertente de combate financeiro, despertando o interesse dos estados na arrecadação e no congelamento dos bens e valores oriundos do negócio ilícito.

²⁰ O caráter internacional dos delitos de tráfico de entorpecentes e a necessidade de harmonização das legislações nacionais para facilitar a cooperação e a extradição entre os países, diante do princípio da dupla criminalização que deve orientar qualquer medida judicial a ser requerida, está prevista no art. 7º da Convenção em tela, e nos seus 20 parágrafos.

²¹ A necessidade de cooperação judicial está prevista no art. 9º da Convenção.

²² O confisco de bens de traficantes é regulado pelo art. 5º da Convenção da ONU de 1988.

²³ A definição de lavagem de dinheiro trazida pela Convenção distinguiu entre conversão, dissimulação e utilização dos bens, seguindo a tipologia convencional das três etapas de “branqueamento” ou “lavagem” aumentou o alcance da norma com relação ao sujeito ativo do delito de lavagem. Tal definição foi utilizada posteriormente como referência na elaboração dos instrumentos legais internacionais de lavagem de dinheiro, assim como influenciou numerosas legislações nacionais (Ex. Finlândia, art. 32 do CP; Reino Unido, *Justice Act* de 1993, art. 31; Luxemburgo, Lei de 5/4/93, art. 38; Portugal, Decreto-lei, 15/93, art. 23).

²⁴ Admite-se sejam objeto de confisco não só o lucro direto da venda de drogas, mas também outros produtos do tráfico, os bens que tenham sido adquiridos com esse lucro, e ainda outros bens utilizados para o exercício da atividade criminosa (carros, aviões, imóveis, armas etc.). Com essa inspiração, o legislador brasileiro editou a Lei n. 9.804/99, que alterou o art. 34 da Lei n. 6.368/76, prevendo a apreensão e o confisco de produtos usados para o exercício da atividade criminosa.

Em seu texto, insiste-se na utilização de termos bélicos, como “guerra às drogas”, “combate” aos traficantes, repressão e “eliminação” nas leis penais, o que, para Salo de Carvalho, determina o modelo repressivo e se incorpora ao imaginário político-criminal²⁵. A associação explícita entre o tráfico ilícito de drogas e as “organizações criminosas” também reforça esse modelo, pois se considera que estas teriam como objetivo “*minar as economias lícitas e ameaçar a segurança e a soberania dos Estados*”, além de “*invadir, contaminar e corromper as estruturas da Administração Pública...*”. O apelo à guerra era emocional e mesmo irracional. Foi com base neste último instrumento de 1988 que se internacionalizou de forma definitiva a política americana de “guerra às drogas”.

É interessante ressaltar o contexto histórico no qual se insere tal convenção, aprovada um ano antes da queda do Muro de Berlim, considerado pela historiografia como um episódio que marca o fim da Guerra Fria.

Dentre os objetivos principais declarados desse instrumento internacional estava ainda a meta de *erradicação* do cultivo de plantas narcóticas (o que se aplicava diretamente aos países produtores de coca da América Latina), e de aumento dos esforços contra a produção ilícita de drogas, incluindo o monitoramento e o controle de substâncias químicas usadas no preparo e manufatura de drogas ilícitas, especialmente a erradicação do cultivo de coca, mensagem clara aos agricultores da América Andina.

Especificamente sobre a questão criminal, a Convenção obrigava os Estados signatários a adotarem as medidas que fossem necessárias para tipificar como crime em suas leis internas todas as atividades ligadas à produção, venda, transporte e distribuição das substâncias incluídas nas listas das Convenções de 1961 e 1971 (art. 3, §1). A ampla aceitação de tal instrumento fez com que a definição de tráfico de entorpecentes contida no art. 3.1.a. da referida Convenção tenha sido contemplada de forma harmônica nos sistemas penais de diversos países. Com o objetivo declarado de uniformizar a descrição típica das ações ilícitas pelos estados signatários, a Convenção ampliou o alcance das chamadas “ofensas relacionadas com drogas”, pois além da incriminação do tráfico e do uso de drogas, determinou a previsão legal da proibição e apreensão de equipamentos e materiais destinados a uso na produção de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (precursores); a criminalização da incitação pública do uso e consumo de drogas; a

²⁵ CARVALHO, Salo. A atual política brasileira de drogas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 9, n. 34, p. 132, abr./jun. 2001.

punição da participação no crime de tráfico; a associação, tentativa, cumplicidade e assistência para a prática deste tipo de delito.

Nesse sentido, especialmente na América Latina, sua influência nas legislações nacionais foi marcante.²⁶ A repressão penal pela primeira vez inclui o usuário de drogas, pois a Convenção de 1988 considera como tráfico ilícito também a posse, a compra ou o cultivo para o uso pessoal, o que configura uma medida tanto questionável do ponto de vista dos direitos humanos, como pouco recomendável em termos de política criminal, por ser a prisão estigmatizante e ineficaz.

Em sentido contrário ao texto da Convenção, nos últimos anos, porém, vários países europeus, notadamente Portugal e Espanha, têm pautado sua política criminal pela descriminalização ou despenalização do usuário de drogas. Mesmo tendo ratificado a Convenção em tela, a Holanda, embora ainda mantenha em suas leis a incriminação do uso, em decorrência das obrigações internacionais assumidas, tolera, na prática, tanto a posse como o próprio comércio de *cannabis* em pequena quantidade, em locais próprios, conhecidos como *coffee shops*, que possuem licença especial para essa finalidade.

Do ponto de vista administrativo, as três Convenções das Nações Unidas sobre drogas criaram dentro da organização órgãos encarregados de controlar a evolução mundial do fenômeno do abuso e tráfico de drogas, e de monitorar os Estados-Membros no cumprimento das suas obrigações. Os órgãos encarregados são organizados por três poderes: o “poder político-legislativo”, exercido pela Assembleia Geral da ONU e pela *Comission on Narcotic Drugs* - CND²⁷ (ligada à estrutura do Conselho Econômico e Social - ECOSOC), espaços onde as opções de política de combate às drogas são debatidas e definidas; o “poder judiciário”, representado pelo *International Narcotic Control Board* - INCB²⁸, que é um órgão independente, com poder de impor sanções no caso de desrespeito às convenções; e o “órgão executivo” constituído pelo Escritório

²⁶ Conforme afirma Raúl ZAFFARONI, “A partir da década de 80, toda a região sancionou leis antidrogas muito parecidas, em geral por pressão da agência estadunidense especializada, configurando uma legislação penal de exceção análoga a que antes havia sido empregada contra o terrorismo e a subversão. Estas leis, que em sua maioria permanecem em vigor, violaram o princípio da legalidade, multiplicaram verbos conforme a técnica legislativa norte-americana, associaram participação e autoria, tentativa, preparação e consumação, desconheceram o princípio da ofensividade, violaram a autonomia moral da pessoa, apenaram enfermos e tóxico-dependentes...” In: *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 52.

²⁷ A CND é composta por 53 países-membros eleitos pelo ECOSOC para um mandato de quatro anos e se reúne anualmente em Viena, Áustria.

²⁸ O INCB é um órgão independente e possui 13 membros eleitos com base em sua capacidade pessoal, pois não representam os Estados-membros, que são eleitos para um mandato de 5 anos.

das Nações Unidas para Drogas e Crime - UNODC), que é presidido por seu diretor executivo. Nota-se que o tratamento repressivo em relação à droga é expresso na própria denominação do órgão especializado, que trata de “drogas e crime”.

Assim, o controle sobre as drogas ilícitas das Nações Unidas está atualmente baseado na estrutura estabelecida nas Convenções de 1961, 1971 e 1988, que se organiza em um sistema de classificação de substâncias dividido em quatro tabelas, com base na necessidade de imposição de controle maior ou menor das substâncias ali previstas, tendo em vista os seus riscos de abuso e de dependência.

Na tabela 1 estão previstas as drogas de estrita proibição, sujeitas às mais severas restrições, tais como: a *cannabis*, o haxixe, o ópio, a folha de coca, os opiáceos, as drogas derivadas da cocaína e um grande número de drogas sintéticas. Tais substâncias têm o seu uso proscrito, aceitando-se excepcionalmente seu emprego para fins médicos-científicos.²⁹

A tabela 2 inclui poderosos barbitúricos e drogas do tipo anfetamina com valores terapêuticos, além de novas drogas sintéticas; enquanto a tabela 3 trata de preparos medicinais que contêm drogas narcóticas, sujeitas ao mesmo controle das drogas que contêm. A tabela 4 inclui drogas já listadas na tabela 1, que são consideradas particularmente perigosas e em razão disso as Partes podem querer aplicar a elas medidas especiais de controle³⁰.

Portanto, pode-se dizer que o sistema das Nações Unidas se sustenta nos seguintes pontos: i) é um modelo uniforme de controle que submete as substâncias proibidas a um regime internacional de interdição, sendo o seu uso terapêutico bastante restrito; ii) defende-se a criminalização do uso e do comércio, com opção primordial pela pena de prisão; iii) o tratamento e a prevenção ao uso de drogas ilícitas não é priorizado; iv) rejeição de alternativas, dentre elas as medidas de redução de danos, como a troca de seringas; v) não reconhecimento de direitos das comunidades e povos indígenas em relação ao uso de produtos tradicionais, como a folha de coca, diante da meta de erradicação das plantações e da cultura tradicional.

Por outro lado, uma leitura crítica dos termos da Convenção traz indicações de limites das recomendações internacionais de criminalização em relação ao direito

²⁹ Destaque-se a exceção feita ao uso de plantas que contenham substâncias psicotrópicas elencadas na lista I quando resultante de costumes culturais de grupos étnico-culturais, relacionados com cerimônias de caráter religioso (art. 32, 4).

³⁰ BASSIOUNI, M. Cherif; THONY, Jean François. The International Drug Control System. In: _____. (Org.). *International Criminal Law: crimes*. New York: Transnational Publishers, 1999, p. 923.

interno, como, por exemplo, no art. 3º, n. 2 da Convenção, que faz reserva aos princípios constitucionais na decisão dos Estados de criminalizar a posse de substâncias psicotrópicas:

2. Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, a aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971.

Além disso, a noção de proporcionalidade das sanções também está presente no texto convencional, no art. 3, item 4, letra a, redigido da seguinte forma:

4. a) Cada uma das Partes disporá que, pela prática dos delitos estabelecidos no parágrafo 1 deste Artigo, se apliquem sanções proporcionais à gravidade dos delitos, tais como a pena de prisão, ou outras formas de privação de liberdade, sanções pecuniárias e o confisco. (grifo nosso).

Não obstante, a internalização de tal instrumento pelo Brasil seguiu uma linha interpretativa restrita e punitiva, por conta da grande influência norte-americana no Brasil, o que pode ser observado tanto na Lei n. 6368/76 como na Lei n. 11.343/06, com relação à redação dos tipos penais de tráfico de drogas, de forma diferenciada daquele adotado pelos países europeus.

Ao compararmos as redações dos tipos nas leis de drogas da América Latina, observa-se uma tendência à generalização das condutas e desproporcionalidade das penas, na linha das leis norte-americanas

Porém, diante do fato de que tais medidas repressivas de controle adotadas pelos Estados, que aderiram maciçamente à Convenção de 1988, não surtiram o resultado desejado, e da persistência do fenômeno da droga em todas as regiões do mundo, tendo sido constatado o incremento do uso e do comércio das substâncias proibidas, começaram as pressões pela modificação desse sistema de controle.

No caso específico do Brasil (e dos países em desenvolvimento em geral), apesar de ser subscritor de todos os tratados e seguir fielmente o modelo internacional imposto pelas Nações Unidas, além de não ter sido contido ou eliminado o uso e a venda de drogas, se nota que os problemas sociais decorrentes da manutenção do mercado ilícito de drogas são ainda mais graves do que alhures.

2.1.3 A Assembleia Geral das Nações Unidas para o problema das drogas/UNGASS

Com o objetivo de se discutir o problema mundial das drogas, em junho de 1998, realizou-se em Nova Iorque uma Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU (UNGASS).

Na época, a questão que se colocava era que, desde 1912, quando a comunidade internacional criou o primeiro instrumento multilateral de controle de drogas, 13 instrumentos internacionais foram discutidos, redigidos, assinados e ratificados pela maioria dos países do mundo, que decidiram adotar uma estratégia comum para lidar com o problema das drogas. No entanto, conforme já se questionava naquela ocasião, poucos resultados práticos foram alcançados, diante da manutenção da produção, tráfico e consumo de drogas ilícitas em todo o mundo, em que pesem todos os esforços de controle.

Destaque-se também que, entre 1991 e 1998, a Assembleia Geral das Nações Unidas expandiu os mandatos da CND – ³¹ para capacitá-la a funcionar como o órgão diretor do UNODC, aprovar seu orçamento e monitorar os resultados da Sessão Especial da Assembleia Geral em contraposição ao problema global das drogas.

Nos debates sobre o tema realizados na ocasião, se formaram três posições: de um lado, os ardorosos defensores dos tratados existentes, que desejavam que a ONU reafirmasse e reforçasse o sistema mundial de controle repressivo; de outra parte, alguns países da América Latina que consideravam injusto o regime atual com os países produtores de drogas naturais (como coca e ópio), e buscavam uma mudança com base na noção de “responsabilidade compartilhada”. Além disso, sustentavam que a responsabilidade maior deveria ser atribuída aos países consumidores, e que o foco deveria estar na redução do consumo, no financiamento do desenvolvimento alternativo, além da adoção de medidas mais rigorosas contra a lavagem de dinheiro, e para prevenir o desvio dos precursores. Por fim, havia um terceiro grupo de países para os quais a

³¹ A Comissão revisa e analisa a situação global do controle de drogas, considerando as questões relacionadas de prevenção ao abuso de drogas, reabilitação de usuários de drogas e oferta e tráfico de drogas ilícitas. Além disso, tem importantes funções normativas e tratativas designadas a ela pela Convenção Única Sobre os Estupefacientes de 30 de março de 1961, e seu Protocolo de 1972, a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas de 21 de fevereiro de 1971, e pela Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 19 de dezembro de 1988. Como um órgão tratativo inferior às Convenções, a Comissão pode decidir colocar drogas narcóticas, substâncias psicotrópicas e precursores químicos sob controle internacional ou remover ou transferi-los das listas existentes de substâncias sob controle internacional. Fonte: www.unodc.org

impossibilidade de solucionar ou reduzir os problemas crescentes estavam na própria validade das políticas aplicadas, razão pela qual defendiam uma abordagem mais pragmática na linha da redução de danos, que consideravam a mais adequada, diversa da proposta de tolerância zero defendida pelos Estados Unidos.³²

Apesar do sucesso e dos bons resultados alcançados pela política de redução de danos, depois das primeiras experiências feitas por vários países, inclusive o Brasil³³, na UNGASS de 1998 o tema enfrentou séria rejeição por parte de alguns países, sob a alegação de “estimularia o consumo de drogas”³⁴. Apesar de esse modelo de prevenção ser recomendado pela Organização Mundial de Saúde - OMS e pela UNAIDS, agência especializada da ONU para a prevenção da AIDS³⁵, ainda há grande resistência, até hoje, à implementação de tais medidas, em especial nos órgãos internacionais de controle de drogas como o CND.

A ausência de reconhecimento formal das políticas de redução de danos por parte dos órgãos internacionais de controle de drogas está inserida no contexto ideológico e geopolítico, podendo ser atribuído ao endurecimento da posição dos Estados Unidos, maiores financiadores da ONU, contra esse tipo de estratégia e, ainda, à força de outros países conservadores, como a China, a Rússia e o Japão, dentre outros, que sofrem influências moralistas e religiosas para manter o sistema atual, na linha do paradigma da abstinência, que sustenta o modelo proibicionista, rejeitando a proposta “reducionista” que trabalha com a meta da moderação e da proteção da saúde por meio da redução dos riscos.³⁶

³² JELSMA, Martin. *The current state of drug policy debate: Trends in the last decade in the European Union and United Nations*. Paper apresentado ao Primeiro Encontro da Comissão Latino-americana sobre Drogas e Democracia, realizado em abril de 2008. Disponível em: www.tni.org.

³³ No Brasil, a política de redução de danos foi oficialmente reconhecida e regulamentada pelo Governo Federal em 04.07.05. por meio da Portaria n. 1.028/95 do Ministério da Saúde, considerada um marco histórico ao regulamentar “as ações que visem à redução de danos sociais e à saúde decorrentes do uso de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência”, que passaram oficialmente para o campo da saúde pública. A tendência atual é no sentido de serem ampliadas as possibilidades, inclusive com a aplicação de estratégias preventivas a todos os tipos de abusos de drogas, inclusive as lícitas, como o álcool e o cigarro.

³⁴ Cf. INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM. *The 2005 United Nations Commission on Narcotic Drugs*. Position Paper. Disponível em: http://www.internationaldrugpolicy.net/reports/BeckleyFoundation_PositionPaper_01.pdf.

³⁵ Essas agências produziram um *paper* em 2004 denominado: *Policy Brief: Provision of Sterile Injecting Equipment to Reduce HIV Transmission*.

³⁶ Para maior aprofundamento da discussão sobre os modelos atuais de políticas de drogas e os paradigmas proibicionistas frente às novas propostas de redução de danos, vide BOITEUX, Luciana. *Controle Penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

A declaração política³⁷ acordada por consenso pelos países-membros, em junho de 1998, praticamente manteve a mesma linha, e as estratégias anteriores de redução da oferta e da demanda de drogas, reafirmando a vigência do sistema das três Convenções, e propondo como meta alcançar, em dez anos, uma sociedade “*livre de drogas*”³⁸, tendo os países se comprometido de eliminar ou reduzir de forma significativa a produção, venda e o tráfico de drogas psicotrópicas, especialmente a eliminação do cultivo da coca, papoula e *cannabis* no ano de 2008.³⁹ Mesmo depois do fracasso dos prazos determinados pela Convenção de 1961 referidos anteriormente, nada mudou, mas apenas adiou-se os prazos para cumprimento da meta proposta.

Em 1998, os representantes dos países e dos órgãos internacionais de drogas se recusaram a admitir o fracasso evidente das políticas das Nações Unidas, e continuaram a idealizar (pelo menos publicamente) um “mundo livre de drogas” como meta fixada para 2008, para quando foi prevista oficialmente a revisão do Plano de Ação da ONU para as drogas, ou seja, dez anos depois da UNGASS. Ao processo iniciado se seguiu um período de reflexão que resultou em uma série de Planos de Ação nos temas de redução da demanda, substâncias precursoras, anfetaminas, lavagem de dinheiro e desenvolvimento alternativo.

Desde então, se intensificaram as críticas e as objeções à política oficial de drogas da ONU, que reiteradamente vinha se mostrando tão pouco eficiente para a proteção da saúde pública, diante da manutenção do consumo e do abuso de drogas ilícitas e do fortalecimento do negócio do tráfico de drogas.

Por outro lado, a política de drogas defendida pela ONU já vinha sendo questionada na prática por alguns países europeus, que deram outros rumos às suas políticas internas, reconhecendo os excessos do modelo vigente. Porém, tanto os EUA como a China e os países asiáticos, além de parte da América Latina, e dos países em desenvolvimento, continuaram adotando o modelo internacional, com todas as conseqüências adversas dessa escolha.

³⁷ A Declaração pode ser acessada em <http://www.un.org/documents/ga/res/20sp/a20spr02.htm> .

³⁸ O texto original da Declaração de 1998 foi o seguinte: “19. Saudamos o projeto global do Programa Internacional de Controle de Drogas das Nações Unidas para a eliminação dos cultivos ilícitos e comprometemo-nos a trabalhar em estreito contato o Programa Internacional de Controle de Drogas das Nações Unidas para desenvolver estratégias visando eliminar ou reduzir significativamente o cultivo ilícito da coca, da *cannabis* e da papoula, até o ano 2008...”

³⁹ Para uma história detalhada do processo da UNGASS 1998, conferir em JELSMA, Martin. Drugs in the UN system: the unwritten history of the 1998 United Nations General Assembly Special Session on drugs. *International Journal of Drug Policy*, April 2003 (Volume 14, Issue 2). Também disponível em: www.ungassondrugs.org.

Vejamos então o que ocorreu no período de reflexão que se seguiu à UNGASS 1998.

2.1.4 O período de dez anos de reflexão (1998-2008)

O período de dez anos de reflexão sobre a política internacional de drogas foi bastante produtivo do ponto de vista do debate acadêmico e político, e serviu para reforçar todas as críticas que já eram feitas em 1998 à política adotada pela ONU.

Na realidade, desde a década de oitenta, mas especialmente nos últimos dez anos, dedicados à avaliação das políticas de drogas, um crescente número de países – incluindo alguns europeus – direcionaram-se para outro modelo de política de drogas, bastante diverso do atual, objetivando maior equilíbrio entre a repressão e prevenção. Da mesma forma, a sociedade civil começou a se organizar em redes internacionais de organizações não-governamentais para apoiar a estratégia de “promover um lento e gradual aprimoramento das políticas atuais”, buscando um sistema global apto a proteger “o bem-estar da humanidade, que garanta alguns controles sobre substâncias potencialmente danosas, com flexibilidade suficiente, e que imponha limites no nível de repressão que é imposto a usuários e comerciantes e produtores de menor escala”⁴⁰.

As discussões no período referido giraram basicamente em torno dos seguintes temas: redução da oferta (que incluía as medidas de erradicação da produção de produtos naturais como papoula, folha de coca e *cannabis*, visando à restrição ou redução da produção de drogas), redução da demanda (cujos princípios deveriam seguir um enfoque balanceado, ou integrado, com a redução da oferta, incluindo a prevenção, a educação e o tratamento do abuso de drogas), e cooperação internacional, tendo sido realizados vários encontros e discussões a respeito.

O processo de reflexão contou com a participação de ONG's que se reuniram sob os auspícios do UNODC, no foro *Beyond 2008*, devendo ser ressaltada a postura ativa da União Europeia, com suas políticas de redução de danos e de alternativas à prisão do usuário, opostas àquelas defendidas pelos Estados Unidos, especialmente pelo Governo Bush.

Finalmente, passaram-se os dez anos e a meta almejada, de um mundo “livre de drogas” não foi alcançada. Apesar disso, o UNODC, em seu relatório mundial sobre

⁴⁰ JELSMAN, Martin. *The current state of drug policy debate: Trends in the last decade in the European Union and United Nations*. Paper apresentado ao Primeiro Encontro da Comissão Latino-americana sobre Drogas e Democracia, realizado em abril de 2008. Disponível em: www.tni.org.

as drogas de 2008 afirmou que, se os problemas com o abuso de drogas não tinham sido resolvidos, pelo menos tinham sido contidos, o que foi questionado pelos especialistas.

Do ponto de vista dos acadêmicos e pesquisadores da área considera-se, com base nos próprios (e reconhecidamente falhos) dados estatísticos das Nações Unidas (cuja fonte são os Estados) que a política proibicionista fracassou aos fins que se propôs pois, além de não ter conseguido “proteger” a saúde pública, ainda serviu de fator agravante na pandemia da AIDS e outras doenças, além de ter agravado a situação social dos países periféricos.

Esse fracasso ocorreu tanto nos países ricos, que possuem toda a estrutura necessária, inclusive financeira, tanto de repressão quanto de saúde, quanto nos menos desenvolvidos, nos quais as consequências danosas foram ainda mais graves. Os efeitos perversos⁴¹ da proibição da droga são potencializados nos países marcados pela desigualdade e pela exclusão social, como é o caso do Brasil e dos demais países em desenvolvimento, muito embora sejam também detectados nos países desenvolvidos.

Porém, se considera que tais efeitos não devem ser vistos como um descuido, nem como decorrentes da má operação do sistema penal, pois, ao contrário,

a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.⁴²

Muitas foram as expectativas sobre como seriam organizadas as discussões a serem travadas pela comunidade internacional na avaliação da política mundial de drogas. Inicialmente, imaginava-se que seria realizada uma nova UNGASS (Assembleia Geral), mas o que acabou ocorrendo foi a convocação de uma reunião do *High Level Segment* (Comitê de Alto Nível), realizada dois dias antes da reunião anual da CND, de 10 a 20 de março de 2009 na sede da ONU em Viena, Áustria.

⁴¹ Efeitos perversos são efeitos não intencionais ou involuntários, que emergem como resultados produzidos pela composição e combinação de ações voluntárias, intencionais e deliberadas, originariamente independente e orientadas para finalidades particulares muito diferentes, entre si e com relação às consequências do para a sociedade do entrecruzamento daquelas ações. Esse conceito foi introduzido por BOUDON, Raymond. *Efeitos perversos e ordem social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, apud TAVARES, José Antônio Giusti. A repressão, a lei e o mercado na equação política do problema das drogas. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 3, v. 3, n. 2, p. 89-103. abr./ maio/jun., 1990.

⁴² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 15.

Dentre as expectativas de mudança esperadas pela sociedade civil estavam temas considerados polêmicos como o reconhecimento oficial da política de redução de danos pelos órgãos de controle de drogas, a proporcionalidade das penas, a redução do controle (despenalização ou descriminalização) dos usuários e drogas, e o reconhecimento dos seus direitos individuais, além dos direitos coletivos dos povos indígenas (especialmente com relação aos cultivos tradicionais nos Andes, na Ásia e África).

Assim, cerca de três meses antes da reunião agendada, começaram as reuniões dos diplomatas dos diversos países para negociar a redação da Declaração Política que seria submetida à Reunião de Alto Nível, com o objetivo de alcançar o consenso, forma pela qual tradicionalmente são decididas as questões nas Nações Unidas, especialmente na CND.

As maiores dificuldades nessas negociações estavam na ameaça de veto por parte de alguns países, o que criaria um impasse que poderia impedir a aprovação do documento por consenso. Foi iniciada, então, uma verdadeira batalha a favor da inclusão do termo “redução de danos” no documento oficial. Havia, claramente, dois extremos: dos países contra e dos a favor da redução de danos. O interessante, como já se disse, é que tal conceito e terminologia já são aceitos sem problemas por outros importantes órgãos da ONU, como a OMS, consideradas como de eficácia comprovada, mas não eram reconhecidos oficialmente pelos órgãos internacionais de controle de drogas, nem pela CND.

Com relação à questão dos direitos humanos, que sempre esteve ausente das discussões de políticas de drogas, em decorrência de um encaminhamento feito pelo Uruguai na reunião da CND de 2008 e pela pressão da sociedade civil, o tema voltou a ganhar força para ser incorporado à posição oficial dos países. As divergências versavam sobre a questão da aplicação igualitária de direitos humanos e liberdades fundamentais, tanto na redução da demanda como da oferta de drogas. Além disso, se pretendia incluir no texto expressamente a supremacia dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as convenções de drogas. Tal questão será analisada no próximo item.

Outro tema polêmico que estava sendo analisado, ainda pouco discutido no Brasil, foi o desenvolvimento alternativo, relacionado aos cultivos ilícitos em diversos

países, mas especialmente no Afeganistão e na região andina. A proposta das ONG's era a de incluir no texto a ser aprovado a substituição da erradicação forçada por formas alternativas de cultivo que permitissem aos agricultores das regiões alternativas gerarem outras possibilidades de sobrevivência integrada, respeitando as suas tradições e necessidades.

2.1.5 A Reunião da Comissão de Drogas Narcóticas da ONU de 2009

2.1.5.1 Análise do regime internacional de controle de drogas sob a ótica crítica das relações internacionais

O regime internacional de repressão às drogas ilícitas se desenvolveu em grande medida devido à hegemonia norte-americana. Em razão disso, cabe aqui trabalhar com Robert Cox⁴³, segundo o qual, historicamente, para se tornar hegemônico, um Estado teria que fundar e proteger uma ordem mundial universal em termos de concepção, na qual um Estado não explore o outro diretamente, mas a maioria deles possa considerá-la compatível com seus interesses. Ainda segundo o autor, as hegemonias no plano mundial foram fundadas por Estados poderosos, que passaram por uma revolução social e econômica completa (caso dos Estados Unidos), que modifica não só as estruturas desse Estado, como também liberam estratégias que se expandem para além de suas fronteiras.

Assim, uma hegemonia mundial é, inicialmente, uma expansão para o exterior de uma hegemonia estabelecida por uma classe dominante. Essa hegemonia é, então, imposta aos países periféricos como revolução passiva (conceito que o autor retira de Gramsci, referente a revoluções sem sublevação das classes populares). Tais países, que não passaram por nenhuma revolução social completa, nem desenvolveram suas economias de forma semelhante, procuram incorporar elementos do poder hegemônico sem que as antigas estruturas de poder sejam afetadas. Porém, embora os países periféricos adotem alguns aspectos econômicos e culturais do núcleo de poder hegemônico, têm menos condições de adotar seus modelos políticos. Dessa forma, no modelo hegemônico mundial, a hegemonia é mais coerente no centro, e mais contraditória na periferia.⁴⁴

⁴³ Robert COX é um dos maiores expoentes da teoria crítica das relações internacionais, que aplica ao sistema internacional o conceito de hegemonia gramsciano (hegemonia como consenso – obtido pela sociedade civil - e coerção- utilizada de forma latente).

⁴⁴ COX, Robert W. Gramsci, hegemonia e relações internacionais: um ensaio sobre o método. In: GILL, Stephen (org.). *Gramsci, Materialismo histórico e relações internacionais*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007, p. 117-118.

Cox também sublinha o papel das organizações internacionais no sistema internacional. Para o autor, estas seriam mecanismos de hegemonia mundial, pois: *i*) corporificam as regras que facilitam a expansão das ordens mundiais hegemônicas; *ii*) são produtos próprios da ordem mundial hegemônica; *iii*) legitimam ideologicamente as normas da ordem mundial; *iv*) cooptam as elites dos países periféricos; *v*) absorvem idéias contra-hegemônicas.⁴⁵ Nessa perspectiva, pode-se dizer que as organizações internacionais cumprem no plano internacional o papel que a sociedade civil cumpre no plano interno, ou seja, o de garantir o consenso social no sistema.

Isso é precisamente o que ocorre no regime internacional de controle de drogas. A ONU, onde se desenvolveram os mais significativos tratados internacionais sobre essa temática, estabeleceu normas que facilitaram a expansão da hegemonia norte-americana, fazendo com que o modelo punitivo e repressivo de controle de drogas fosse aplicado internacionalmente, com conseqüências desastrosas, como o aumento significativo de vítimas do HIV e violações maciças de direitos humanos. Além disso, a ONU legitimou ideologicamente esse regime, apresentando-o como protetor dos direitos humanos e das políticas de saúde pública, quando, de fato, não foi isso que aconteceu (essa legitimação ideológica fica bastante patente no mote *A drug free world: we can do it*, que era a meta esperada em 2008).

Isso acontece devido às próprias estruturas formais de funcionamento desse tipo de organização internacional. Justamente por serem fruto de uma ordem hegemônica, essas estruturas das organizações internacionais cristalizam essa hegemonia. Tal fato ocorre independentemente de a participação formal pesar em favor das potências dominantes ou basear-se em um voto por Estado (caso da Assembleia-Geral da ONU e das conferências para confecção e aprovação de tratados internacionais), pois, mesmo nesse último caso, “o Estado dominante encarrega-se de garantir a aquiescência de outros Estados de acordo com uma hierarquia de poderes no interior da estrutura de hegemonia entre os Estados. Alguns países de segundo escalão serão previamente consultados para que seu apoio seja assegurado”⁴⁶.

Como se verá a seguir, esta talvez possa ser a explicação do porquê, apesar de todas as pressões da sociedade civil e dos países que seguem políticas de drogas diferenciadas, não houve nenhuma mudança de rumo na reunião da CND de 2009.

⁴⁵ COX, Robert, op. cit, p. 119.

⁴⁶ Idem, p. 120.

2.1.5.2 O fim do Consenso de Viena?

O objetivo da reunião da CND de 2009, que reuniu 52 países em Viena, na sede da ONU, era o de redigir uma declaração política que traçasse a política oficial da ONU para os próximos dez anos. Como antes visto, era a época prevista para a reavaliação dos dez anos das políticas, desde a UNGASS de 1998, cuja meta fora alcançar “um mundo livre de drogas em 2008”.

No discurso apresentado em Viena, Antonio Maria da Costa, Diretor-Executivo do UNODC, apesar de admitir parte do fracasso das políticas de drogas da ONU com relação à meta proposta, atribuiu tal ocorrência à implementação inadequada das convenções anteriores e à falta de vontade política dos países, destacando que, em sua visão, o sucesso do atual sistema de controle poderia ser exemplificado por “não ter havido crescimento do consumo”. Nota-se aqui a cautela típica dos burocratas, especialmente quando Costa menciona que se deveria evitar posições extremas, tanto por parte dos países que condenam pessoas à pena de morte por crimes envolvendo drogas, como também pelo que ele chama de “*lobby* pró-droga”, ou seja, os movimentos em favor da legalização.

Por outro lado, percebe-se na fala do Diretor do UNODC maior abertura a questões sensíveis, como a saúde do usuário, o respeito aos direitos humanos, e a noção de responsabilidade compartilhada das nações na implementação e financiamento do controle de drogas, o que não deixa de ser positivo. Aliás, a gestão de Antonio Maria da Costa à frente do UNODC caracterizou-se pelo diálogo com a sociedade civil, ainda que para defender o ponto de vista do sistema. Chamou a atenção, inclusive, a sua presença na *Drug Policy Alliance Conference*, realizada em 2007, em Nova Orleans, nos EUA, considerado o maior evento de política alternativa de drogas daquele país. Naquela ocasião, já se notava a preocupação da ONU em se aproximar dos debates críticos, possivelmente para reduzir o desgaste de sua imagem diante do fracasso da meta do *drug free world*.

Excepcionalmente em 2009, a programação da CND em Viena se iniciou com a Reunião de Alto Nível, que contou com a presença de chefes de Estado e de representantes dos governos. Na realidade, porém, os verdadeiros debates ocorreram antes da reunião propriamente dita, quando os diplomatas dos países se reuniram para esboçar e aprovar a declaração política do Segmento de Alto Nível, que antecede a reunião da Comissão. Na realidade este já estava negociado e redigido quando os chefes

de Estado chegaram a Viena, ou seja, as decisões já estavam tomadas, e a reunião pública seria apenas o momento solene para sua formalização. Tal fato reforça a análise de Cox acima citada, que aponta para as negociações prévias, nas quais o Estado hegemônico garante o acordo político para a manutenção de suas posições, inclusive com a consulta a países “de segundo escalão”, para que seja assegurado mais esse apoio.

Uma análise das discussões prévias a respeito da inclusão do termo “redução de danos” no documento oficial ilustra bem essa situação. Nos últimos dias antes da abertura da reunião oficial, quando justamente se discutia e negociava o conteúdo da declaração final, houve um impasse nas negociações para a redação do Plano de Ação para 2019. Como não foi possível, naquele momento, uma saída negociada, foi feita uma votação para saber os países que estariam a favor de incluir uma nota de rodapé em seguida à expressão *other related services*, com a seguinte redação proposta: “alguns Estados-membros chamam estes outros serviços relacionados de ‘redução de danos’”. Se manifestaram a favor os Países Baixos, Alemanha, Reino Unido, Suíça, Portugal, Espanha, Noruega, Eslovênia, Polônia, Canadá, Argentina e Equador (total de 12 países). Porém, foram contrários a esta inclusão os Estados Unidos, Rússia, Paquistão, Irã, Malásia, Índia, Sudão, Nigéria, Filipinas, Japão, Indonésia, Colômbia e Itália (13 países presentes). Os demais não expressaram sua opinião. Diante disso, a presidente da Comissão decidiu apagar qualquer referência à redução de danos na Declaração Política do Segmento de Alto Nível.⁴⁷

Assim, durante a reunião pública, que durou dois dias e antecedeu a reunião da anual da CND, mas com a declaração política já acordada, todos os representantes dos países expuseram as suas políticas nacionais sobre drogas.

Nesse sentido, teve impacto entre os presentes a declaração lida pelo representante do governo brasileiro, o Ministro-Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, General Jorge Armando Felix, o qual, após mencionar que algumas metas haviam sido alcançadas, disse expressamente que o objetivo da UNGASS 1998 de um mundo livre de drogas em 2008 provou ser inalcançável, e apontou para as consequências sociais do aumento da violência e da população prisional, relacionada com o mercado de drogas ilegais, assim como para o aumento da mortalidade de jovens, além da exclusão social⁴⁸.

⁴⁷ Informação recebida de representantes de organizações não governamentais que mantinham representantes em todas as reuniões, que foram repassadas informalmente àqueles que estavam presentes em Viena.

⁴⁸ Vide a íntegra do discurso no *site* www.obid.senad.gov.br.

No discurso brasileiro, mencionou-se ainda a necessidade de uma sistemática revisão das políticas de drogas, e de se pensar em mudanças, especialmente no que se referem às estratégias de redução de danos, às pesquisas sobre dependência de drogas, à garantia dos direitos humanos dos usuários de drogas, para a correção do desequilíbrio entre os investimentos na redução da oferta e da demanda de drogas, o incremento de ações e programas de prevenção baseados em dados científicos, com ênfase nas populações mais vulneráveis, além do aumento de acesso ao tratamento entre usuários de drogas.

Considera-se que o papel do Brasil na atualidade é o de vanguarda na política de drogas da América Latina, pela política oficial brasileira de redução de danos e a descarcerização do usuário na nova lei, tendo em vista que os demais países do continente aplicam políticas mais repressivas do que a brasileira. O Brasil se aproxima mais da linha proibicionista moderada dos países da Europa Continental do que da política norte-americana federalista.

Na CND, a maioria dos países europeus, além do Canadá e da Nova Zelândia reafirmaram as suas políticas de redução de danos e defenderam uma visão mais humanista e respeitadora dos direitos humanos. A Itália, por outro lado, rompeu com a posição comum da Comunidade Europeia, e defendeu uma política repressiva dura, contra usuários e traficantes.

Um acontecimento marcante na citada reunião foi a presença do Presidente da Bolívia, Evo Morales, que destacou as diferenças entre a folha de coca e cocaína e pediu a retirada daquela da lista classificatória de drogas ilícitas da ONU, exigindo o respeito ao uso e ao cultivo da folha de coca nos países andinos.

A posição da China, Rússia e dos países asiáticos foi mantida, no sentido de rejeitar as políticas de redução de danos, mesmo contra todas as evidências dos riscos de contágio de HIV e outras doenças pelos usuários de drogas nesses países, que poderia ser reduzida por programas de trocas de seringas, mas que não são autorizados pelos seus governos. Seguindo essa linha repressiva, mesmo diante da situação sensível da contaminação pelo vírus da AIDS nos países mais pobres, seus dirigentes continuam alinhados com as potências hegemônicas. Tal circunstância confirma o que se referia Cox sobre os acordos com países periféricos para manutenção da hegemonia.

A manifestação dos Estados Unidos foi de certa forma decepcionante, pois havia uma expectativa de mudanças da política de drogas do Governo Bush, em decorrência da eleição de Barak Obama, e da nomeação do novo czar antidrogas

daquele país, mas não houve nenhuma mudança radical. A declaração norte-americana foi contraditória, pois apesar do governo dizer que apoia programas de trocas de seringas e de acesso a programas de substituição (como no caso de dependência de opiáceos), os EUA consideram “ambígua” a expressão “redução de danos”, pois esta “é interpretada por alguns como incluindo algumas práticas que não são aceitas pelos Estados Unidos, que não desejam vê-las incluídas nem na Declaração Política nem no Plano de Ação”.

Com base nos discursos oficiais dos países, foi interessante notar que a declaração final de fato não representava um panorama real das políticas internas dos países, mas a posição hegemônica das potências, pois a aparente decisão de consenso, apesar de formalmente aprovada dessa maneira, não refletia as políticas nacionais expostas na tribuna da ONU.

Nesse sentido, o acontecimento mais surpreendente em Viena foi, sem dúvida, o momento posterior à aprovação do Plano de Ação e da Declaração Política, que se deu sem votação, por aclamação, evidenciando um aparente consenso. Em seguida, a representante do Governo da Alemanha pediu a palavra e leu uma “declaração interpretativa” do texto oficial, assinada por 25 países, dentre os quais Alemanha, Portugal, Espanha, Austrália, Bolívia, Espanha, Bulgária e Suíça. No texto lido, foi feita referência justamente à nota de pé de página antes referida, que havia sido suprimida no último dia das negociações diplomáticas para a redação da declaração política. No texto, tornou-se público o dissenso a respeito da aceitação da política de redução de danos, tendo ficado registrado que os países signatários daquela interpretarão o trecho "serviços de apoio relacionados" - que consta da Declaração oficial - como "redução de danos", ao que se seguiram vários aplausos do auditório.

Considera-se que essa Declaração marca um momento importante na política internacional de drogas, pois pela primeira vez se expôs publicamente a falta de consenso entre os países com relação às medidas de controle de drogas. Há quem fale, inclusive, que chegou ao fim o “Consenso de Viena” sobre política de drogas.

Oficialmente, porém, o Plano de Ação que norteará a estratégia a ser seguida até 2019, foi aprovado sem referência à redução de danos. Dentre os pontos incluídos consta a intenção de "minimizar e eventualmente eliminar a disponibilidade e o uso de drogas ilícitas". Tal estratégia inclui a redução do uso e da dependência das drogas, o desenvolvimento de estratégias de diminuição da criminalização do uso, além de ações de redução da produção ilegal de estimulantes, como as anfetaminas, a cooperação

internacional para a erradicação do cultivo e produção de drogas, o combate a lavagem de dinheiro e a cooperação judicial. Como se percebe, pouco, ou nada, mudou em relação aos objetivos que se tinha antes, porém se teve a preocupação de minimizar as drásticas e inalcançáveis metas que haviam sido previstas para 2008.

Assim, pode-se dizer que as conclusões da reunião da CND de 2009, apesar de todas as expectativas positivas, foram no sentido de manter o sistema atual, tendo havido pouca abertura para as discussões dos temas propostos pela sociedade civil, como direitos humanos, proporcionalidade, redução de danos e cultivos alternativos. Na reavaliação das políticas de drogas em 2009, optou-se oficialmente pela continuidade, mas agora esta política internacional oficial foi desafiada publicamente. Pela primeira vez houve uma manifestação pública de ausência de consenso, o que nunca havia ocorrido antes.

Daí porque se conclui ser muito difícil, do ponto de vista da geopolítica mundial, uma mudança oficial de rumos da política internacional de drogas, pelo menos a médio prazo, inclusive pela forma pela qual se estruturam as organizações internacionais, que, como visto, tendem a legitimar a hegemonia das potências, o que se confirmou nessa última reunião.

Enquanto as grandes potências, especialmente Estados Unidos, China e Rússia, além dos maiores países asiáticos, não tiverem interesse em mudar os rumos do controle internacional de drogas, a experiência demonstra que se continuará aprovando resoluções e declarações meramente políticas nos foros internacionais, sem qualquer efeito uniformizante ou coercitivo, já que um grande número de países (e esse número tende a crescer) não mais segue a “Cartilha de Viena” sobre política de drogas, por considerá-la excessivamente repressiva, além de retrógrada, violadora de direitos humanos e alheia às questões sociais.

Não obstante, diante da exposição pública da ausência de consenso, considera-se o momento atual como importante para que os países reflitam sobre suas políticas públicas sobre drogas e possam trabalhar internamente com alternativas, sem levar em conta os repressivos e burocráticos documentos internacionais de política de drogas, que estão cada vez mais desacreditados, já que não se sustentam em pesquisas ou dados da realidade social.

A participação da sociedade civil nas discussões em Viena foi marcante, estando representadas várias organizações não governamentais, embora não se tenha conseguido ter mais influência na redação dos documentos oficiais. Porém, graças às

novas tecnologias, foi possível dar ampla divulgação, por meio de *blogs* na internet, e as discussões travadas em Viena foram transmitidas para o mundo todo. Desta forma, se espera que a sociedade civil tenha maiores condições de pressionar por mudanças no futuro, e consiga influenciar as posições governamentais.

De certa forma, após Viena 2009, identifica-se mais espaço para as alternativas na política interna dos países do que havia antes. Como exemplo, podemos citar a experiência positiva de Portugal⁴⁹, que descriminalizou o consumo de todas as drogas e criou um modelo de controle administrativo sobre o usuário fora do sistema policial. Após alguns anos de sua aplicação, os resultados são promissores e merecem ser avaliados como alternativa viável⁵⁰.

O final do século XX marca um momento em que o proibicionismo, apesar de questionado por seu fracasso, ainda se mantém na sua versão mais repressiva nos EUA e na Ásia, mas, por outro lado, o continente europeu vem se destacando na implementação de políticas alternativas, como a redução de danos e propostas desde a despenalização da posse e do uso, encontrada na ampla maioria dos países europeus, passando pela descriminalização levada a cabo por Portugal e Espanha, até a experiência holandesa que despenalizou, além da posse de drogas, o cultivo e o pequeno comércio de *cannabis*. Estas últimas em especial são estratégias de política criminal a serem estudadas, pois representam uma oposição, ainda que moderada, ao proibicionismo.

Sobre o Brasil, pode-se dizer que sua política é bem mais avançada do que as previstas nas convenções internacionais, se aproximando do modelo europeu de controle de drogas, especialmente diante do reconhecimento oficial das políticas de redução de danos. Apesar de o país não ter assinado a declaração interpretativa na reunião de 2009, o que seria um gesto político marcante, na prática, sua política de drogas é a mais avançada da América Latina, estando previstos em sua legislação interna como princípios básicos o respeito à autonomia e aos direitos humanos, além das estratégias de redução de danos. Porém, a crítica que se faz internamente é no

⁴⁹ Por meio da Lei n. 30/2000, que está em vigor desde 1/7/01.

⁵⁰ Na perspectiva de descriminalização do uso e da posse de drogas é necessário estudar o direito comparado e as experiências bem sucedidas de alguns países. Na Holanda, por exemplo, não há persecução penal pela posse de até 5g de *cannabis* e 0,2g de outras drogas, enquanto que entre 5 e 30g de maconha a punição é apenas multa; na Áustria a “pequena quantidade” é limitada a 2g. Portugal, por outro lado, adota como critério a quantidade individual de 10 dias (dose diária admitida de 2,5g de maconha, 0,5g de haxixe e 0,5g de THC). Cf. EMCDDA. *Illicit drug use in the EU: legislative approach*. Lisbon: EMCDDA, 2005, p. 26.

sentido da necessidade de apoiar financeiramente a ampliação dos programas de redução de danos e de regulamentar essas estratégias no País.

Porém, se considera que o aspecto negativo da atual política brasileira de drogas está na previsão legal do delito de tráfico, tendo em vista que a estratégia penal foi fracionada: para o usuário, o modelo despenalizador, influenciado pelo discurso médico-sanitário; para o traficante a prisão, sem nenhuma alternativa, justificada pelo discurso simbólico do proibicionismo, como se verá mais adiante.

A seguir, se passará a analisar as convenções internacionais de drogas e os tratados de direitos humanos.

2.1.6 Direitos humanos e política de drogas

A relação entre os tratados de direitos humanos e as convenções internacionais de controle de drogas ainda é pouco discutida, como se vê na reação contrária à proposta uruguaia de aprovar uma resolução sobre o tema na reunião da CND de 2008. Não se tem dúvidas, no entanto, da impossibilidade de um instrumento internacional que imponha medidas de controle penal prevalecer em detrimento de direitos individuais e coletivos, positivados em tratados e também nas constituições nacionais.

Nessa linha, considera-se que a construção dos direitos humanos se baseia na noção de dignidade da pessoa humana, que tem como postulados: a) o respeito e a proteção da integridade física do indivíduo; b) a garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, c) a isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário; e d) a garantia da identidade pessoal do indivíduo, no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual⁵¹ e, portanto, tais postulados não podem ser relativizados por tratados de controle de drogas.

Assim, as leis de drogas é que precisam se adequar aos tratados internacionais de direitos humanos e não o contrário. No caso do Brasil, a Constituição Brasileira ainda prevê um leque de direitos e garantias, além de outros princípios positivados na Lei n. 11.343/06, nos seus arts. 4º e 19. Não se pode olvidar também que, por força do § 2º do artigo 5º da CF/88, “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

⁵¹ SARLET, Ingo Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 113-114.

internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte”, não havendo outra interpretação possível nesse ponto, ou seja, os tratados de controle de drogas só podem ser aplicados no que não confrontarem os direitos humanos, que constituem o limite da intervenção penal aceitável.

Nessa perspectiva dos direitos humanos, veremos a seguir a questão do princípio da proporcionalidade.

2.2 O princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro

De acordo com o que se verificou no curso da pesquisa, o art. 33 da nova Lei de Drogas, seguindo a tradição da lei anterior (Lei n. 6.368/76), manteve as mesmas condutas descritas como típicas, mas trouxe como novidade o aumento da pena mínima de três para cinco anos de reclusão, ainda que permitindo a redução da pena na forma do que prevê o § 4º de tal dispositivo. Diante das críticas da doutrina a este artigo, questionando a violação a princípios constitucionais, especificamente o da proporcionalidade⁵², os pesquisadores definiram os marcos teóricos, a seguir indicados.

Tendo em vista que um dos objetivos da pesquisa é responder à questão: *se o art. 33 da Lei n. 11.343/06, atualmente em vigor, está adequado aos princípios constitucionais, especificamente aos princípios da proporcionalidade e taxatividade*, trabalhou-se com o seguinte questionário, para definir os marcos teóricos da pesquisa, bem como para construir conceitos aplicáveis ao objeto de investigação: *i) localização constitucional do princípio da proporcionalidade; ii) relação do princípio da proporcionalidade com a idéia de justiça, tendo em vista o paradigma do Estado Democrático de Direito; iii) tratamento do princípio da proporcionalidade no direito constitucional como limite do poder estatal de punir; iv) determinação do âmbito de aplicação do princípio da proporcionalidade, tanto no que diz respeito à fase legislativa, quanto à fase judicial da determinação da pena.*

A partir da revisão bibliográfica empreendida, se optou por contrapor as teorias relativas aos princípios com a jurisprudência dominante no País. Percebeu-se haver uma convergência entre o marco teórico que se considera adequado e a fundamentação preponderante em nossos tribunais. A partir de então, foram trabalhadas

⁵² Cf. BOITEUX, Luciana. A nova lei antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.14, n.167, p. 8-9, out. 2006.

as teorias norte-americana e alemã, sendo que a primeira reconhece o suporte fático do princípio da proporcionalidade nas emendas constitucionais das quais o *due process of law* emana; enquanto a segunda o considera um princípio não positivado.

Pareceu, em um primeiro momento, que a resposta teórica adequada seria a norte-americana. A solução, então, seria simples, pois bastaria trabalhar com a idéia de devido processo legal, o que já estaria assegurado no art. 5º, LIV, da CF/88. Porém, no direito comparado, com texto constitucional similar ao brasileiro, constatou-se que a construção jurisprudencial é baseada na doutrina alemã. Tal posição, inclusive, é sustentada por abalizada doutrina pátria. Ao analisar mais profundamente esta realidade, percebe-se que o problema do princípio da proporcionalidade se relaciona estreitamente com o conceito de justiça. Diante disto, a discussão teórica derivou para as implicações da “justiça social” no direito brasileiro.

As discussões preliminares levaram a adotar como marco teórico para a construção daquele conceito a teoria de Boaventura de Souza Santos que, ao trabalhar as ciências sociais na “semiperiferia”, alerta para o fato de que os cientistas sociais dos países periféricos lidam com uma condição mais complexa que a dos países centrais, pois trabalham em condições mais precárias, com dificuldades de formar massa crítica capaz de reivindicar uma ciência “menos imperial e mais multicultural”⁵³. Na opinião do grupo, construir um conceito de justiça social adequado à realidade brasileira e apto a responder à questão da proporcionalidade da pena no Brasil deve levar em consideração uma relação mais igualitária entre conhecimentos alternativos, colocando-os “a serviço da luta entre as diferentes formas de discriminação”⁵⁴. Desta forma, a idéia de justiça social a ser considerada deve servir para realizar a emancipação social.

Analisando o conjunto de princípios constitucionais no ordenamento nacional, verifica-se a necessidade de trabalhar com as diferenças e semelhanças entre *princípios* e *postulados*. Ocorre que, para este exame teórico, a doutrina alemã demonstrou ser a mais conveniente. A fim de aprofundar o questionamento levantado, o grupo se dedicou a encontrar na doutrina nacional um marco teórico adequado à nova conjuntura. Nesse sentido, a *Teoria dos Princípios* de Humberto Ávila, parece ser a mais apropriada. O autor aborda o conceito de *postulado* a partir de uma classificação específica, distinguindo-os em “hermenêuticos” e “normativos aplicativos”. Os que interessam a

⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p 20.

⁵⁴ Idem, op. cit, p.21.

esta pesquisa são os últimos, que ele define como “deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre *elementos* e impõem determinada *relação* entre eles”⁵⁵, sendo que, dentre esses, interessa à presente investigação o postulado da proporcionalidade.

Na síntese de Humberto Ávila,

[...] o postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.⁵⁶

A primeira análise empreendida, portanto, compreendeu os temas abrangidos pelas duas primeiras perguntas propostas pelo grupo (localização constitucional do princípio da proporcionalidade e relação do princípio da proporcionalidade com a idéia de justiça, tendo em vista o paradigma do Estado Democrático de Direito).

É conveniente, a partir daí, consolidar os conceitos já esboçados até o momento para finalizar a demarcação teórica adequada, em conjugação com outros assuntos de relevo como a questão da constitucionalidade do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o que leva à terceira questão: o tratamento do princípio da proporcionalidade no direito constitucional como limite do poder estatal de punir.

Pode-se verificar que a doutrina trabalha com a o princípio da proporcionalidade como modelo crítico de argumentação⁵⁷. Observa-se atualmente uma tendência à criação de novos tipos penais, com conseqüente agravamento de penas, ampliando a atuação dos órgãos encarregados da persecução penal. Dentre os alvos preferenciais dessa expansão, no nível mundial, estão questões que ultrapassam fronteiras, como o terrorismo e o tráfico de drogas.

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 142.

⁵⁶ Idem, op.cit., p. 159.

⁵⁷ NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo. n. 71, p. 205-232, 2008.

Diante da insegurança provocada na sociedade, para alguns, o direito penal surgiria como assecuratório das liberdades do cidadão ameaçado, conduzindo a uma maximização das possibilidades de intervenção do Estado sobre os considerados suspeitos de cometimento (ou ameaça de cometimento) de crimes. A doutrina alerta, nesse ponto, para a necessidade de se aplicar os princípios normativos ao direito penal, com a finalidade de se alcançar os objetivos estabelecidos para o Estado de Direito.

O princípio da proporcionalidade é um princípio geral do direito que proíbe que o indivíduo sofra ônus desnecessários quando se comporte de forma inadequada em face da norma jurídica. Devem ser considerados dois pressupostos: o da *necessidade* (de natureza técnico-instrumental) e o da *adequação* (normativo). É um princípio que se destaca por “proibir o excesso” da intervenção do Estado sobre o cidadão sendo, portanto, guardião da liberdade.

A fundamentação do princípio da proporcionalidade está relacionada com sua natureza vinculante. No sentido formal, muitas vezes o encontramos expressamente na ordem jurídica constitucional, seja nas decisões jurisprudenciais em sede de constitucionalidade, seja pela aceitação doutrinária. Em algumas ordens jurídicas, como a alemã, o princípio da proporcionalidade deriva diretamente do Estado de Direito⁵⁸, pois nenhum cidadão deve ser onerado além do necessário quando descumpre um preceito jurídico.

No Brasil, antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, poucos eram os precedentes judiciais que consideravam inconstitucionais leis que limitassem exageradamente e sem justificação os direitos individuais. Natural, pois estava o país sob um regime ditatorial. Porém, a preocupação com este princípio já ocupava a doutrina penalista e administrativista. Os jusconstitucionalistas passaram a tratar do assunto recentemente, identificando o princípio da proporcionalidade no novo texto constitucional a partir da interpretação do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV)⁵⁹, como já apontado anteriormente.

Efetivamente, nos EUA, o *due process of law* determina que a intervenção sobre os direitos do indivíduo tenham nexos causal lógico com o objetivo pretendido (e permitido) pelo Estado. É o princípio da proporcionalidade que proíbe o excesso nas intervenções estatais, preservando as liberdades fundamentais contra o arbítrio do poder

⁵⁸ Lei Fundamental de Bonn, art. 20, n.3.

⁵⁹ Cf. ADIn 958, julgamento em 11/5/94.

público. Sua função é moderadora e deve proteger o cidadão contra ação estatal que lhe proporcione efeitos intoleráveis da perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O momento mais eficaz para a aplicação do princípio da proporcionalidade é aquele em que há conflito entre normas-princípio, ou seja, quando colidem dois princípios constitucionalmente previstos e deve-se proceder à solução do caso. Em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade atua para que o resultado pretendido justifique o índice de coação provocado pela norma jurídica, ele confronta objetivo com meios empregados, para que os efeitos colaterais da aplicação da norma não sejam maiores que os efeitos que dela se espera.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido pela inconstitucionalidade de leis que demonstram pouca razoabilidade e aplicado o princípio da proporcionalidade. Em recente voto, o decano daquele tribunal, Ministro Celso de Mello, ao analisar a Lei n. 11.343/06, proferiu o seguinte entendimento acerca da liberdade provisória:

o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. (...)

O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.⁶⁰

Observe-se, no entanto, que o princípio da proporcionalidade envolve a ponderação de valores e bens envolvidos no conflito. Não é cabível a arguição do princípio em si, mas a ofensa a direito fundamental em função do desrespeito ao princípio da proporcionalidade. Há, portanto, um grau de subjetividade muito grande em sua utilização no momento em que o juiz sopesa os interesses colidentes. É aqui que se intensifica a relação entre o Legislativo e o Judiciário, pois cabe ao segundo impor o critério da razoabilidade sobre o primeiro. Convém, por este motivo, moderar a aplicação do princípio da proporcionalidade para que não se implante um desequilíbrio entre os poderes constituídos, ameaçando a segurança jurídica.

Entretanto, poderia o legislador estabelecer parâmetros de proporcionalidade ao fazer a lei?

⁶⁰ HC 97.976-9 MG, 9/3/09.

Para Ferrajoli, o estabelecimento do nexu adequado entre a sanção e o ilícito penal cabe tanto ao juiz quanto ao legislador. Ao legislador cabe eleger a qualidade e quantidade da sanção; enquanto ao juiz cabe estabelecer a relação entre a natureza da sanção e a gravidade do delito.⁶¹

O problema é que o princípio da proporcionalidade, como já exposto anteriormente, não comporta nenhum critério objetivo de ponderação. Os critérios utilizados são pragmáticos, carregados de valores ético-políticos, o que torna problemática a justificativa para que determinada pena se aplique em cada caso. Assim, o operador do direito não pode aplicar o princípio da proporcionalidade sem utilizar seu discernimento moral e político. Ferrajoli aponta então para três “subproblemas” em relação ao princípio da proporcionalidade: i) *predeterminação* – fase legislativa, em que será determinado o tipo e as medidas máxima e mínima de pena para cada delito; ii) *determinação* – fase em que o juiz aplica a lei, decidindo qual a natureza e medida da pena em cada caso concreto; iii) *pós-determinação* – fase executiva, enquanto dura a pena.⁶²

Para efeitos desta pesquisa, as duas primeiras fases são as mais relevantes. Porém, esta tarefa é árdua, pois no que diz respeito à etapa legislativa, a bibliografia é extremamente escassa.

A questão da predeterminação da pena não é estudada com frequência pelos penalistas, em virtude de uma postura muitas vezes contemplativa do direito positivo. Nosso marco teórico, portanto, é Ferrajoli, com seu estudo sobre a escala de penas e os limites máximos e mínimos.

Explica o autor que, em relação à gravidade do delito, há duas orientações distintas; uma objetivista – mede-se a gravidade do delito e da pena pelo dano causado; e outra subjetivista – mede-se a gravidade pelo grau de culpabilidade. Ora, a opção entre um ou outro critério é obviamente valorativa, da mesma forma que a busca do equilíbrio entre ambos. O sistema garantista abrange tanto o princípio da ofensividade quanto o da culpabilidade, pois se entende que os limites da pena devem variar em relação ao dano e também em relação à culpa. A grande dificuldade reside em sopesar os critérios reciprocamente no momento do estabelecimento da pena.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal*. 2.ed., São Paulo: RT, 2006, p.366.

⁶² Idem, op. cit. p.367.

Todavia, se pode ser quantificada a pena, o mesmo não ocorre com o delito, o que dificulta imensamente a determinação de medidas máximas e mínimas⁶³. Ferrajoli avalia que, no direito penal contemporâneo, o custo global das penas é inferior ao dos delitos, pela lógica de que seria triplicada a violência criminal caso se aumentasse a violência das penas. O jurista italiano equipara o princípio da proporcionalidade ao princípio da igualdade em matéria penal, pois, *in verbis*:

Ainda que seja impossível medir a gravidade de um delito singularmente considerado, é possível, no entanto, afirmar, conforme o princípio da proporcionalidade, que do ponto de vista interno se dois delitos são punidos com a mesma pena, é porque o legislador considera-os de gravidade equivalente, enquanto se a pena prevista para um delito é mais severa do que prevista para outro, o primeiro delito é considerado mais grave do que o segundo. Disso segue-se que do ponto de vista externo dois delitos não são considerados da mesma gravidade ou um estima-se menos grave do que outro, contraria o princípio da proporcionalidade que sejam castigados com a mesma pena, ou, pior ainda, o primeiro, com uma pena mais elevada do que a prevista para o segundo.⁶⁴

Aplicando a lógica de Ferrajoli ao art. 33 da Lei n. 11.343/06, temos que para o legislador pátrio “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” são delitos considerados da mesma gravidade, pois se assim não se entende, está-se violando o princípio da proporcionalidade.

Retornando, finalmente, à determinação judicial da pena, cumpre ressaltar que esta questão se identifica naturalmente com a discricionariedade atribuída à função judicial e remete ao princípio da legalidade das penas (*nulla poena sine lege*). Surge aqui um problema, relativo à extensão do poder judicial de enquadramento, que consiste em se estabelecer a *quantidade* e a *qualidade* das penas. A solução consistiria em termos penas iguais quanto ao tipo e diferentes quanto à medida. Ora, a solução ao caso concreto é dada pelo juiz, distinto da solução abstrata proposta pelo legislador, como

⁶³ Idem, cf. p. 368 e ss., em que o autor discorre sobre o utilitarismo penal e os indicativos teóricos de Hobbes, Puffendorf, Bentham, Beccaria e Hart para determinar os limites mínimo e máximo de aplicação da pena.

⁶⁴ Idem, p. 369-370.

vimos acima. Entende-se, portanto, que contraria o princípio da legalidade das penas que

[...] para o mesmo tipo de delito a lei preveja alternativamente penas privativas de liberdade e penas pecuniárias, deslocando a opção para o juiz; assim como seria contrário ao princípio da jurisdicionalidade que, com independência dos traços concretos do fato comprovado pelo juiz, a lei predeterminasse para ele a pena em uma medida fixa.⁶⁵

Entretanto, a Lei n. 11.343/06 estabelece a seguinte pena para os delitos enumerados no caput do art. 33:

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

O legislador adentra a discricionariedade do Poder Judiciário de decidir em casos concretos. Nesse sentido, o voto do Ministro Celso de Mello:

o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do “*due process of law*” (RAQUEL DENIZE STUMM, “Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro”, p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Direitos Humanos Fundamentais”, p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, “Curso de Direito Constitucional”, p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros).

⁶⁵ Idem, p. 372.

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.⁶⁶

Outro problema relativo à determinação judicial da proporcionalidade tem natureza epistemológica e se relaciona com as circunstâncias ou características que devem ser valorizadas para apurar a gravidade do delito cometido e determinar a pena adequada. Compete ao juiz decidir, e sobre a discricionariedade da interpretação não há como estabelecer controles precisos e objetivos, ainda que se determinem métodos explícitos. E aqui está um problema de difícil solução: deve o juiz, ao mesmo tempo, estar aberto à interpretação principiológica do texto constitucional e ser imparcial por encontrar-se vinculado à lei. E nesse sentido, quanto maior a pena, maior a exclusão do condenado da sociedade.

Destaque-se, por fim, que o princípio da humanidade, por definição, se divide nas considerações acerca da racionalidade e da proporcionalidade das penas⁶⁷.

Tem-se, portanto, que, no direito brasileiro, *a partir da CF/88, passa-se a admitir o controle da proporcionalidade das leis por força do artigo 5º, LIV, ampliando-se o espectro da proteção aos direitos fundamentais e o campo de atuação do legislador*. O mencionado princípio, no entanto, deve ser utilizado de forma moderada, com vistas a atender aos objetivos do Estado Democrático de Direito, respeitados os limites entre as competências legislativas e a discricionariedade judicial, sob pena de não se assegurar verdadeiramente uma ordem jurídica democrática.

Na parte aplicada desta pesquisa, que se verá adiante, procede-se ao cotejo entre as premissas teóricas aqui levantadas e a prática judicial de forma mais detalhada.

⁶⁶ HC 97.976-9 MG, 09.03.2009.

⁶⁷ Sobre o princípio da humanidade, vide BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 3.ed., Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 98-100.

A seguir, se verá como se exerce o controle jurídico sobre os traficantes de drogas, por meio de uma análise doutrinária da interpretação do art. 33 da Lei de Drogas, para ao final poder responder à questão se tal dispositivo viola o princípio da proporcionalidade.

2.3 O princípio da legalidade e a análise do art. 33 e do § 4º da Lei de Drogas

2.3.1 Princípios constitucionais-penais

Após ter sido analisado o princípio da proporcionalidade, é preciso que se traga alguns elementos teóricos a respeito de outros princípios que devem guiar a interpretação constitucional do direito penal.

Em primeiro lugar, deve ser destacado o papel da legalidade, ou do princípio da reserva legal, que constitui princípio básico reconhecido pela Constituição Federal, pelo direito comparado e pelo direito internacional. Dentre outros instrumentos legais, está previsto também na Declaração dos Direitos do Homem e no Pacto de San Jose da Costa Rica.

Segundo Assis Toledo, a concepção atual deste importante princípio é obtida no quadro da *função de garantia da lei penal*, que provoca seu desdobramento em quatro outros princípios, que podem ser resumidos nas seguintes exigências: *lex praevia*, ou proibição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade; *lex scripta*, proibição da fundamentação ou agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário; *lex stricta*, ou proibição da analogia *in malam partem*; e *lex certa*, proibição de leis penais indeterminadas (corresponde ao princípio da taxatividade)⁶⁸. Inclui também a noção de legalidade das penas.

O princípio da culpabilidade é outro pilar básico de nossa Constituição e se sustenta no repúdio a qualquer espécie de responsabilidade objetiva pelo resultado, exigindo a subjetividade para a resposta penal, assim como na noção de reprovabilidade, ou seja, de que uma pena só pode ser aplicada quando a conduta do sujeito estiver associada causalmente a um resultado reprovável. Liga-se ainda à idéia

⁶⁸ ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22.

de fundamento e limite da pena⁶⁹ e refere-se à *personalidade*, da qual derivam duas conseqüências, a *intranscendência* e a *individualização* da pena.

Ainda na concepção da culpabilidade, deve ser analisada a noção proposta por Zaffaroni de *co-culpabilidade*, ou *capacidade de autodeterminação*⁷⁰ para a atribuição da responsabilidade penal, que se refere à consideração da concreta experiência social do réu e responsabilidade da sociedade com relação ao delito, bem como as reais possibilidades que o indivíduo teve de livremente escolher infringir a lei.

Nesse sentido, tendo por base tais princípios, serão estudados os aspectos gerais da nova lei de drogas, para posteriormente tratar do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

2.3.2 Aspectos gerais da nova Lei de Drogas

A nova Lei de Drogas foi promulgada trinta anos após a entrada em vigor da Lei n. 6.368/76, tendo sido longo o caminho percorrido pelos projetos de leis de drogas que tramitaram, a partir da “retalhada” Lei n. 10.409/02, que teve grande parte de seus artigos vetados pelo presidente da República. Tão logo isto ocorreu, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso um novo Projeto de Lei (n. 6.108/02), que tramitou por dois anos na Câmara dos Deputados, e foi apensado ao Projeto de Lei n. 7.134/02, originário do Senado Federal (PLS n. 115/02). A Câmara analisou os dois conjuntamente e aprovou no Plenário, em 2004, o Substitutivo da Câmara de Deputados (PLS n. 7.134-B). Devido às alterações feitas pela Câmara, o Projeto retornou ao Senado, onde tramitou como SCD n. 115/02, que deu origem à nova Lei de Drogas (n. 11.343/06).

Em breve análise comparativa entre o projeto proposto pelo Executivo e o texto que restou aprovado pelo Congresso nota-se que, com relação à posse de drogas ilícitas, ambos se mostram bastante semelhantes, e seguem a linha da despenalização do uso, com medidas que já estavam previstas no inovador PLC n. 3.901/93, elaborado em 1992 pelo CONFEN, na gestão de Ester Kosovski, que na época acabou arquivado. A rejeição de sanções privativas da liberdade em caso de reincidência também se mostra um ponto positivo adotado pela nova lei e que já constava do projeto apresentado.⁷¹

⁶⁹ Sobre o princípio da culpabilidade, vide BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 3.ed., Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 102-105.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982, p.161 e ss.

⁷¹ Cf. BOITEUX, Luciana. A nova lei de drogas e o aumento de pena do tráfico de entorpecentes. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, n. 167, p. 8-9, out./2006.

Dentre os maiores destaques da nova lei está a previsão expressa dos princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, dentre eles “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e liberdade” (art. 4º, I), o reconhecimento da diversidade (art. 4º, II), a adoção de abordagem multidisciplinar (inciso IX), além de fixar as seguintes diretrizes com relação à prevenção do uso de drogas, por meio do “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas” (art. 19, III), e o reconhecimento expresso de que “reconhecimento da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva” (inc. VI). Considera-se a positivação de tais princípios como importantes por refletirem uma nova abordagem, que marca um paradigma proibicionista moderado, com reconhecimento de estratégias de redução de danos.

A nova lei ficou conhecida pela polêmica acerca da despenalização da posse para uso próprio (art. 28), tendo em vista que atualmente não há mais previsão de pena privativa de liberdade, mas há ainda outros aspectos positivos como a equiparação a este da conduta do *grower*, ou seja, quem planta para consumo pessoal (art. 28, § 1º), a redução da pena para a hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita (art. 33, § 3º), antes equiparada ao tráfico. Com relação ao usuário, portanto, considera-se que ter havido uma redução do controle penal, especialmente se comparada com a anterior Lei n. 6.368/76.

No que tange, porém, ao tráfico de drogas, a nova lei deu tratamento penal bastante diferente, por ter aumentado a pena mínima deste delito para cinco anos. Originalmente, o projeto encaminhado pelo Executivo mantinha a pena mínima de três anos, mas o texto aprovado aumentou o patamar mínimo para cinco anos de reclusão, provavelmente a fim de tentar impedir a aplicação das penas alternativas, o que constitui outro retrocesso, tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal que deferiu a substituição das penas, ainda na vigência da lei anterior.⁷²

O foco da presente pesquisa, portanto, está na compreensão dessa figura penal prevista no art. 33, combinada com o § 4º, que prevê uma causa especial de redução de

⁷² HC N. 84.928-MG, Rel. Min. Cezar Peluso. “Sentença Penal. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nº 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos”. Publicado no DO de 11/11/05.

pena em determinadas hipóteses, quando a conduta é considerada menos grave, considerado um tipo privilegiado em relação ao caput.

2.3.3 Análise do art. 33 da Lei de Drogas

Nesse item, procura-se fornecer um panorama da doutrina penal, por meio de uma síntese da posição, não de todos, mas de uma parte representativa dos autores da área, depois da entrada em vigor da Lei de Drogas. Na bibliografia consultada, verifica-se uma ideia generalizada de que houve “importantes” e “profundas” mudanças no tratamento penal da questão das drogas, com destaque para: i) a distinção entre o “traficante profissional” e o “traficante ocasional”, por força da previsão contida no art. 33, § 4º, ii) a diferenciação entre estes e o mero usuário e, finalmente; iii) o fim da pena privativa de liberdade na hipótese do porte de droga para uso próprio. De um modo geral, nota-se que a doutrina recebe com elogios o traçado normativo diferenciador, sobretudo entre “traficante” e “não traficante”, e aplaude o reconhecimento legal de que o usuário não é “somente” um infrator. Nas linhas que se seguem, serão revisados os comentários sobre a definição do tráfico (art. 33, caput) e figuras a ele equiparadas (art. 33, § 1º), bem como sobre a inovação contida no § 4º, do art. 33.

2.3.3.1 O art. 33, caput

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.

No tocante à figura do art. 33, caput, não passou despercebida a opção do legislador pela expressão “droga” em vez da locução “substância entorpecente” ou “que determina dependência física ou psíquica”, como na lei anterior. A ênfase doutrinária recai sobre a constatação de que os 18 verbos contidos no art. 12, da Lei n. 6.368/76 foram mantidos: *importar* (trazer de fora, fazer entrar); *exportar* (enviar para fora, fazer sair); *remeter* (encaminhar, enviar para, expedir, mandar); *preparar* (por em condições

adequadas para uso, compor, obter por meio da composição), **produzir** (dar origem, gerar, fabricar, criar); **fabricar** (como preparar e produzir, manufaturar, produzir por meio mecânico e industrial – núcleo acrescido pela Lei n. 11.343/06); **adquirir** (obter, a título oneroso ou gratuito, entrar na posse, permutar, trocar, comprar); **vender** (alienar mediante contraprestação, negociar em troca de valor); **expor à venda** (exibir para a venda); **oferecer** (ofertar, disponibilizar, tornar disponível); **ter em depósito** (posse protegida, conservar, armazenar), **transportar** (levar, conduzir de um a outro lugar); **trazer consigo** (levar consigo pessoalmente, modalidade do transportar); **guardar** (tomar conta, zelar para terceiro); **prescrever** (receitar); **ministrar** (inocular, aplicar), **entregar** (ceder) a consumo ou **fornecer** (abastecer) drogas, ainda que **gratuitamente** (sem ônus).

Diga-se, a propósito da entrega ou cessão gratuita para consumo, que a doutrina aponta, com base no § 3º, do art. 33, uma diferença entre o “traficante profissional” e o “traficante ocasional”⁷³, vendo aí uma solução para a antiga controvérsia sobre se essa modalidade de oferta ou repasse de droga constituiria ou não tráfico. Nos termos da lei vigente, se a entrega é eventual, feita a alguém do relacionamento do sujeito e sem objetivo de lucro, “para uso comum”, não é o caso de traficância profissional, justificando-se o abrandamento da sanção (de “brandura exagerada”, segundo Gomes et al.).⁷⁴ Damásio E. de Jesus⁷⁵ aponta, neste particular, uma superação da discussão anterior em favor da corrente jurisprudencial que defendia o enquadramento da hipótese no revogado art. 12 (tráfico), com a vantagem de que hoje a conduta termina por merecer tratamento penal intermediário. Interessante observar que aqui pode-se optar pela expressão “uso ou consumo compartilhado”, em vez de “tráfico ocasional”, deslocando-se a ênfase de uma modalidade de ação para outra; a “social” (uso social da droga, uso entre amigos, em analogia ao uso social do álcool, por exemplo). Neste caso, por óbvio, a previsão acompanha o art. 28 (uso) e não o art. 33.

Renovam-se aqui os comentários doutrinários relativos à objetividade jurídica do delito e às circunstâncias indicativas do tráfico. Quanto ao primeiro aspecto, responde a doutrina como sendo a “saúde pública”. Veja-se, v.g., Greco Filho e Rassi⁷⁶:

⁷³ BIANCHINI, Alice et al. *Lei de drogas comentada*: Lei 11.343, de 23/8/06. Coordenação de Luiz Flávio Gomes, SP: RT, 2008.

⁷⁴ Idem, p. 195, nota de rodapé n. 131.

⁷⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei antidrogas anotada*: comentários à Lei n. 11.343/06. SP: Saraiva, 2009, p. 75.

⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*: Lei n. 11.343/2006. SP: Saraiva, 2008, p. 83.

A deterioração causada pela droga não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de drogas. Para a existência do delito não há necessidade da ocorrência do dano.

Aponta-se também o entendimento majoritário no sentido de que o delito é de perigo abstrato, inexigível, portanto, o risco concreto ou efetivo. Há, no particular, algumas considerações a respeito da inconstitucionalidade desta posição, por violação ao princípio da lesividade ou ofensividade. Indica-se, neste passo, uma tendência mais recente nos tribunais superiores, com destaque para o STF, de afirmar a não recepção do conceito jurídico-penal de perigo abstrato.

Relativamente ao segundo ponto indicado, responde a doutrina que para concluir pelo tráfico não basta a quantidade nem a natureza (ou qualidade) da droga, devendo-se atentar também para outros elementos como lugar e outras circunstâncias objetivas relacionadas à prática da conduta, a conduta mesma e os antecedentes, às circunstâncias sociais e pessoais (tal como previsto na própria lei, no art. 28, § 2º).

A diferenciação, portanto, continua a ser feita caso a caso, sem a possibilidade de uma distinção legal apriorística. O elemento subjetivo, por isso, é apontado como fundamental para a correta subsunção da conduta, registrando-se que a dúvida entre uma hipótese e outra (tráfico e consumo) deve resolver-se em favor da hipótese mais benéfica ao acusado.

A discussão relativa ao sensível aumento da pena para o tráfico de drogas, em comparação com figura do art. 12 da lei anterior, é objeto de consideração não apenas para se afirmar o princípio da anterioridade da lei penal, ressaltando-se a impossibilidade de retroatividade em prejuízo do acusado, mas também – o que não se observa em todos os autores – para felicitar o legislador pelo “fundamental endurecimento no combate ao tráfico”.⁷⁷ O aumento é considerável: passa de reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, para reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, além da pena patrimonial de 500 (quinhentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) dias-multa.

Nesse sentido, critica Salo de Carvalho a disparidade entre as quantidades de penas, e a inexistência de tipos penais intermediários que levem a graduações

⁷⁷ JESUS, Damásio E. de, op. cit., p. VII – nota do autor.

proporcionais, diante de uma zona cinzenta entre o mínimo e o máximo da resposta penal, com a previsão de 18 verbos nucleares integrantes do tipo penal do art. 33.⁷⁸

Assim, apesar das significativas diferenças entre as ações típicas, e da distinta lesão ao bem jurídico tutelado (saúde pública), além de não se exigir o propósito de comércio ou fim de lucro, a quantidade de pena imposta aos 18 tipos previstos no art. 33 é idêntica, o que para Salo de Carvalho dá margem a punições injustas.⁷⁹

2.3.3.2 O artigo 33, § 1º, I, II e III

O § 1º, do art. 33, contém três figuras equiparadas ou assemelhadas ao tráfico, representando a pretensão da lei de abranger toda a cadeia produtiva (fases sucessivas, articuladas e ligadas entre si) da droga, sem deixar nenhuma lacuna, nenhuma brecha de punibilidade – como diz Zaffaroni.⁸⁰ Na sequência, os incisos I, II e III:

§ 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.

Segundo a doutrina, a diferença essencial dessa figura para o caput está no objeto material. Enquanto que lá o objeto é a “droga”, aqui é a “matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”.⁸¹ Matéria-prima é a base, substância essencial que entra na produção. Pode ser a planta, no caso de droga dela derivada (a maconha, a folha da coca e a papoula, p. ex.) ou outra substância, como a anfetamina, no caso das chamadas drogas sintéticas. A nova lei amplia a conceituação do objeto material com a inserção de “insumo” ou “produto químico” – como se pode ver da última parte do texto normativo. Insumos são definidos como elementos integrantes do processo de produção ou fatores de produção, equipamentos ou máquinas; produto químico é substância obtida a partir de outra substância e, neste caso, empregada no preparo da droga (como o éter e a acetona, p. ex.).

⁷⁸ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 189.

⁷⁹ Idem, p. 192-193.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A legislação antidroga latino-americana: seus componentes de direito penal autoritário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 679, p. 446 e 449.

⁸¹ BACILA, Carlos Roberto e RANGEL, Paulo. *Comentários penais e processuais penais à lei de drogas*: (Lei 11.343/2006). Rio: Lumen Juris, 2007, p. 110-125.

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

Semear é lançar as sementes; cultivar é manter, cuidar do plantio e fazer colheita é apanhar o produto do cultivo. O dispositivo – destaca a doutrina – deve ser interpretado levando em consideração o § 1º, do art. 28, da mesma lei que veio resolver a polêmica contemporânea à lei revogada. Naquela ocasião, discutia-se se as ações de semear, cultivar e plantar para uso próprio constituiriam tráfico. De um lado, estavam aqueles que concluíam a favor do crime mais grave – art. 12, por entender que o tipo não exigia a finalidade especial do agente (para uso próprio). Outros, apesar da inexistência de tipificação da conduta de “semear” para uso próprio, afirmavam a necessidade de uso da analogia *in bonam partem*. Assim, diz-se, a “tormentosa questão foi resolvida”⁸², com a distinção entre semear, cultivar e colher para fins de tráfico ou consumo pessoal – o que é visto como “avanço”.

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.

A figura prevê punição para o caso da utilização de local ou bem para o comércio ilícito de drogas, excluída a hipótese de utilização para o consumo indevido. Observam os comentaristas que o empréstimo ou consentimento quanto ao uso de local ou bem para consumir droga poderia caracterizar cumplicidade, a chamada participação material, prevista no art. 33, § 2º, na última forma; “auxiliar” alguém ao uso indevido de droga.

Local é qualquer um, domicílio ou não, público ou privado, passível de ser utilizado para tal fim (casa, apartamento, galpão, loja, cinema, imóvel rural, bar etc) e bem de qualquer natureza (carro, navio, avião etc) de que tem a propriedade, a posse, a administração, a guarda ou a vigilância.

Percebe-se com clareza aquilo que já foi ressaltado no início da explanação sobre as figuras equiparadas, ou seja; que a pretensão da lei é abranger todas as hipóteses de conduta que tenham qualquer relação com o processo de produção, distribuição, comércio e consumo de droga.

⁸² BIANCHINI, Alice et al., op. cit., p. 191-192.

2.3.3.3 O art. 33, § 4º

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (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 e nem integre organização criminosa.

A nova disposição traz uma grande polêmica: a matéria da retroatividade da lei penal. Dividem-se as opiniões na doutrina (não se tem aqui o objetivo de compilação ou comentário jurisprudencial), quanto à possibilidade da retroação da nova lei. Coloca-se o seguinte: pode a norma retroagir em parte, apenas naquilo que beneficia (redução da pena), para alcançar a pena concretizada conforme os limites da lei revogada que, neste particular, continua “valendo” (ultra-atividade), embora seja mais branda que a lei em vigor?

Neste caso, haveria uma composição de normas. A favor, Greco Filho e Rassi⁸³. Damásio de Jesus⁸⁴ afirma, em tese, a possibilidade de combinação de leis penais para o efeito da retroatividade benéfica, mas, no concreto, ou seja, em face da específica polêmica suscitada pelo § 4º, afasta a possibilidade. Isto porque “*o novo redutor tem uma razão de ser: cuida-se de causa de redução de pena **vinculada** aos novos limites mínimo e máximo previstos no ‘caput’ do art. 33 da Lei*”. Luís Flávio Gomes se abstém de oferecer uma posição pessoal.⁸⁵

Conforme se verá adiante, na pesquisa de campo, foi detectada a ampla aplicação desse dispositivo na Justiça Federal do Rio de Janeiro, com relação aos acusados presos como “mulas” (transportadores de drogas), na maioria dos casos estrangeiros.

2.4 Aspectos processuais da nova Lei de Drogas

O item objetiva desenvolver análise dogmática de aspectos processuais da atual Lei de Drogas. O ensaio está debruçado sobre os métodos de investigação criminal e

⁸³ Op. cit., p. 220-222.

⁸⁴ Op. cit., p. 127-130.

⁸⁵ Op. cit., p. 199-201.

processo penal, no âmbito da citada lei, em sua relação com a Constituição Federal e com a recente reforma no Cód. de Processo Penal. Dentro de determinados limites o trabalho procurou ser prospectivo, de sorte a cooperar no projeto de edição de nova lei que ambicione algo mais que atualizar o modelo em vigor: que em verdade busque ajustá-lo aos comandos emergentes da CF/88, na construção de um processo penal conforme o Estado de Direito.

Entre os aspectos processuais da Lei de Drogas, o Relatório ressalta os pontos pertinentes às técnicas de investigação e reunião de informações, ao procedimento judicial e à tormentosa questão da liberdade processual dos acusados da prática do crime de tráfico de drogas.

Por este ângulo, estritamente de direito processual penal interno, a pesquisa evidentemente não enfatizou a interface com sistemas de polícia interestaduais, malgrado sobre o assunto, em sua perspectiva global, tenha sido dada atenção à posição predominante em organismos internacionais.

Este item do relatório demarca o objetivo da investigação, em tema de processo penal. Circunscreve-se, pois, à atual Lei de Drogas confrontada com o direito interno.

A consideração de que a pesquisa poderá fornecer subsídios para a alteração da lei em curso – e, portanto, não deve desprezar a conjuntura – coloca em relevo o papel dos meios de investigação para além das reservas dos pesquisadores. Ao mesmo tempo indica caminhos que, percorridos no específico viés do processo penal em tráfico de drogas, podem refletir positivamente (ou “contaminar” de forma favorável) sobre o macrossistema. É o caso da estrutura de admissibilidade da acusação prevista na Lei n. 11.343/06. Finalmente, aponta-se para a fragilidade constitucional das antecipações de pena que, em regra, estão escamoteadas por mecanismo de prisão processual obrigatória.

2.4.1 A investigação criminal no tráfico de drogas

Pelo menos desde o advento da Lei n. 9.034/95, destinada a prever (e prover) meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, com a alteração introduzida pela Lei n. 10.217/01, que o leque de medidas de aquisição e exame das informações, em fase de investigação, foi ampliado de forma sensível no direito brasileiro.

Assim é que a mencionada lei trouxe para o campo das pesquisas ou investigações preliminares o mecanismo da “ação controlada”, consistente no retardamento da prisão em flagrante, supostamente em troca da mais eficiente colheita de informações.

O referido diploma buscou, ainda, agilizar e facilitar o acesso da autoridade policial a informações protegidas por sigilo e, em sua versão mais recente, peregrinou pelas trilhas da interceptação ambiental e da infiltração de agentes de polícia e de inteligência em organizações criminosas.

Como sublinhado, a presente pesquisa não recortou especificamente este objeto. Seu significado, em termos de restrição ao exercício de direitos fundamentais, porém, recomenda a reflexão, que por limitação temática não repousa na controvérsia sobre a “qualidade” jurídico-penal da categoria principal: “organização criminosa”. Por ora é bastante admitir que esta lei vigora e que, justamente ou não, serviu de inspiração à Lei n. 6.368/76 e parâmetro para as sucessivas leis de drogas.

Por isso, como subproduto há a previsão no atual artigo 53, II, da Lei n. 11.343/06, de hipótese de ação controlada destinada a “identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição”.

A ação controlada, como método de retardamento da prisão em flagrante, de início excepciona a regra da prisão em flagrante obrigatória, em crime de ação penal pública incondicionada (redação atual do art. 301 do Cód. de Processo Penal).

Convém registrar que a exceção dirigida ao confessado propósito de reunir uma maior quantidade de informações esbarra na razão de ser da própria prisão em flagrante no direito brasileiro: a interdição imediata de condutas criminosas que estão levando perigo a bens jurídicos!

A prisão em flagrante, regulada pelo Cód. de Processo Penal, em primeiro lugar configura-se como expressão do poder de polícia do Estado e tem este propósito, acima referido: impedir que a ação delituosa em curso logre êxito e cause irreversível lesão a bens de significativa importância para o ser humano (vida, saúde, integridade física e moral, liberdade sexual, patrimônio etc.). Por isso há autores que negam à prisão em flagrante sua natureza jurídica de providência cautelar e reclamam seu imediato exame judicial, pelo prisma das medidas cautelares, como exigência para a sua manutenção, convertendo-se em prisão preventiva⁸⁶.

⁸⁶ Em linhas gerais é o que está previsto no Projeto de Lei n. 4.208/01, preparado pela Comissão Ada Pellegrini Grinover, para reformar o livro das medidas cautelares no atual Cód. de Processo Penal.

Sem embargo do evidente contrassenso gerado por deixar de prender alguém em flagrante imediatamente – fruto da mencionada exigência de proteção a bem jurídico – e somente prender esta pessoa mais adiante, porque assim o Estado estará melhor municiado para propor a ação penal (critério de eficiência), o certo é que os tribunais superiores não pronunciaram a inconstitucionalidade das citadas normas jurídicas.

Daí que, em eventual reprodução destes termos em lei futura, há de se recomendar que seja mantida a regra de segurança, disposta no caput do art. 53 e em seu par. ún., da atual Lei de Drogas. A autorização judicial prévia, após a audiência do Ministério Público, com o conhecimento do itinerário provável de agentes e colaboradores minimiza os riscos implícitos de lesão à ordem jurídica na referida estratégia de intervenção.

Mais até, cabe sugerir a alteração do art. 2º, II, da Lei n. 9.034/95, para prever ali também o mesmo cuidado, que o legislador de 2001 dispensou apenas à interceptação ambiental e infiltração.

Na atual Lei de Drogas a denominada “infiltração” por agentes de polícia em organizações criminosas persiste, por certo que de maneira menos negativa do que na fonte de inspiração brasileira (Lei n. 9.034/95). Menos negativa porque o original destaca a infiltração de “agentes de inteligência”. Com isso, amplia-se o número de pessoas que podem estar envolvidas nessa verdadeira “zona marginal” da investigação, dificultando qualquer forma de controle. A notoriedade recente de determinados procedimentos reforça este juízo de valor.

A manutenção desta técnica gera justificado receio de violação de direitos fundamentais. Seja porque a proteção contra a autoincriminação compulsória é derogada, com agentes obtendo sub-repticiamente informações, para uso posterior, em processo, como prova; seja ainda pela mais óbvia razão de levar agentes do Estado a praticar delitos (ou a encontrar-se no limite de praticá-los).

Uma nova lei de drogas, em uma perspectiva garantista, haverá de abdicar desta técnica de discutível eficiência e incontornável desvalor ético. Como ressalta importante processualista penal português: o Estado não está autorizado a cometer crimes a título de punir criminosos!

E animado pela finalidade de manter os meios de acesso à prova em grau de convergência com a CF, a futura Lei de Drogas deverá ocupar-se de regular, de forma pormenorizada, talvez se valendo até da experiência legislativa estrangeira, a chamada “interceptação ambiental”.

A ausência de previsão sobre o tema, na atual lei, remete ao emprego da Lei n. 9.034/95. E esta, tratando superficialmente da captação e interceptação ambiental, viola a denominada “reserva de lei proporcional”.

Dito de outra maneira: para comprimir o direito individual à intimidade e vida privada, com o objetivo de ter acesso excepcional a informações delicadas a respeito do crime de tráfico de drogas e de sua autoria, o Estado necessita regular: i) os pressupostos para a adoção da medida; ii) seu tempo de duração; iii) os mecanismos de execução e de controle; iv) o acesso posterior do interessado – e de seu defensor – ao material colhido.

Fora disso o que há é arbítrio.

Finalmente – e ainda no que se refere à investigação criminal – merece destaque o tema do prazo de conclusão do inquérito policial, quando o indiciado está preso.

Atualmente, o art. 51 da Lei n. 11.343/06 estabelece para estes casos o prazo de 30 dias. Parece demasiado. É necessário levar em conta que os incisos IV e V do art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos orienta o direito brasileiro acerca da brevidade da prisão e das providências imediatas, de cunho pessoal, a incidirem nesta hipótese.

É imperioso que se registre que tudo isso na mesma linha do que prevê o inciso LXXVIII, da CF/88, introduzido pela Emenda 45/04, que estabelece o direito fundamental à duração razoável do processo.

Não parece admissível, salvo para o inconstitucional propósito de antecipação da pena, postergar a prisão provisória de alguém sem que: i) esta pessoa seja imediatamente apresentada à autoridade judiciária (não há previsão legal disso); ii) esta pessoa seja acusada e se dê a ela conhecimento integral e pormenorizado da acusação.

Esta é a regra. A necessidade eventual de prorrogar a prisão provisória, durante a investigação criminal, configura a exceção e como tal deveria ser tratada para exigir, limitando a prisão ao prazo máximo de 30 dias, que nos casos de não oferecimento imediato da denúncia (5 dias), por necessidade de complementação da investigação, o juiz fosse provocado a decidir, fundamentadamente, pela expansão do prazo.

O aperfeiçoamento da legislação brasileira sobre o assunto está a aconselhar este cuidado.

2.4.2 O processo penal por tráfico de drogas

Desde 2003, com o advento da Lei n. 10.792, que reformulou o tratamento legal dispensado ao interrogatório do acusado, é perseguida a atualização dos procedimentos legais de determinação da responsabilidade penal dos indivíduos.

Os procedimentos são, indiscutivelmente, a espinha dorsal do processo penal. De sua estrutura é possível extrair a raiz do próprio sistema processual (acusatório ou inquisitório) e a compatibilidade da forma processual escolhida com os princípios constitucionais reitores do processo penal.

Assim, bem antes do advento das Leis n. 11.689, 11.690 e 11.719/08, que modificaram visceralmente a estrutura de procedimentos penais do Código de Processo Penal, a Lei n. 11.343/06 adotava o modelo de três fases: a investigação criminal; a etapa preliminar de deliberação contraditória sobre a admissibilidade da acusação; e o júízo oral, semelhante ao que vigora em outros Estados.

Não há dúvida de que muito pouco da verdadeira “revolução” implantada para os crimes da Lei de Drogas⁸⁷ fora notada pela doutrina processual penal brasileira. Quase nada mudou no plano da preparação dos profissionais do direito para litigar conforme o modelo oral (advogados, defensores públicos e integrantes do Ministério Público estadual e federal). E menos ainda na sensibilidade dos tribunais, refratários às conseqüências da oralidade no plano da validade dos atos processuais (“teoria das nulidades”).

Ainda há decisões que não reputam inválidas as conversões das alegações finais orais em escritas (memoriais), mesmo quando a causa não se reveste de complexidade, e até a entrada em vigor da Lei n. 11.719, em agosto de 2008, sequer era tangenciada a questão da identidade física do juiz (atual redação do §2º do art. 399 do Código de Processo Penal).

Mesmo assim, as virtudes do modelo da atual Lei de Drogas são inegáveis: i) os arts. 55 e 56 contemplam o contraditório prévio ao recebimento da inicial; ii) a oralidade está prevista no art. 57.

Em uma futura Lei de Drogas convém sejam preservados estes aspectos e, ademais, aperfeiçoados.

É vital preservá-los porque a reserva de Cód. de Processo Penal, timidamente instituída pela citada lei dos procedimentos, no §4º do art. 394, pode insinuar o

⁸⁷ Ao bem da verdade esta estrutura estava prevista desde 1995 para as infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme a Lei n. 9.099/95.

retrocesso ao tempo em que a acusação era admitida sem que à Defesa fosse dada a oportunidade de contestá-la.

E aperfeiçoar, também, porque somente agora parece que os profissionais do direito estão amadurecidos e prontos a admitir que o juiz responsável pelo filtro da acusação (arts. 55 e 56) não deve ser o mesmo do juízo oral. Este estará em contato exclusivamente com as provas produzidas durante a instrução criminal, em contraditório, e assim melhor se assegura (ou há menos risco) a sua imparcialidade.

Finalmente, há a necessidade de ajustar a ordem e forma dos atos, prevista no art. 57 da Lei de Drogas, aos termos que resultaram da reforma dos procedimentos (com o interrogatório do acusado ao final, antes das derradeiras alegações das partes) e da mudança na disciplina do interrogatório em geral. É que este ato deixou de estar no terreno da exclusiva atuação do juiz e passou a ser ato das partes, com intervenção supletiva do juiz, conforme o caso e com a cautela posterior de novamente ouvir a Defesa.

Claro que a presunção de inocência está a exigir muito mais: a adoção do interrogatório facultativo do acusado, a critério da Defesa. Chegar a isso corresponderá a aproximar o nosso modelo ao vigente na maioria das democracias, que reconhecem o vínculo entre presunção de inocência e proteção contra a autoincriminação compulsória.

2.4.3 A liberdade e a prisão provisória

Por último, cabem as considerações sobre o regime de prisão processual previsto na Lei de Drogas.

O art. 44 da citada lei estabelece que o crime de tráfico de drogas e os demais delitos definidos do art. 34 ao art. 37 do diploma repressivo são insuscetíveis de liberdade provisória. E o art. 59 supostamente contempla hipótese de cabimento da apelação contra a sentença condenatória, condicionando o cabimento, conforme o caso, ao recolhimento à prisão.

Sobre o último ponto, do cabimento da apelação, o verbete 347 das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça jogou uma pá de cal no assunto: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

Em um processo penal concebido constitucionalmente sob o manto da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) não são válidos os condicionamentos ao exercício do

direito de defesa – e recorrer está situado neste âmbito – que importem em antecipação dos efeitos penais da condenação.

Assim, a renovação da lei estará ancorada em melhor porto na regra instituída pela Lei n. 11.719/08 que, ao modificar o art. 387 do Cód. de Processo Penal (com a instituição do par. ún.) e revogar expressamente o art. 594 do mesmo diploma, exige do juiz que motive tanto a decretação da prisão com a manutenção de eventual custódia que decorra do flagrante ou de prisão preventiva pronunciada anteriormente.

Nestes termos e por essa mesma razão – posição hierárquica da presunção de inocência no direito processual penal brasileiro – a regra contida no preceito dispositivo do art. 44 da Lei de Drogas igualmente é inconstitucional.

Ao proibir taxativamente a liberdade provisória (dirá a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de forma “automática”), perpetuando os efeitos de uma anterior prisão em flagrante, a citada norma processual colide com a CF.

Desnecessário reproduzir aqui os argumentos da decisão liminar no HC SP 96.715, impetrantes Wagner Paulo da Costa Francisco e outros – data: 19/12/2008, relator o Ministro Celso de Mello⁸⁸ e que deve servir de norte à lei nova. Vale lembrar que se reportam ao Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112-1 DF, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que a matéria é tratada em hipótese simétrica. Neste processo o STF, em seu papel de guardião da Constituição, pronunciou a inconstitucionalidade da norma do art. 21 do Estatuto do Desarmamento, que proibia automaticamente a liberdade provisória para os presos em flagrante nos termos da referida lei.

2.5 A realidade social do tráfico de drogas

Nesse item, a pesquisa se propôs a buscar dados reais sobre o fenômeno do comércio de drogas ilícitas, com vistas a aproximar a reflexão jurídica da realidade social que as normas penais pretendem regular. Para tanto, com base na metodologia abaixo indicada, foram utilizados como fonte dados estatísticos oficiais e bibliografia sobre o tema. Para complementar a análise, foi realizada uma pesquisa quantitativa, na

⁸⁸ O Ministro cita, entre outros, trabalho de autoria de Geraldo Prado, de 1995, que defende inconstitucionalidade de previsões semelhantes.

qual foram coletados dados de sentenças judiciais por tráfico de drogas (art. 33) no Rio de Janeiro e no Distrito Federal.

A análise sociológica do fenômeno do tráfico de drogas será aqui integrada à análise jurídica, com o objetivo de melhor compreender o tipo penal em estudo. Especificamente, com base na bibliografia analisada, se procurou identificar como se constitui o mercado de drogas ilícitas na realidade, quais são as categorias organizacionais mais aceitas pelos cientistas sociais, e como se dá a diferenciação dos papéis sociais no comércio de drogas.

Ao final, é possível concluir se a descrição típica do art. 33 está adequada à realidade do fenômeno, bem como se são respeitados os princípios constitucionais, dentre eles especialmente o da proporcionalidade.

2.5.1 Considerações gerais sobre o mercado de drogas ilícitas no Brasil

As drogas ilícitas podem ser definidas como “mercadorias que circulam em mercados ilegais, (...) consumidas pelos indivíduos para alterar seu estado de consciência”. Por serem estas substâncias ilegais, seus usuários não são consumidores como os outros, pois se tornam *indivíduos mergulhados na ilegalidade*, pelo caráter singular da economia ilícita de interação entre oferta e demanda, em decorrência da intervenção pública que interdita e reprime o consumo e o comércio⁸⁹. Da mesma forma, tanto o papel do comerciante de drogas ilícitas como a estruturação desse mercado seguem lógicas próprias do comércio ilegal.

Sob o enfoque econômico, “o regime de proibição das drogas constitui uma modalidade institucional específica que mergulha os agentes no mundo das transações ilegais e cria formas de organizações particulares”⁹⁰.

No entanto, por mais que se reconheça uma certa organização nesse mercado, o tráfico de drogas parece ser bem menos estruturado do que se imagina. Considera Peter Kopp que a imagem mais comum da organização centralizada de traficantes não corresponde à realidade, pois o comércio de drogas está mais próximo de um tipo de *oligopólio pouco cartelizado*. Contrariamente ao discurso midiático, “a criminalidade funciona como um oligopólio com um certo viés de concorrência, e não como um

⁸⁹ KOPP, Pierre. *A economia da droga*. Tradução de Maria Elena Ortega Ortiz Assumpção. Bauru: EDUSC, 1998, p. 8. O autor é economista francês, pesquisador do Laboratório de Economia Pública da Sorbonne, e especialista em estudos das leis relativas a atividades ilícitas e criminosas.

⁹⁰ Idem, p. 125.

monopólio”. Seus agentes “agrupam-se em organizações que diferem de empresas clássicas e reagem às mudanças de seu meio segundo modalidades (...) surpreendentes”⁹¹. Para o autor, as *redes* constituem a forma de organização do tráfico e atuam de maneira a freiar a circulação de informações, fracionando a cadeia de produção, composta por intermediários de alta mobilidade, e seus procedimentos são reorganizados e redefinidos permanentemente, ou seja, a *especialização é acompanhada por grande instabilidade*.

Assim, é a capacidade de criar novos mercados e a agilidade de seus operadores que leva ao aumento da oferta, o que muito difere do modelo imaginário de uma hierarquia do tipo “mafiosa”. Para o autor, as redes do tráfico não são idênticas e se mostram eficientes justamente porque conseguem se adaptar às necessidades locais e nacionais, não sendo possível a generalização de suas características.

Especificamente com relação ao Brasil, deve ser destacado que se trata de um país onde a informalidade e os mercados ilícitos, incluindo a sonegação fiscal e a corrupção, estão muito presentes, o que reforça essa *cultura da ilegalidade* na qual o comércio de drogas está inserido.

A indústria da droga no Brasil funciona de forma peculiar, visto que o País não é produtor de drogas, mas tradicionalmente é usado como país de trânsito, que se estabeleceu como rota de passagem da cocaína produzida em países vizinhos como Peru, Bolívia e Colômbia, que são exportadas para os grandes mercados consumidores da América do Norte e Europa. Porém, recentemente, pesquisas demonstraram o aumento do mercado consumidor interno no Brasil, o que o leva hoje a ser identificado também como grande mercado consumidor de drogas ilícitas, principalmente de maconha e cocaína.⁹²

A demanda pela droga no Brasil, segundo a última pesquisa do gênero realizada em 2005, indica a *cannabis* (ou maconha) como a droga *ilícita* mais consumida no País, com 8,8% de consumidores (uso em vida), tendo havido um crescimento em relação a 2001, quando se apurou o índice de 6,9% de uso em vida. No caso da cocaína, em 2005, identificou-se o percentual de 2,9% de uso em vida, que

⁹¹ KOPP, Pierre. op. cit. p. 128.

⁹² O Relatório Mundial sobre Drogas (*World Drug Report*) de 2008 aponta para o crescimento do consumo de cocaína nos países em desenvolvimento, inclusive no Brasil. Cf. <http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2008.html>

também foi superior a 2001, quando este alcançou 2,3%.⁹³ Não obstante, os índices brasileiros são bastante inferiores aos dos países centrais, especialmente dos EUA.

Portanto, apesar de o mercado consumidor no País não ter dimensões comparáveis aos maiores consumidores mundiais, o fato é que há uma demanda crescente por consumo, diante dos dados levantados oficialmente, que atestam o crescimento no consumo entre 2001 e 2005, quando foi realizada pesquisa mais recente.⁹⁴

No Brasil, o mercado da droga está plenamente operante, ainda que as autoridades consigam apreender parte da carga circulante, conforme se deduz das estatísticas oficiais. Nos grandes centros urbanos, o negócio mais lucrativo é a distribuição das drogas aos consumidores, atividade que absorve grande parte dos excluídos do sistema econômico, ou seja, de trabalhadores informais à margem da atividade lícita.

Desta forma, a atividade econômica ligada ao tráfico de drogas no Brasil é fortalecida pela falta de perspectiva, desemprego e exclusão, o que leva jovens e agricultores ao negócio da droga, que mesmo ilícito, ou talvez por isso, permite o aumento do lucro e dá oportunidades de vida a pessoas sem acesso ao mercado de trabalho formal, e ainda paga salários superiores ao mercado formal.

Na análise da situação brasileira, a face mais perversa do desemprego se caracteriza pelo fato de que “o contingente anual de criminosos é engrossado pela massa de jovens que jamais ocuparam um vaga no mercado formal de trabalho”⁹⁵, que constituem o grupo social mais vulnerável a ser utilizado pelo tráfico.

Nesse sentido, considera Túlio Kahn que “a correlação entre os dois fenômenos existe, porém é fraca, condicional e relativa”⁹⁶, pois, no tráfico de drogas, a situação está ligada ao *desemprego estrutural*, ou seja, de uma massa de excluídos, em sua maioria jovens, que constituem um “contingente de reserva que jamais entrou ou entrará no

⁹³ Fonte: CARLINI, E.A. et al. II Levantamento domiciliar sobre o uso de drogas psicotrópicas no Brasil. 2005. São Paulo: CEBRID – Centro Brasileiro de Informações Sobre Drogas Psicotrópicas: UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo, 2005.

Cf. http://obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php#II_lev_dom.

⁹⁴ Observe-se que, por ser este um mercado ilícito, a coleta de dados pode ser prejudicada pelo receio de as pessoas declararem terem consumido substâncias ilegais, o que pode nos fazer supor ser ainda maior o índice real. Atualmente, muito se discute no UNODC sobre a questão das estatísticas, sendo reconhecida por aquele órgão a necessidade de aprimoramento das ferramentas, tendo em vista a precariedade dos dados no contexto mundial.

⁹⁵ KAHN, Túlio. *Cidades Blindadas*: ensaios de criminologia. São Paulo: Sicurezza, 2002, p. 14.

⁹⁶ Idem, p. 12.

mercado de trabalho, o que tenderá a acentuar a relação entre desemprego e criminalidade”⁹⁷.

Não obstante, recentemente se obteve provas de que o lucrativo negócio da venda de droga também é praticado pela classe média. Conforme notícia veiculada nos meios de comunicação no início do ano de 2009, quadrilhas compostas por jovens de classe média compravam cocaína no Paraguai e na Argentina e enviavam-na para a Europa, onde adquiriam drogas sintéticas para revender no Brasil, e ainda forneciam armas para traficantes em favelas.⁹⁸ Nesse caso, se percebe que os papéis por eles exercidos se situam na estrutura hierárquica superior da cadeia comercial.

Com base nessas considerações, passa-se a análise da figura real do agente denominado de “traficante”, e a investigação sobre como se dá a divisão de tarefas na estrutura do mercado de drogas ilícitas.

2.5.2 Sobre os comerciante dos mercados de drogas ilícitas

Para que se consiga identificar a figura concreta do comerciante de drogas ilícitas, devem ser tomadas algumas precauções, tendo em vista que não basta a mera representatividade estatística desses nos registros penitenciários, a qual só tem condições de atestar o número de pessoas selecionadas e estigmatizadas como traficantes de drogas⁹⁹. Diante disso, o objetivo do trabalho foi o de comparar e complementar as informações oficiais com as pesquisas etnográficas de cientistas sociais para incluir nos dados também aqueles que, apesar de comercializarem drogas, não são alcançados pela repressão penal.

Assim, no curso da presente investigação inicialmente se buscou ter acesso aos dados oficiais sobre quem (e quantos) são os comerciantes de drogas selecionados pelo

⁹⁷ KAHN, Tulio, op. cit., p. 13.

⁹⁸ “Polícia Federal desarticula quadrilhas de jovens de classe média.” Notícia publicada no Jornal “O Globo” *on line* em 13.02.09. “Duas quadrilhas que traficavam principalmente drogas sintéticas foram desarticuladas nesta manhã em duas operações simultâneas da Polícia Federal em oito estados e no Distrito Federal. Das 51 prisões ocorridas até o momento, 40 foram no Rio de Janeiro. Os dois grupos atuavam de maneira semelhante: compravam cocaína em países como Paraguai e Argentina, através de “mulas” vendiam a droga na Europa e traziam de volta drogas sintéticas para revender no Brasil. Os bandos também atuavam comprando armas e revendendo para traficantes em favelas. A Polícia Federal estima que a cada semana pelo menos uma “mula” fazia essa rota. O gasto com a viagem saía em torno de R\$ 20 mil e o lucro com a venda das drogas era de aproximadamente R\$ 250 mil, o que gerava um lucro de aproximadamente R\$ 1 milhão por mês.”

⁹⁹ Nesse sentido, conforme Lola Anyar de Castro, entre a criminalidade real e a criminalidade aparente há uma enorme quantidade de casos que jamais serão conhecidos pela polícia. Esta diferença é o que se denomina cifra obscura, cifra negra ou delinquência oculta. A cifra negra diminuiu à medida que aumenta a gravidade e a visibilidade do delito. In: CASTRO, Lola Anyar de. *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

sistema penal¹⁰⁰, ou seja, aqueles presos pelo crime de tráfico de drogas, para depois compará-los com as informações trazidas pelos cientistas sociais sobre a realidade desse fenômeno. Em seguida, o grupo complementou a análise com os dados colhidos nas sentenças coletadas, tendo como objetivo a investigação mais ampla possível sobre tal ocorrência, integrando prismas diversos.

Inicialmente, foi localizado no sítio do Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas –OBID, dados da Polícia Federal sobre o número de pessoas acusadas de tráfico (internacional) de drogas, porém estes foram considerados insuficientes e pouco esclarecedores.¹⁰¹

A partir daí se buscou dados do sistema penitenciário brasileiro, por meio do Sistema INFOPEN. Segundo tal fonte, o total de presos no sistema penitenciário brasileiro em dezembro de 2007 alcança o número de 422.590.¹⁰² Com relação ao número de presos pelo delito de “tráfico de drogas”, observa-se que este figura atualmente como a segunda maior incidência de presos, apenas atrás dos crimes patrimoniais, que tradicionalmente ocupam a primeira posição.¹⁰³

Mostra-se relevante destacar, nesse sentido, a importância do estudo crítico da realidade social e do tipo penal do tráfico de drogas, tendo por base o relevante impacto de sua aplicação no cotidiano do judiciário, diante do grande número de condenados cumprindo pena no sistema penitenciário brasileiro por esse delito.

¹⁰⁰ Tendo em vista o marco teórico da Criminologia Crítica, deve ser feita a distinção entre a criminalidade real e a criminalidade registrada ou oficial, sendo essa última seletiva e restrita, não podendo ser identificada com a anterior, diante das cifras obscuras, ou seja, a criminalidade não registrada, que não chega ao conhecimento do sistema penal.

¹⁰¹ Segundo os dados oficiais, em 2006, foram registradas oficialmente no Brasil 3.195 pessoas formalmente acusadas por tráfico ilícito (internacional) de drogas. Nesse ano referido, a única fonte foi a Polícia Federal, não havendo dados da SENASP, mas pode ser observada a redução desse número em relação a 2005, quando 4.408 pessoas foram acusadas de tráfico de drogas. Entende-se que tais dados devem ser vistos com cautela, pois se mostraram insuficientes para uma análise mais profunda. Em primeiro lugar porque são incompletos, por não incorporarem, naquele ano, os dados dos estados, uma vez que a Polícia Federal somente tem atribuição para atuar nos casos de tráfico internacional (Na forma da Constituição Federal de 1988, em seu art. 144, § 1º). Segundo, porque a atuação da justiça estadual, por meio das polícias militar e civil estaduais tem um campo de atuação muito maior. Destaque-se, ainda, que esses dados se referem a pessoas acusadas, e não condenadas. Fonte: Diretoria da Polícia Federal – DPF. Relatório Anual 2006. Ministério da Justiça. Cf. http://obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php#II_lev_dom.

¹⁰² Cf.

<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>. A referência feita a dezembro de 2007 se justifica pelo fato de, até o encerramento da pesquisa, não terem sido ainda disponibilizados os dados *consolidados* dos presos no sistema penitenciário brasileiro do ano de 2008.

¹⁰³ Tal questão foi inicialmente analisada por Luciana Boiteux em sua dissertação de mestrado sobre o sistema penitenciário, intitulada “O panóptico revertido: a história da prisão e da visão do preso no Brasil”. Faculdade de Direito da UERJ, 2000.

A tabela a seguir retrata a realidade oficial atual, de forma comparativa, levando em conta os dados dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, e no Distrito Federal, além do levantamento nacional dos números:

Tabela 1: Número de presos por crimes patrimoniais e tráfico de drogas
Ref. Jun 2008

CRIMES	RJ	DF	SP	BRASIL
Roubo simples (art. 157)	819	760	16952	35721
Roubo qualificado (art. 157, § 2º)	8315	3770	39085	79599
Extorsão (art. 158)	113	60	1080	2244
Extorsão mediante seqüestro qualificada (art. 159, § 1º)	6	26	1425	2041
Extorsão seguida de morte (159, § 3º)	27	2	355	563
Furto qualificado (art. 155, §§ 4º e 5º)	862	1469	13971	33374
Furto simples (art. 155, caput)	559	913	11034	28205
Latrocínio	711	627	5584	13061
Extorsão mediante seqüestro (art. 159)	41	13	1241	1678
Receptação (art. 182)	662	584	4955	11086
TOTAL DE CRIMES PATRIMONIAIS	12115	8224	95682	207572
Presos por tráfico de drogas	<u>2356</u>	<u>1854</u>	<u>30448</u>	<u>69049</u>

Fonte: Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen.¹⁰⁴

Abaixo, a Tabela 2 compara a evolução no número de presos por tráfico nos estados indicados e no Brasil, o que permite concluir que a quantidade atual de presos continua crescendo.

Tabela 2: Número de presos por tráfico de drogas – evolução anual

	Dez 2006	Dez 2007	Jun 2008
Rio de Janeiro	4273	5379	2356*
Brasília	1657	1710	1854
São Paulo	17668	27509	30448
Brasil	47472	65494	69049

Fonte: Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen¹⁰⁵

¹⁰⁴ Ref. Jun/2008 – Cf.

<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>

¹⁰⁵ <http://www.mj.gov.br/sal/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>. * O número de presos por tráfico de drogas no Rio de Janeiro, em junho de 2008, provavelmente não está correto, tendo em vista a informação de que apenas uma pessoa cumpria pena por tráfico internacional de drogas, além do fato de que a tabela com os dados oficiais se refere ainda à Lei n.

Como se percebe, ainda na vigência da Lei n. 6.368/76, já era alto o número de pessoas encarceradas pelo delito de tráfico de drogas, e esse número parece continuar crescendo, de acordo com as estatísticas acima.

Contudo, para responder às questões propostas pela pesquisa, os dados oficiais são insuficientes, pois não radiografam a realidade social do comércio de drogas, tendo em vista que, apenas pela capitulação legal, não se tem como avaliar os diferentes papéis dos atores sociais dentro da hierarquia do tráfico, razão pela qual se foi buscar, para complementar a análise, outros estudos sobre o tema.

A revisão bibliográfica realizada teve por base os seguintes autores de do campo das Ciências Sociais: Michel Misse¹⁰⁶, Alba Zaluar¹⁰⁷, Luiz Eduardo Soares¹⁰⁸, Guaracy Mingardi e Sandra Goulart¹⁰⁹, Sylvaine Poret¹¹⁰ e Rosinaldo Silva de Souza¹¹¹, dentre outros.

Foi possível perceber a complexidade do fenômeno do comércio de drogas ilícitas, e suas particularidades de uma estrutura hierarquizada que segue modelos organizacionais locais distintos, que envolve diferentes graus de participação e importância. Os estudos revisados apontam para diferentes papéis nas “redes” do tráfico, desde as atuações mais insignificantes até as ações absolutamente engajadas e com domínio do fato final.

Antes da menção à específica questão do Brasil, deve ser dito que, de forma semelhante, nos países centrais, a estrutura do comércio de drogas ilícitas não é organizada de forma vertical, na qual o importador vende diretamente ao usuário, pois o que se constata nesses países é a existência de uma “estrutura piramidal” na qual o

6368/76, já revogada, razão pela qual deveria incluir a nova Lei de Drogas (n. 11.343/06). Tal conclusão também se sustenta no fato de ter havido uma redução inexplicável de quase metade no número de presos, somente nesse estado da federação.

¹⁰⁶ MISSE, Michel. *Crime e Violência no Brasil Contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁰⁷ ZALUAR, Alba. *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

¹⁰⁸ SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: 500 dias no front da Segurança Pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

¹⁰⁹ MINGARDI, Guaracy e GOULART, Sandra *As drogas ilícitas em São Paulo: o caso da Cracolândia*. São Paulo: ILANUD, 2001, p. 17.

¹¹⁰ PORET, Sylvaine. Paradoxical effects of law enforcement policies: the case of the illicit drug market. *International Review of Law and Economics*, v. 22, p.465-493, 2003.

¹¹¹ SOUZA, Rosinaldo Silva de. Narcotráfico y economía ilícita: las redes del crimen organizado en Río de Janeiro. *Revista Mexicana de Sociología*, México, D F, v. 66, n. 1, p. 164-166, enero-marzo, 2004.

importador vende a droga para o atacadista, que a passa para os revendedores, conforme afirma Poret¹¹².

Por outro lado, há de se ressaltar que a forma de organização desse tipo de comércio não se dá de forma uniforme, pelo contrário, é adaptado às configurações locais. Apurou-se, ainda, que a organização interna, especialmente do varejo, segue mecanismos específicos que diferem, muitas vezes, de um estado para outro da federação, tanto pela forma de atuação dos seus atores como quanto aos tipos de substância comercializada. Na pesquisa de campo realizada, por exemplo, a realidade do Distrito Federal diferencia-se da do Rio de Janeiro, pois um tipo de droga ilícita denominada “merla” só foi encontrada em Brasília. Mesmo entre o Rio de Janeiro e São Paulo, de características semelhantes, há diferenças.

Por exemplo, em São Paulo, maior cidade do país, a droga é igualmente um grande negócio, mas “o mercado é heterogêneo e dividido por área sócioeconômica. O tipo de droga vendida em cada região depende do poder aquisitivo da população e dos costumes locais”.¹¹³ Lá, mais do que em outros locais, notou-se o aumento significativo do uso de *crack* entre jovens desprivilegiados¹¹⁴.

A ampla participação de jovens no mercado ilícito da droga também é verificada no tráfico paulista, onde os microtraficantes são em sua maioria jovens entre 16 e 27 anos, que atuam como autônomos, e vivem basicamente da venda de maconha e *crack*. Constituem cerca de 80% dos presos por tráfico, pois, segundo Mingardi, “não têm boas ofertas para os policiais que os prendem”. São desorganizados, pobres e a maioria vende drogas para sustentar seu vício (a proporção é de dois desempregados para um viciado), e “o único vínculo que possuem com as organizações de traficantes é na qualidade de clientes”.¹¹⁵

¹¹² PORET, Sylvaine. op. cit. Segundo a autora: “*The narcotics distribution system is a vertically organized network which can be long or short. In principle, the importer can sell drug directly to consumers, but in practice, he often sells to wholesalers who in turn sell to retailers. At the retailing level, in industrial countries, narcotics trade can be represented by a pyramidal structure with four levels: the trafficker, whose unique objective is to maximize his profit, is a businessman; the retailer, seeking for a regular income, could sell directly to consumers, but he usually prefers to deal with users-retailers, to whom he sells a larger quantity under better conditions; the user-retailer or dealer buys quantities both for his own consumption and to finance it; and finally, at the bottom of the network is the casual or regular consumer. This market organization suggests that the vertical relationship between sellers at different levels of a vertically organized network is one of the main features of drug market. This characteristic should thus play a role in the analysis of effects of law enforcement policies. The risk of arrest is large at the point in the chain of distribution where the average quantity of drug transferred in any given transaction is lower and where therefore the number of transactions is higher.*”

¹¹³ MINGARDI, Guaracy; GOULART, Sandra, op. cit., p. 13.

¹¹⁴ Idem, p. 15.

¹¹⁵ Ibidem, p. 16.

Guaracy Mingardi, ao analisar a organização do tráfico carioca, por outro lado, identifica algumas peculiaridades do modelo organizacional em larga escala nessa localidade, tais como a existência de “bocas de fumo” que funcionam no mesmo local por décadas, a hegemonia conquistada pelas organizações de presos, bem como o fato de que o lucro da distribuição provém do número de pontos importantes que a organização controla, estando os mais cobiçados mais próximos das áreas de classe média, mas fora da fiscalização cotidiana da polícia. Considera o autor a realidade do Rio de Janeiro como mais visível e violenta, pelo fato dos grandes pontos de venda de droga serem guardados por pessoas armadas com fuzis de altos calibres, o que, segundo ele, não era identificado em São Paulo. Porém, afirma que o modelo carioca não pode ser generalizado:

Devido a maior visibilidade do tráfico no Rio, existe a tendência de vê-lo como modelo único, adaptável para todas as grandes cidades brasileiras. É difícil falar em um só modelo de tráfico, ele varia com a região da cidade ou do Estado, com o tipo da droga vendida e com o nível do grupo de traficantes.¹¹⁶

Não obstante tais diferenças locais apontadas, com base em Mingardi, o grupo optou pela seguinte classificação da estrutura de funcionamento interno do tráfico de drogas:

A categoria do “grande traficante” é daquele atacadista, capaz de comprar grandes quantidades de uma vez (para Mingardi, 250 kg), que possui ligações com o tráfico internacional. Nesse nível, o modelo organizacional do tráfico não passa pelo sistema de controle territorial, ou pelo monopólio da mercadoria ilícita por meio da violência, que correspondem aos níveis mais baixos.

Já o “médio traficante”, ou distribuidor local, trabalha tanto no atacado quanto no varejo (para Mingardi, consegue lidar com até 250 kg), por meio da compra dos “carregamentos” dos grandes traficantes. Estes igualmente atuam com pequeno grau de violência, utilizando a corrupção, e não a força, para anular o trabalho policial, por meio da reserva mensal de certa quantia em dinheiro para corromper autoridades. Por trabalharem em grandes vendas, isto implica certo grau de estabilidade nos negócios.

De forma menos importante, a categoria do “pequeno traficante” é o varejista, que também revende pequenas quantidades para os “microtraficantes”, que trabalham

¹¹⁶ MINGARDI, Guaracy, op. cit., p. 131 e ss.

com quantidades menores que 10 kg, estando situados no limite entre a simples quadrilha e o crime organizado.

Finalmente, o último elo do comércio de drogas está simbolizado na figura do “microtraficante”, que é identificado normalmente como vendedor de pedras de *crack* e pequenas porções de cocaína e maconha. Para Mingardi, esse nível funciona como uma “bagunça” total, pois normalmente os seus agentes não têm advogado, guardam a mercadoria em casa, brigam com a família durante a prisão, além de ter a pobreza como característica. Tampouco possuem dinheiro em caixa para corromper autoridades e não estão ligados às ditas “organizações criminosas empresariais”, sendo a única vinculação possível com esta a qualidade de clientes da mercadoria vendida. São ações individuais, ou, no máximo, de quadrilhas desorganizadas.

Por meio da análise dos lucros dos traficantes de droga, Alba Zaluar também diferencia os diversos setores deste comércio ilícito, e afirma que, quanto mais alta a posição, maiores os lucros. Para ela, mesmo os pequenos traficantes (não por acaso a ampla maioria dos presos e identificados), recebem bons salários no comércio de drogas no Rio de Janeiro:

Com a venda de apenas 200 g de cocaína pagam um quilo ao “matuto” ou intermediário que a deixou em consignação. Dos 500% de lucro, a metade vai para o dono da boca, 30% para o gerente e 20% para o ‘vapor’. Os pequenos ‘aviões’ não recebem salários, como se proclama. Recebem ‘cargas’ para vender, pelas quais são responsáveis, e têm acesso à droga para consumir um pouco. Só quando a vendem é que conseguem uma pequena parcela dos lucros¹¹⁷.

Rosinaldo Silva de Souza¹¹⁸, por sua vez, descreve em maiores detalhes a organização interna das quadrilhas de venda de drogas no Rio de Janeiro.¹¹⁹ Apesar de não utilizar a mesma categoria proposta por Mingardi, é possível encontrar coincidências na categorização dos personagens.

Identifica o autor que o grupo do conhecido traficante Fernandinho Beira-Mar seguiria uma sofisticada divisão do trabalho, no nível de grande intermediário local, de acordo com as seguintes funções: a) chefe da quadrilha; b) distribuidor de drogas na área do Rio de Janeiro; c) tesoureiro-chefe, responsável pelos pagamentos de pessoal; d)

¹¹⁷ ZALUAR, Alba. *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 34.

¹¹⁸ SOUZA, Rosinaldo Silva de. op. cit., p. 164-166.

¹¹⁹ O autor tem por base para as suas análises tanto pesquisas de campo o acesso documental aos autos da CPI do Narcotráfico, a qual investigou o funcionamento da quadrilha do conhecido traficante carioca Fernandinho Beira-Mar.

segundo tesoureiro, encarregado de pagar pelos adiantamentos e pelas comissões aos traficantes responsáveis pelas bocas de fumo (pontos de venda) controlados pela quadrilha; e) os responsáveis pela custódia e distribuição de armas; f) agentes encarregados da lavagem de dinheiro; g) agentes que fazem contactos ou negociadores; h) pessoas com a atribuição de comprar e transportar a droga a ser comercializada no local¹²⁰. Tal nível corresponde ao que Mingardi denomina de “grandes traficantes” e seus auxiliares ou partícipes diretos.

Já passando para outro nível, do “médio traficante”, estão os “donos da boca de fumo”¹²¹, que são aqueles que adquirem a droga do atacadista, e se responsabilizam pela distribuição local, junto com os seus gerentes¹²², auxiliares ou partícipes que organizam a distribuição no varejo.

A partir daí, há uma espécie de desdobramento da estrutura, passando-se para os níveis hierárquicos inferiores, onde se desenvolvem numa *rede micróscópica* de relações sociais para distribuição da substância ilícita. Os “pequenos traficantes” são os embaladores da droga (“endoladores”), eventuais ou fixos, os agentes de segurança pessoal e territorial (“soldados”)¹²³ e os vendedores (“vapores” e “aviões”). Nessa

¹²⁰ O autor aponta ainda para outras funções menos importantes, porém essenciais, como: h) agentes de segurança para os membros importantes da quadrilha; i) doleiros ou intermediários encarregados pela compra e venda de dólares no mercado negro e do envio de grandes somas de dinheiro ao exterior, podendo incluir os “laranjas”, que são os titulares das contas bancárias que fazem parte do esquema de lavagem de dinheiro da quadrilha; j) receptores e encarregados de transportar os veículos roubados que eram utilizados como moeda de troca nos países vizinhos produtores de cocaína; k) armazenadores de grandes quantidades de droga, em geral por empresas fantasmas, em galpões nos arredores da cidade do Rio; m) falsificadores ou receptores de documentos roubados que eram utilizados pelos membros da quadrilha para ocultar a sua identidade. Op. cit.

¹²¹ Denominação dos “proprietários” dos pontos de venda da droga, segundo a gíria carioca.

¹²² Conforme analisa Rosinaldo Silva e Souza, “*La estructura jerárquica del comercio ilícito en las favelas cariocas, según varios relatos de mis entrevistados, obedece al siguiente orden. Después del puesto de jefe en una “boca de humo”, o en un conjunto de ellas, está su “brazo derecho”, que habitualmente es un hermano o un pariente cercano. En los casos en donde esto no ocurre, el “hombre de confianza” es un amigo, el cual puede asumir incluso la función de guardaespaldas personal del jefe; tal es la confianza que se deposita en él. Casi tan importante como el puesto de “segundo hombre”, lo es también la función de “gerente de la boca de humo”; por lo general son dos: el “del blanco” y el “del negro”, esto es, administradores de la venta de cocaína y marihuana.*

Algunas veces los “gerentes” pueden llegar a alcanzar la sucesión de la jefatura, dependiendo del tipo de relación que mantengan con el jefe. Cada uno de ellos es responsable de coordinar lo que se denomina como “endolação”, que consiste en la preparación, división y empaquetado de la droga (cocaína y marihuana) que a su vez será vendida en pequeñas porciones al consumidor final. Pero la función de los gerentes no termina allí. Después de la venta, el gerente es quien rinde cuentas y recoge el producto de la venta de cada uno de los pequeños vendedores, quienes son llamados ‘vapores’ o ‘aviones’.” Op. cit., p. 164-166.

¹²³ “*Con un armamento bastante sofisticado a su disposición, los ‘soldados’ pueden ser vistos en cualquier favela que es dominada por traficantes. Durante el día son menos visibles, pero están siempre ahí, listos para resguardar la ‘seguridad’ de las ‘bocas de humo’. Sus armas son suministradas por el jefe, aunque algunos de los ‘soldados’ intentan adquirirlas por sus propios medios a través de los ‘matutos’ (mayoristas del comercio de la droga), quienes llegan a traficar lo mismo drogas que armas*

categoria deve ser feita a diferenciação entre esses “pequenos” e os “microtraficantes”, ou seja, aqueles que revendem ocasionalmente pequenas quantidades de drogas, seja para completar a sua renda ou para sustentar o seu vício; além dos “olheiros” (vigilantes), que estão classificados no nível mais inferior pela menor importância de suas ações.

Ainda de acordo com Souza, a função de “endolação”¹²⁴ é exercida, em sua maioria por habitantes das favelas que não têm outro emprego no momento, os quais podem, ou não, seguir a carreira de traficantes. Já os “vapores” são responsáveis pela venda da droga dentro da favela, em pontos já conhecidos por todos, inclusive pela polícia, enquanto que os “aviões” recebem para transportar certas quantidades de drogas até seus consumidores finais, o que implica em maior risco, razão pela qual podem portar armas de pequeno calibre.

Finalmente, a atuação de menor importância na hierarquia do tráfico é a dos chamados “olheiros” ou “vigilantes”, que é exercida normalmente por crianças ou adolescentes¹²⁵, os quais ficam responsáveis por dar o alarme em caso de “acontecimentos suspeitos” nas proximidades dos locais de venda de drogas, quando for constatada alguma ameaça à segurança dos negócios ilícitos.¹²⁶

Voltando à análise de Mingardi, na rede de tráfico, há um limite entre a simples quadrilha, na qual atuam os pequenos traficantes, ou varejistas, que podem ser autônomos ou gerentes de “boca”, os quais muitas vezes têm antecedentes criminais por tráfico ou crimes contra o patrimônio; e uma forma mais organizada de crime, a partir dos médios até os grandes traficantes, os quais normalmente compram diretamente dos traficantes internacionais. Segundo o autor, pouco se sabe sobre os grandes traficantes, a não ser que a maioria deles se dedica ao tráfico internacional, na qualidade de atacadistas.¹²⁷

pesadas y costosas.” Op. cit., p. 167.

¹²⁴ São aqueles que embalam ou condicionam as drogas em embalagens destinadas à venda.

¹²⁵ Segundo Souza, “*Esta actividad puede ser desempeñada por cualquier persona, pero por lo general la realizan niños y adolescentes que acostumbran ganar en promedio el equivalente a un salario mínimo semanal, una cantidad que sus padres, de tener un empleo regular, sólo podrían ganar al final de un mes de trabajo en el sector de la economía lícita.*” Op. cit., p. 166-167.

¹²⁶ Conforme investigado por Rosinaldo Silva e Souza, “*Los olheiros son los responsables de dar la alarma de ‘acontecimientos sospechosos’ en las inmediaciones de la ‘boca de humo’, siempre y cuando estos acontecimientos, de alguna manera, puedan ser percibidos como una amenaza para la seguridad de los negocios ilícitos que se realizan en la favela: ya sea la llegada de la policía, o bien la entrada de enemigos o rivales de los traficantes locales. Para esta actividad, los olheiros hacen señales con ‘cometas’ realizando maniobras en el cielo, o bien utilizan cohetes o fuegos artificiales con el mismo propósito. En la actualidad también utilizan teléfonos celulares o radios de transmisión. Al dar su señal, entra en acción el ‘personal de contención’: los llamados ‘soldados.’*” Op. cit., p. 167.

¹²⁷ MINGARDI, Guaracy, op. cit., p. 17.

Em que pese a ampla gama de tarefas identificadas na organização social do tráfico de drogas, pelo que se investigou na pesquisa de campo, descrita adiante, a grande maioria dos presos atualmente por este delito está no nível inferior da hierarquia, e não tem ligação direta com o que se denomina “crime organizado”¹²⁸.

A conclusão a que chegou o Delegado Orlando Zaccone, com sua experiência de policial civil no Rio de Janeiro, é a de que os criminosos selecionados pelo sistema, ou seja, os que são presos por tráfico são todos “homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, detidos com drogas sem portar nenhuma arma”, confirmando a afirmação de Mingardi de que os presos que superlotam as penitenciárias não possuem apoio de organizações criminosas¹²⁹.

Nesse sentido, nessa investigação teórica¹³⁰, uma das primeiras constatações a que se chegou, com base nas obras consultadas, é a característica de serem absolutamente “descartáveis” os envolvidos nos níveis hierárquicos inferiores, ou seja, os pequenos e microtraficantes, que são facilmente substituíveis em caso de morte ou prisão e em nada interferem na estrutura final da organização. Estes são como danos colaterais.

Identificou-se que o comércio de drogas ilícitas tem um papel importante como alternativa econômica para os habitantes das favelas, embora não se possa generalizar, pois a grande maioria de seus moradores não se envolve com tal atividade.

Conforme afirma Michel Misse, “o tráfico de drogas nas áreas pobres do Rio de Janeiro é fundamentalmente varejista”, sendo a cocaína a substância mais lucrativa¹³¹.

¹²⁸ A concepção de “crime organizado” vem sendo amplamente utilizada pela mídia para justificar a necessidade de maior punição e repressão às atividades ilícitas. Ocorre que “a introjeção do discurso sobre crime organizado no Terceiro Mundo produziu a necessidade de descobrir seu objeto real, em completa inversão do método de investigação científica: o processo de conhecimento, em vez de avançar na percepção do problema para sua definição, retrocede da definição do problema para sua percepção”. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 11, n. 42, jan./mar., 2003, p. 214-224. Em vez de identificar um fenômeno, defini-lo, para depois só então submetê-lo a categorias do direito penal, parte-se de uma forma caricaturada de percepção da realidade, para aumentar as conseqüências penais. Entende-se, como Zaffaroni, ser o crime organizado uma categoria frustrada, ou um rótulo sem utilidade científica, carente de conteúdo jurídico-penal ou criminológico, razão pela qual se considera a definição de bando ou quadrilha, já prevista em todos os Códigos Penais como suficiente para se lidar com o fenômeno, em um modelo garantista. ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 49-50, 1996.

¹²⁹ ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11-12.

¹³⁰ Deve ser esclarecido que as conclusões desse trabalho se baseiam exclusivamente em estudos de campo realizados por cientistas sociais, não tendo havido atividade de observação ou investigação direta pelos pesquisadores, que se basearam em dados coletados e analisados pelos autores indicados na bibliografia.

¹³¹ MISSE, Michel. As ligações perigosas: Mercado informal ilegal, narcotráfico e violência no Rio. (1997). In: *Crime e Violência no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 185.

Na atividade altamente rentável do tráfico no atacado, empresários do crime comandam o investimento, a produção, a comercialização e a lavagem de dinheiro, mas estes não estão no morro.

No varejo, pequenos traficantes, que costumam ser os únicos presos e identificados publicamente, realizam bons lucros, podendo o dono da boca quintuplicar o que pagou pela mercadoria, seguido pelo gerente e o vapor, que também recebem percentuais do “movimento”. Aviões e olheiros não têm ganho certo, podendo alguns receber bem mais do que operários da construção civil, por exemplo. Porém, se trata de atividade de alto risco de prisão, pois estes não conseguem corromper os policiais como aqueles que estão nos extratos mais altos da hierarquia.

Assim, esses seres absolutamente descartáveis, que são os pequenos e microtraficantes representam os elos mais fracos da estrutura do comércio de drogas ilícitas, e sofrem toda a intensidade da repressão, como se pode observar na análise das sentenças judiciais coletadas no Rio e em Brasília.

Para melhor compreender como se dá essa situação, passar-se-á a tratar da questão da seletividade do sistema penal.

2.5.3 A seletividade da atuação da justiça penal

Ao abordar o tema drogas, Álvaro Pires analisa que nesse tipo de delito não há um desvio conflitual entre um ato e uma vítima, sendo a ação pró-ativa das autoridades (flagrantes e incursões policiais) que produzem uma série de efeitos perversos no próprio funcionamento do sistema jurídico, como o problema da corrupção, que constitui a forma de intervenção da polícia no limite da legalidade¹³².

Diante da clara incapacidade de impedir a venda ou o consumo, a polícia atua apenas eventualmente, quando interessa e da maneira que interessa. Ainda que a agência policial fosse eficaz, bem aparelhada e incorruptível, o que não ocorre em nenhum lugar, não seria capaz de impedir que a indústria da droga ilícita mantivesse suas atividades em funcionamento, nem muito menos o sistema penitenciário teria condições de absorver todos os comerciantes de drogas.

Frente à grande rentabilidade do mercado ilícito, e das dificuldades de repressão, uma parte considerável dos policiais mal pagos e menos armados do que os

¹³² PIRES, Álvaro. *La politique législative et les crimes à “double face”*: éléments pour une théorie pluridimensionnelle de la loi criminelle. Rapport d’expert à l’intention du Comité Spécial du Sénat du Canada sur les drogues illicites, 2002, p. 64-65.

traficantes vai acabar se associando ao tráfico e passar a usufruir de parte dos altos lucros gerados pelo mercado ilícito. Não se trata de mera imoralidade, pois muitas vezes isso se dá por questões mesmo de sobrevivência, diante do poderio bélico, econômico e político dos traficantes.

Na análise da relação da droga com a polícia, Luiz Eduardo Soares afirma que “as polícias sabem quem trafica, onde e como (...) e já prenderam grande parte dos traficantes”, porém, no Rio de Janeiro, ao contrário das grandes capitais do mundo, os traficantes não são contidos nem obrigados a refluir para a clandestinidade, devido aos “acordos” celebrados entre eles e a polícia, que garantem a liberdade daqueles em troca de aceitação de vantagem ilícita.¹³³

Além disso, mesmo sem se considerar a corrupção direta, a polícia é quem filtra os casos que chegam ao conhecimento dos juízes e, conseqüentemente, aqueles que vão ser enviados às prisões. Nem sempre fica claro para os operadores da justiça criminal, ou estes preferem ignorar, que os juízes só julgam os raros casos que chegam até a justiça, após a amostragem prévia feita pela polícia, razão pela qual o sistema penal, seletivo em todas as esferas, se torna ainda mais seletivo no caso do tráfico. Nesse sentido, confirma Lemgruber que:

a primeira tipificação do fato delituoso, feita pela polícia, influencia decisivamente o curso do processo, determinando desde a escolha entre registrar, ou não, a ocorrência, indiciar ou não o suspeito, até a forma de conduzir o interrogatório e montar os autos que serão enviados ao Promotor¹³⁴.

À mesma conclusão chegou Alba Zaluar, ao analisar a relação entre droga e corrupção:

Devido às nossas tradições inquisitoriais, a criminalização de certas substâncias, como a maconha e a cocaína, conferiu à polícia um enorme poder. São os policiais que decidem quem irá ou não irá ser processado por mero uso ou por tráfico, porque são eles que apresentam as provas e iniciam o processo...¹³⁵.

Destaque-se que, mesmo nos países centrais, conforme estudos trazidos por Poret, “geralmente, é mais fácil para os agentes da lei capturarem os revendedores das

¹³³ SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: 500 dias no front da Segurança Pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000, p. 275-276.

¹³⁴ *O (des) controle da polícia no Brasil*. LEMGRUBER, Julita et al. (Org.). Controle externo da polícia: o caso brasileiro. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE O CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA, 1, 2002, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, 2002. p. 7

¹³⁵ ZALUAR, Alba. *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 33.

ruas (*street dealers*), que são os varejistas, mais numerosos e fáceis de serem alcançados, do que os traficantes (atacadistas)¹³⁶, segundo o quadro abaixo, que sintetiza as caracterizações da autora destes dois níveis das transações do mercado de drogas.

Tabela 3: Caracterização dos dois níveis das transações do mercado de drogas

VARIÁVEIS	TRAFICANTE	VAREJISTA
CUSTO DA SANÇÃO ¹³⁷	ALTO	BAIXO
LUCRATIVIDADE POR UNIDADE	BAIXA	ALTA
QUANTIDADE NEGOCIADA	ALTA	BAIXA
RISCO DE PRISÃO	BAIXO	ALTO

Fonte: PORET (2003)¹³⁸

Enquanto os juízes imaginam que têm um grande poder ao julgar e aplicar a pena, percebe-se que, na verdade, o poder está com o policial que efetua a prisão, que é o responsável pelo primeiro julgamento, realizado de acordo com as possibilidades de efetuar a prisão e, eventualmente, de com a situação financeira do suspeito. Uma vez apresentado em juízo um preso em flagrante por tráfico, o magistrado não terá condições de perceber como ocorreu de fato sua prisão, pois ele depende exclusivamente da palavra do policial, que normalmente é a única testemunha arrolada pelo Ministério Público.

Conforme relatam os autores já citados, e confirmado na análise de sentenças, os policiais são os responsáveis pela montagem das provas a serem apresentadas nos processos, e quase nunca são questionados em juízo. Tal situação pode ser comprovada quando os juízes, de forma quase idêntica, citam julgados para fundamentar a sentença no sentido de prevalecer a palavra do policial para embasar a condenação do acusado. O baixo número de absolvições em primeira instância, conforme será demonstrado mais adiante, também comprova essa tese.

Sob esse aspecto, o formato da lei penal parece contribuir para tal ocorrência, quando estabelece tipos abertos e penas desproporcionais, pois concede amplos poderes

¹³⁶ PORET, Sylvaine. Paradoxical effects of law enforcement policies..., p. 482.

¹³⁷ O custo da sanção se refere à pena do negociante (custo), que tende a ser proporcional à quantidade negociada. A lucratividade geralmente é maior para aquele que vende diretamente ao consumidor. Traficantes vendem maiores quantidades em intervalos de tempo maiores; varejistas negociam pequenas quantidades em 10 a 12 transações por dia. Dado este maior número de transações do varejista, seu risco de prisão tende a ser maior.

¹³⁸ PORET, Sylvaine, op. cit.

ao policial, tanto para optar entre a tipificação do uso e do tráfico, como ao não diferenciar entre as diversas categorias de comerciantes de drogas. O resultado dessa equação é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma lei extremamente punitiva e desproporcional, tem a sua atuação limitada pela corrupção, que filtra os casos que chegam ao seu conhecimento, sendo este um ciclo vicioso que muito tem contribuído para a superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, e para a absoluta impunidade dos grandes.

Outra relevante questão observada na leitura das sentenças, se comparadas com a realidade social descrita acima, é a questão da quantidade de droga apreendida. Além de não haver coerência ou proporcionalidade entre a pena aplicada e a atuação do agente na estrutura deste comércio ilícito, a quantidade e o tipo de droga quase nunca são levados em consideração. Quando isso ocorre, serve apenas para aumentar a pena aplicada, de forma desproporcional.

A indeterminação da lei, e a desproporcionalidade das penas, fazem com que os juízes e dos demais operadores jurídicos fiquem reféns das provas apresentadas pela polícia, sendo a pena de prisão, e a prisão provisória, aplicadas de forma automática, uma vez que a lei veda a liberdade provisória e as penas alternativas, em interpretação literal de duvidosa constitucionalidade, o que reforça a exclusão social e a violação aos direitos humanos, especialmente dos pequenos traficantes.

O que se percebe é que, ao contrário do atual modelo legal de controle penal, que se mostra estático e uniforme, o comércio de drogas é adaptado à economia e à diversidade locais. No entanto, no campo jurídico, a estratégia tem sido a seguinte: os tipos penais são genéricos e não diferenciam a posição ocupada pelo agente na rede do tráfico, sendo a escala penal altíssima e amplíssima¹³⁹; ausência de proporcionalidade das penas, e banalização da pena de prisão. Além disso, qualquer tipo de associação para comércio de drogas é equiparado ao indefinido conceito de crime organizado, de forma a ampliar ainda mais a atuação repressiva.

Com isso se conclui estar o campo jurídico alienado da realidade do fenômeno do comércio de drogas ilícitas. Por serem as penas desproporcionais, as penitenciárias estão cheias, ao mesmo tempo em que o comércio, a produção e a demanda por drogas aumentam seus lucros, servindo a política de drogas apenas como um meio puramente

¹³⁹ Conforme se analisará mais adiante a nova Lei de Drogas procurou moderar essa característica identificada, ainda que de forma tímida.

simbólico de proteção à saúde pública, mantendo, na prática, a tradição brasileira de repressão e controle social punitivo dos mais pobres e excluídos.

III RESULTADOS DA PESQUISA DE CAMPO

3.1 Recorte do *corpus* da pesquisa de campo

Considerando o consórcio formado por dois grupos de pesquisa em cidades diferentes, o recorte espacial incidu em sentenças e acórdãos dos juízes e tribunais da capital do Rio de Janeiro e da cidade de Brasília-DF, locais em que cada grupo tinha acesso à documentação. O critério, todavia, atendeu também outras perspectivas. De um lado, proporcionou o exercício da comparação. De outro, a coleta de dados nos tribunais federais e nacionais ampliou a representatividade dos resultados.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região -TRF1, com sede em Brasília, julga em segundo grau os casos, de competência federal¹⁴⁰, provenientes dos estados do Acre, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2, com sede na cidade do Rio de Janeiro, julga os casos provenientes dos estados do Espírito Santo e Rio de Janeiro. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJ/RJ julga em segundo grau os casos de competência estadual ocorridos no estado do Rio de Janeiro. Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJ/DF julga em segundo grau os casos de competência estadual ocorridos no Distrito Federal. Inicialmente, se pensou em coletar dados também na cidade de São Paulo-SP, pela relevância político-econômica desta no Brasil, e pelo fato do estado de São Paulo ter a maior concentração carcerária em nosso País. Contudo, a ampliação não pôde ser viabilizada.

A pesquisa incidu sobre a aplicação do art. 33 da Lei n. 11.343/06. O recorte temporal foi fixado entre 7 de outubro de 2006 e 31 de maio de 2008, ou seja desde o momento da entrada em vigor dessa Lei até a data imediatamente anterior ao início da coleta. Desse modo, abrange fatos que ocorreram na vigência da lei e aos quais foi aplicado o art. 33, bem como aqueles que ocorreram anteriormente à entrada em vigor da nova lei, desde que tenha ocorrido a aplicação retroativa da referida legislação.

¹⁴⁰ A competência da Justiça Estadual é a regra. A competência da Justiça Federal está estabelecida no art. 109 da CF de 1988.

A pesquisa de campo foi iniciada em junho de 2008 pelas duas equipes formadas com docentes e discentes de pós-graduação e graduação. A equipe da UnB ficou responsável pela coleta de dados nas sentenças de primeira instância da Justiça do Distrito Federal e Federal de Brasília, e nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal - STF, do Superior Tribunal de Justiça - STJ, do TJ/DF e do TRF1. A equipe da UFRJ ficou com o encargo de coletar dados nas sentenças das Varas Criminais da cidade do Rio de Janeiro e das Varas Federais Criminais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, bem como nos acórdãos do TJ/RJ e do TRF2.

Para tanto, foi elaborada a primeira versão de formulários em duas modalidades: uma destinada aos acórdãos e outra para as sentenças monocráticas, de acordo com as especificidades de cada instância judicial, visando padronizar a coleta dos dados com o objetivo de mapear a jurisprudência e compreender a aplicação da nova Lei de Drogas. Essa primeira versão foi testada pelos pesquisadores nas sentenças e acórdãos, ocasião em que se verificou a necessidade de um terceiro formulário específico para acórdãos em habeas corpus. A versão final dos formulários, aprovada pelas coordenadoras, segue no Anexo.

A análise dos acórdãos – todos disponíveis em arquivo eletrônico, nas páginas virtuais dos tribunais – consistiu em leitura de seu inteiro teor (ementa, relatório e voto), seguida de preenchimento de formulário específico. Em nenhum caso houve consulta a autos de processos. Todas as informações constantes dos formulários foram exclusivamente extraídas do texto dos acórdãos, restando em branco os campos cujas informações não foram veiculadas.

A elaboração do formulário teve como diretriz o objetivo de extração do máximo de informações constantes dos acórdãos, por meio das quais se pudesse realizar o cruzamento de dados, a valoração de estatísticas, e, conseqüentemente, à luz do referencial teórico e dos propósitos da pesquisa, uma análise qualitativa, nos seguintes termos:

- a) Dados gerais do processo: classe do processo; número do processo; órgão coator (em caso de habeas corpus) ou tribunal de origem (nos demais casos), data do julgamento, órgão julgador, relator;
- b) Dados gerais do réu: primeiro nome, quantidade de acusados, sexo, modalidade do defensor (defensor público, advogado particular, dentre outros), situação processual do réu (preso em flagrante, liberdade provisória com fiança, liberdade provisória sem fiança, decretada a prisão no curso do processo, decretada a prisão na sentença, liberdade provisória na sentença,

foragido), antecedentes do acusado (primário, primário e de bons antecedentes, reincidente, maus antecedentes);

c) Dados gerais do caso: lei vigente à época do fato criminoso, tipo de droga apreendida, quantidade apreendida, fase da ação penal (inquérito, recebimento da denúncia pelo Juízo de primeiro grau, sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, acórdão lavrado em segundo grau), tipificação da conduta criminosa; existência de concurso material, causa de aumento de pena, causa de redução de pena, razão para a denegação da redução de pena, quantidade da pena de prisão estabelecida (pela sentença do Juízo de primeiro grau ou pelo acórdão do Tribunal de origem, a depender da fase em que se encontra ação penal), tipo de pena aplicada, quantidade de dias-multa, valor do dia-multa, regime inicial da pena, substituição da pena, condições do *sursis*;

d) Dados do acórdão: pedido, resultado do julgamento, natureza da decisão (unânime, por maioria) e observações gerais.

Os formulários foram preenchidos por acusado, para que a individualização da pena pudesse ser objeto de análise. Após preenchimento do formulário em papel, as informações foram repassadas a um formulário eletrônico, preenchido em Banco de Dados do *software Microsoft Access 2007*, para fins de cruzamentos estatísticos.

A elaboração dos formulários, sua versão eletrônica, armazenamento e limpeza, cruzamento de dados e análise quantitativa dos dados contou com a assessoria do estatístico René Raupp.

Algumas sentenças e especialmente os acórdãos do STF e do STJ foram objeto de análise qualitativa, com o objetivo de aprofundar a compreensão de como se dá o convencimento e a argumentação do magistrado sentenciante.

Houve dificuldades no acesso às sentenças, tanto no Rio de Janeiro como em Brasília, principalmente nessa última, onde o contato com o Corregedor não resultou na superação de obstáculo intransponível colocado pelo Juiz da 3ª Vara Criminal de Entorpecentes e Contravenções Penais. A coleta no Rio de Janeiro se fez a partir dos livros de sentença e dos autos judiciais. Em Brasília foi feita em livros de sentença e no sítio eletrônico do TJ/DF. Neste, a partir de lista com os números dos processos relativos à Lei n. 11.343/06, obtidos previamente nos cartórios.

3.1.1 Coleta de sentenças e acórdãos no Rio de Janeiro

O procedimento de coleta foi iniciado pelos acórdãos, tendo em vista a facilidade de acesso pela *internet*, ao contrário das sentenças de primeira instância, que demandaram idas ao foro e obtenção de cópias dos documentos oficiais, e que foram objeto da segunda fase da pesquisa.

3.1.1.2 Acórdãos do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro

Para a coleta dos julgados, realizada no sítio <http://www.tj.rj.gov.br>, foi utilizado o argumento “tráfico de drogas”, tendo sido coletados 66 acórdãos referentes a apelações criminais pelo crime do art. 33 da Lei n. 11.343/06, de acordo com o recorte da pesquisa. Foram excluídos os habeas corpus e os agravos em execução penal, pois seus dados fugiam ao objeto da pesquisa.

3.1.1.3 Sentenças das varas criminais da primeira instância do TJRJ

Após a autorização do Presidente do TJRJ, que encaminhou ofício a todos os juízes criminais do foro da capital, foi possível o acesso às decisões de primeira instância. As sentenças foram fotografadas por câmeras digitais e/ou copiadas por *scanner* manual. Na falta de informações, foi buscado o sistema de acompanhamento processual do sítio eletrônico do TJ/RJ.

Foram coletadas 298 sentenças dentro do recorte.

3.1.1.4 Acórdãos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Para a coleta dos julgados, realizada no sítio <http://www.trf2.gov.br>, foi utilizado o argumento “tráfico de drogas”, tendo sido coletados 11 acórdãos.

3.1.1.5 Sentenças da justiça federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Foi enviado *e-mail* aos 8 juízes criminais federais, solicitando o envio por meio eletrônico das sentenças proferidas dentro do recorte da investigação. Tendo em vista que nem todos os juízes enviaram as sentenças, foi encaminhado ofício por escrito

aos magistrados para que autorizassem o acesso ao livro de sentenças. Obteve-se então as sentenças de todas as varas, no total de 93.

3.1.2 Coleta das sentenças e acórdãos em Brasília-DF

3.1.2.1 Sentenças das varas criminais da primeira instância do DF

No Distrito Federal há quatro Varas Criminais especializadas com competência para processar e julgar os crimes de tráfico. A coleta incidiu nas 1ª, 2ª e 4ª Varas Criminais de Entorpecentes e Contravenções Penais, porque o Juiz Titular da 3ª Vara negou acesso ao Livro de Sentenças e à lista de processos, mediante os quais poder-se-ia ter acesso às sentenças no sítio eletrônico, alegando sigilo de justiça. Tendo sido obtida uma lista parcial de números de processos pelo Ministério Público do Distrito Federal verificou-se que o referido juiz só publica a parte dispositiva. O total coletado no DF é de 334 sentenças.

3.1.2.2 Acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Foram, ao todo, 122 acórdãos pesquisados no sítio eletrônico <http://www.tjdft.jus.br> sob o argumento “tráfico de drogas”.

3.1.2.3 Sentenças da Justiça Federal de primeira instância e acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

A coleta das sentenças só foi viabilizada após ofício ao Corregedor do TRF1 que nada opôs ao fornecimento delas pelos próprios titulares das Varas. Foram identificadas 5 sentenças e 28 acórdãos.

3.1.3 Acórdãos do Supremo Tribunal Federal

A pesquisa documental, no âmbito do STF, selecionou as decisões que aplicaram algum aspecto da nova Lei de Drogas, relativamente ao crime de tráfico (art. 33). Mediante busca na página virtual <http://www.stf.jus.br>, no campo de pesquisa livre de jurisprudência, sob o argumento ("*011343*" *MESMO* (*ART ADJ "00033"*) *MESMO LEI*). *REF.* (*@DTPB > = "20061007"*) *E* (*@DTPB < = "20080531"*), foram coletados 34 acórdãos. Desse primeiro grupo, foram excluídas as decisões proferidas em julgamentos

de pedidos de extradição, por versarem sobre fatos criminosos não ocorridos no Brasil. Por fim, restaram 14 acórdãos.

3.1.4 Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça

Mediante busca na página virtual <http://www.stj.gov.br>, no campo de pesquisa livre de jurisprudência, sob o argumento ("*011343*" *MESMO (ART ADJ "00033") MESMO LEI*). *REF. (@DTPB > = "20061007") E (@DTPB < = "20080531"*, foram identificados 106 acórdãos, dentre habeas corpus, recursos ordinários em habeas corpus, conflitos de competência, recursos especiais, embargos de declaração e agravos regimentais. Esse argumento de pesquisa foi obtido após inúmeros testes, realizados por meio das ferramentas oferecidas pela página virtual do órgão, na tentativa de alcance da totalidade dos julgados que coadunassem com os interesses da pesquisa.

Desse primeiro grupo, foram excluídas as decisões proferidas em julgamentos de embargos de declaração, por possuírem como objeto acórdãos já analisados. Evitou-se, assim, duplicidade de análises e comprometimento dos registros estatísticos. Também foram excluídos os conflitos de competência, cujo objeto restringe-se a questões processuais, por meio das quais não se realiza uma efetiva e direta discussão dos aspectos de mérito pertinentes à pesquisa.

Por fim, restaram 103 acórdãos.

3.2 Análise dos acórdãos do STF

A pequena quantidade de acórdãos coletados não permitiu o aprofundamento da análise qualitativa. Não obstante, foi possível identificar diversos pontos de convergência com os resultados obtidos na análise dos acórdãos do STJ. Certamente, a posição de ambos os tribunais no topo da hierarquia do Poder Judiciário e todas as decorrências processuais e materiais dessa circunstância são fundamentos das semelhanças detectadas.

Ressaltam os seguintes aspectos:

(i) *Preponderância quantitativa de habeas corpus coletados*: a complexidade da persecução penal, em primeiro e segundo graus, tornou insuficiente o lapso temporal que a pesquisa compreendeu para que ações penais iniciadas sob a égide do novo

diploma legal – e, conseqüentemente, abrangendo a aplicação da nova norma – alcançassem o STF mediante recurso extraordinário – a principal vocação recursal desse órgão. Certamente, caso a pesquisa abrangesse um lapso temporal maior, a parcela de acórdãos de julgamentos de recursos extraordinários seria mais significativa;

(ii) Atuação pontual do STF como agência de controle penal: a perspectiva mais restrita do conhecimento da ação de habeas corpus implicou a impugnação, perante o STF, de aspectos específicos da persecução penal, geralmente relativos ao tratamento dispensando ao sujeito criminalizado, tais como a concessão de liberdade provisória, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

(iii) Preponderância de acórdãos não concessivos ou não conhecedores do pedido: assim como detectado na análise realizada sobre os julgamentos do STJ, constatou-se a preponderância de não interferência direta do STF sobre os casos que o alcançaram, porquanto o índice de indeferimento ou de não conhecimento ultrapassa mais da metade dos casos. Entre 12 pedidos de concessão de liberdade provisória, apenas um recebeu a interferência positiva do STF. Nesse sentido, aplicam-se à presente situação as mesmas conclusões apresentadas quanto ao STJ: tratamento jurídico bastante gravoso ao criminalizado por tráfico de drogas, preponderância do direito penal cautelar e violação reiterada de garantias fundamentais, especialmente à presunção de inocência.

3.3 Análise dos acórdãos do STJ

Nos termos do Regimento Interno do STJ, funcionam diversos órgãos colegiados no âmbito de sua competência, quais sejam, o Plenário, a Corte Especial, as Seções e as Turmas Especializadas.

São três as Seções existentes no Tribunal, cada uma delas compreendendo duas Turmas especializadas. A Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção; e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção. Cada Turma é composta por cinco magistrados.

Consoante o art. 9º, a competência das Seções e das respectivas Turmas é fixada de acordo com a natureza da relação jurídica litigiosa constante da ação judicial.

À Terceira Seção e, conseqüentemente, às Quinta e Sexta Turmas, cabe processar e julgar os feitos relativos à matéria penal.

A Corte Especial tem competência em matéria penal, em casos específicos. Nenhum acórdão proferido por ela foi identificado para os fins da pesquisa.

De plano, o aspecto mais notável do grupo de acórdãos analisados consistiu na preponderância quantitativa de habeas corpus sobre as demais espécies que figuram no elenco de competência do STJ. De um universo de 103 ações, 98 consistiram em habeas corpus e apenas três em recurso especial.

Tabela 4 Classe dos processos

Classe do processo	Frequência	Percentual
Habeas Corpus	98	95,14%
Recurso Especial	03	2,91%
Recurso Ordinário em Habeas Corpus	01	0,97%
Agravo Regimental	01	0,97%
	103	100%

Essa configuração justifica-se pela posição que o STJ ocupa no sistema judiciário brasileiro e pelas circunstâncias concretas e contextuais da pesquisa realizada.

Para que um processo alcance o STJ mediante sua competência recursal, é imprescindível a passagem por etapas anteriores mais complexas, o que inclui a prévia análise da causa pelas instâncias ordinárias. Nesse sentido, a complexidade da persecução penal, em primeiro e segundo graus, tornou insuficiente o lapso temporal que a pesquisa compreendeu para que ações penais iniciadas sob a égide do novo diploma legal alcançassem o STJ mediante recurso especial – a sua principal vocação recursal. Certamente, caso a pesquisa abrangesse um lapso temporal maior, a parcela de acórdãos de julgamentos de recursos especiais seria mais significativa.

Assim, prevaleceu quantitativamente o acionamento da competência originária do STJ, no âmbito da qual se inclui o habeas corpus impetrado contra atos de Tribunais sujeitos a sua jurisdição, nos termos do art. 105, I, c, da CF. Trata-se de ação de rito especial, mais célere e simplificada do que as ações de rito ordinário e sumário, especialmente por não admitir dilação probatória e balizar-se em prova pré-constituída. Além disso, em geral, goza de preferência cronológica de julgamento, por tratar de liberdade de locomoção do indivíduo.

Ademais, não obstante as restrições processuais que sofre o habeas corpus, o espectro de seu cabimento é amplo, por ser manejável em face de qualquer ato que submeta o indivíduo a coação ilegal restritiva de sua liberdade de locomoção. Da facilidade e da generalidade de impetração – relativamente às demais ações de natureza penal – decorre mais um motivo justificador de sua preponderância quantitativa.

No entanto, embora consistam em processos de competência originária do STJ, os habeas corpus coletados na pesquisa referem-se a ações penais em trâmite nas instâncias ordinárias, por se encaixarem – em sua totalidade – na hipótese de impetração contra acórdãos lavrados por Tribunal sujeito à jurisdição dessa Corte superior. Dividem-se entre habeas corpus substitutivos de recurso ordinário e habeas corpus impetrados contra acórdãos condenatórios dos juízos de segundo grau.

A análise da origem das ações penais a que se referiam os processos coletados evidencia que, no período compreendido, alcançaram o STJ, majoritariamente, casos em trâmite perante a Justiça Estadual, em especial oriundos dos estados de São Paulo, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro. Quanto aos processos em trâmite perante a Justiça Federal, não se detectaram processos cuja ação penal respectiva tramitou perante os Tribunais Regionais Federais da 2ª (Rio de Janeiro e Espírito Santo) e da 5ª Região (Sergipe, Alagoas, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Ceará).

Tabela 5 Distribuição dos processos pelo Tribunal de origem da ação penal

Tribunal de Origem	Frequência	Percentual
TJSP	35	33,98%
TJMS	15	14,56%
TJRJ	10	9,70%
TJGO	07	6,79%
TJDFT	05	4,85%
TJMG	05	4,85%
TJPR	04	3,88%
TRF3	04	3,88%
TJMT	03	2,91%
TJRS	03	2,91%
TJPE	02	1,94%
TJRO	02	1,94%
TRF1	02	1,94%
TRF4	02	1,94%
TJAC	01	0,97%
TJPI	01	0,97%
TJRN	01	0,97%
TJSC	01	0,97%
Total	103	100,00%

Verifica-se, assim, a concentração da análise do STJ sobre casos oriundos de estados do eixo Centro-Sul, sendo ínfima a presença, no período selecionado, de casos oriundos de estados das regiões Norte e Nordeste.

Tabela 6 Distribuição dos processos pela região geográfica de origem da ação penal

Região	Frequência	Percentual
Sudeste	54	52,42%
Centro-oeste	32	31,06%
Sul	10	9,70%
Nordeste	04	3,88%
Norte	03	2,91%
	103	100,00%

No entanto, seria uma indevida *simplificação* justificar essa configuração sob o argumento de que o tráfico de drogas é mais recorrente nas regiões do Sudeste e do Centro-Oeste. O binômio *criminalidade real x criminalidade aparente* (expressa nas estatísticas oficiais) afasta esse argumento, pois não há possibilidade de aferir, quantitativamente, a efetiva criminalidade nas regiões pesquisadas.

Por outro lado, também não se pode justificar tais dados unicamente sob o argumento de que a criminalidade aparente das regiões geográficas do Sudeste e do Centro-Oeste é superior às taxas registradas nas demais regiões, o que gera mais demandas judiciais e, conseqüentemente, maior número de processos que alcançam as instâncias superiores. Na verdade, não se pode estabelecer estreito vínculo entre as duas variantes.

De fato, as taxas oficiais de criminalidade demonstram que mais fatos criminosos ocorridos nessas regiões são capturados pelo funil de criminalização, o que, provavelmente, implica maior representatividade nos processos que alcançam o STJ. No entanto, o ponto nodal ultrapassa esse aspecto, e consiste na aferição de outras variantes que impulsionam determinados casos judiciais a alcançarem o STJ. Vários fatores

podem ser acrescentados, tais como a proximidade entre os tribunais de maior representatividade e a Corte Superior, o que facilita a demanda da ação judicial; a cultura de impugnação a decisões judiciais, que pode estar mais incorporada em determinados estados do que em outros; as posições jurisprudenciais dominantes assumidas pelos magistrados nos respectivos estados, relativamente à aplicação da lei penal, dos benefícios e das garantias dos réus, ensejando provimentos judiciais em confronto com os entendimentos majoritários do STJ ou com o próprio ordenamento, o que estimula a demanda nas instâncias superiores entre outros.

Enfim, não se pode restringir a sob um único prisma. A representatividade das regiões geográficas é justificada por uma série de fatores, dentre os quais não se pode apontar um ou outro que seja principal ou mais significativo. A teor dos dados obtidos, o que se permite realizar é a sugestão de possíveis fatores, que se alternariam para indicar a configuração alcançada pelas tabelas anteriores, não se evidenciando, entretanto, nenhuma conclusão definitiva sobre eles, por insuficiência de informações e ausência de um estudo específico e apurado sobre esse ponto.

Em um segundo momento, procurou-se verificar as características dos indivíduos criminalizados.

A distribuição dos processos quanto ao sexo do acusado da persecução penal apontou a preponderância de réus do sexo masculino. No entanto, não é desprezível a proporção de criminalizadas do sexo feminino nessa fase da criminalização secundária, que atingiu pouco mais de 20% das ações:

Tabela 7 Distribuição dos processos relativamente ao sexo do acusado

Sexo	Frequência	Percentual
Masculino	82	79,61%
Feminino	21	20,38%
	103	100,00%

A presença feminina cada vez mais significativa no processo de criminalização, inclusive nesta etapa, comprova as constatações de crescente

envolvimento de mulheres no fenômeno social do tráfico de drogas. Com efeito, são inúmeros os relatos que indicam a participação de mulheres como agentes do tráfico. Os processos judiciais apenas refletem estatisticamente esses aspectos, trazendo notícias de esposas, de companheiras ou de familiares de integrantes de organizações que, na maioria das vezes, foram compelidas a participar desse fenômeno, principalmente transportando drogas para o interior de estabelecimentos prisionais, onde se encontram seus esposos, companheiros e outros.

Quanto ao tipo de defensor, mais da metade dos acusados apresentou advogado particular constituído regularmente nos autos. Tal proporção sobressai ao número de criminalizados que se utilizam de defensores públicos, que, não obstante, também é expressivo. Nesse sentido, é possível tecer conclusões acerca do perfil socioeconômico dessa parcela de acusados, uma vez que a utilização dos serviços de Defensoria Pública é permitida, essencialmente, aos réus que não possuem condições econômicas de constituir advogado particular nos autos.

Tabela 8 Distribuição dos processos por tipo de defensor

Defensor	Frequência	Percentual
Advogado Particular	59	57,28%
Defensor Público	39	37,86%
Em causa própria (habeas corpus)	02	1,94%
Outros	03	2,91%
	103	100,00%

Outrossim, a expressividade de processos patrocinados pela Defensoria Pública revela o avanço dessa instituição, galgando espaços nas instâncias finais da criminalização secundária.

Esse fenômeno é ainda mais visível quando se verifica que a maioria das ações penais coletadas tramitou perante Tribunais de Justiça estaduais (Vide Tabela n. 5), o que revela a atuação de Defensorias Públicas estaduais no âmbito do STJ.

No entanto, o cruzamento dos dados obtidos pelas Tabelas 5 (Distribuição dos processos pelo Tribunal de origem da ação penal) e 8 (Distribuição dos processos por tipo de defensor) sugere um outro motivo para justificar a parcela ínfima de ações coletadas cujo Tribunais de origem estejam sediados nas regiões Norte e Nordeste, qual seja, a atuação menos efetiva das Defensorias Públicas dos respectivos estados nas instâncias judiciárias superiores.

Tabela 9 Distribuição dos processos em que atuaram defensores públicos por Tribunal de Origem

Tribunal de Origem	Frequência de processos em que atuam Defensores Públicos	Percentual
TJSP	15	38,46%
TJMS	10	25,64%
TJDFT	04	10,25%
TJRJ	04	10,25%
TJMG	02	5,12%
TJAC	01	2,56%
TJRS	01	2,56%
TRF3	01	2,56%
TRF4	01	2,56%
	39	100,00%

A distribuição acima exposta indica uma maior representatividade – e, conseqüentemente, uma maior atuação – das Defensorias Públicas dos estados de São Paulo, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro, bem como do Distrito Federal. Dentre os estados das regiões Norte e Nordeste, apenas o Acre encontra-se representado.

Destarte, ao mesmo tempo em que se verifica a maior atuação da Defensoria dos estados no STJ, percebe-se que esse fenômeno não é nacionalmente uniforme,

porquanto fortemente concentrado em determinados estados. O desaparelhamento e a precariedade de estrutura da maioria das Defensorias Públicas certamente consistem nas principais causas dessa constatação.

A distribuição dos processos por tipo de defensor, quando se verificam apenas os acusados de sexo masculino, revela uma configuração semelhante à geral. No entanto, essa mesma constatação não se repete quanto aos acusados de sexo feminino, em que as porcentagens se invertem e indicam que a maioria das criminalizadas são defendidas tecnicamente por defensores públicos:

Tabela 10 Distribuição dos processos em que figuram acusados do sexo masculino, por tipo de defensor

Defensor – acusados do sexo do masculino	Frequência	Percentual
Advogado Particular	52	63,41%
Defensor Público	28	34,14%
Em causa própria	02	2,43%
	82	100,00%

Tabela 11 Distribuição dos processos em que figuram acusados do sexo feminino, por tipo de defensor

Defensor – acusados do sexo feminino	Frequência	Percentual
Defensor Público	11	52,38%
Advogado Particular	07	33,33%
Outros	03	14,28%
	21	100,00%

As Tabelas 8 e 10 indicam, ainda, o manejo de ações em causa própria.

A análise da situação processual dos acusados, no momento em que o STJ julga as ações pesquisadas, evidencia que a quase totalidade deles – parcela superior a 90% – encontra-se presa. A origem de todas as persecuções penais foi o flagrante, posteriormente convertido em uma das modalidades de prisão provisória. Em menor proporção, verifica-se réu que já esteja cumprindo definitivamente a pena privativa de liberdade, após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A parcela restante – pouco mais de 7% – representa processos cujo acórdão não indica a situação processual do sujeito criminalizado. Nesse sentido, poderão estar abrangidos, nessa pequena porcentagem, tanto casos em que o acusado esteja em liberdade, como casos em que esteja preso. De qualquer forma, essa circunstância de indefinição não altera a prevalência de acusados presos.

Tabela 12 Distribuição dos processos relativamente à situação processual do acusado

Situação processual do acusado	Frequência	Percentual
Preso em flagrante	95	92,24%
Decretada a prisão no curso do processo	-	-
Decretada a prisão na sentença	-	-
Sem informação	08	7,76%
	103	100,00%

Tabela 13 Distribuição dos processos relativamente à situação processual do acusado

(sexo masculino)

Situação processual do acusado – sexo masculino	Frequência	Percentual
Preso em flagrante	76	92,69%
Decretada a prisão no curso do processo	-	-
Decretada a prisão na sentença	-	-
Sem informação	06	7,31%
	82	100,00%

Tabela 14 Distribuição dos processos relativamente à situação processual da acusado

(sexo feminino)

Situação processual do acusado – sexo feminino	Frequência	Percentual
Decretada a prisão no curso do processo	-	-
Decretada a prisão na sentença	-	-
Preso em flagrante	19	90,48%
Sem informação	02	9,52%
	21	100,00%

A distribuição é justificada, em grande parte, pela vedação legal de liberdade provisória imposta pelo art. 44 da Lei n. 11.343/06¹⁴¹, relativamente aos criminalizados por tráfico. A natureza e as circunstâncias desse crime tornam recorrente o início da persecução penal mediante prisão em flagrante do acusado, quando surpreendido, pelos órgãos policiais, na prática de alguma das condutas descritas no art. 33.

Na maioria dos casos, a prisão em flagrante é posteriormente convertida em outra modalidade de prisão provisória (temporária ou preventiva), de modo que os sucessivos pedidos de relaxamento de prisão ou de concessão de liberdade provisória são peremptoriamente negados sob o pretexto da vedação do art. 44.

Trata-se de vedação geral, abstrata e irrestrita, que não coaduna com os princípios da individualização da pena e da motivação concreta e específica das decisões judiciais que impõem prisão provisória.

Na jurisprudência do STJ analisada, esse dispositivo legal prevaleceu, durante considerável tempo, como justificativa de manutenção ou de decretação de prisão provisória dos criminalizados por crime de tráfico. Em face dessa situação, os juízes costumavam se eximir de análise mais aprofundada do caso vertente, não verificando a efetiva satisfação de requisitos concretos, extraídos das circunstâncias fáticas expostas nos autos, aptos a balizar o decreto de prisão cautelar dos acusados.

O resultado retratado nas tabelas é mais uma comprovação empírica da persistência do direito penal cautelar no sistema judiciário brasileiro, a que fazem referência Zaffaroni e outros teóricos. A vedação legal de liberdade provisória aos criminalizados por tráfico de drogas é um elemento agravante desse contexto, porquanto os mantém em custódia cautelar praticamente durante todo o processo penal. Trata-se de efetiva – e indevida – antecipação da pena privativa de liberdade, em total arrepio à garantia de presunção de inocência, dentre outras.

A característica mais destacada do poder punitivo latino-americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente $\frac{3}{4}$ - dos presos está submetida a medidas de contenção, porque são processados não condenados. Do ponto de vista formal, trata-se de inversão do sistema penal, porém, segundo a realidade percebida e descrita pela

¹⁴¹ Art. 44, Lei n. 11.343/06: "Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."

criminologia, trata-se de um poder punitivo que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por medida de contenção provisória transformada definitivamente em prática. [...]

A medida cautelar é pena cautelar, ou seja, por precaução, o poder punitivo é exercido condenando-se materialmente todos os acusados a uma medida e revisando-se com parcimônia essas condenações, num processo que se arrasta anos a fio, com o intuito de verificar se corresponde a uma pena formal. [...] Cabe precisar que existe uma notória resistência dos tribunais em absolver pessoas que permaneceram em prisão preventiva [...]¹⁴²

Essa situação evidencia inevitável manifestação da doutrina do direito penal do inimigo na política proibicionista de drogas. A construção da figura do *inimigo* traficante de drogas implica a atuação das agências formais de criminalização focada em determinados estereótipos, inclusive contra indivíduos meramente suspeitos, sobre os quais não pende ainda sequer condenação definitiva. Para essa doutrina, aos *inimigos do Estado* não se aplicam as garantias constitucionais.

Outra característica analisada na pesquisa consistiu nos antecedentes do sujeito criminalizado por tráfico de drogas.

Trata-se de elemento qualitativo essencial, uma vez que influi em diversas etapas das criminalizações secundária e terciária, dentre elas a dosimetria da pena (circunstância judicial de antecedentes e de conduta social, e agravante de reincidência) – arts. 59 e 61, I, Cód. Penal –, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – art. 33, Cód. Penal –, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito – art. 44, Cód. Penal –, a progressão de regime entre outros.

Relativamente ao tráfico de drogas, os antecedentes do acusado assumem posição especial, pois constituem um dos elementos que autoriza a aplicação da causa de diminuição de pena instituída pelo §4º, art. 33, da Lei n. 11.343/06, segundo o qual "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."

Esse dispositivo, novidade apresentada pela Lei n. 11.343/2006, objetivou estabelecer uma diferenciação entre os traficantes de pequeno, de médio e de grande

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl,. *O inimigo...*, p. 70.

porte, de forma que aos criminalizados primários ou ocupantes de posições inferiores na hierarquia do fenômeno social do tráfico de drogas fosse imposta pena privativa de liberdade de menor quantidade.

Parcela considerável dos acórdãos pesquisados não apresentou informações acerca dos antecedentes do acusado. Da parcela em que foi possível obter essa informação, detectou-se que alcançam o STJ processos cujos sujeitos criminalizados são primários e de bons antecedentes, sendo bastante pequena a parcela de sujeitos reincidentes ou de maus antecedentes.

Tabela 15 Distribuição dos processos relativamente aos antecedentes do acusado

Antecedentes do acusado	Frequência	Percentual
Primário e de bons antecedentes	69	66,99%
Maus antecedentes	12	11,65%
Reincidente	01	0,97%
Sem informação	21	20,38%
	103	100,00%

A proporção se mantém equivalente quando se individualizam os dados de acordo com o sexo do indivíduo criminalizado:

Tabela 16 Distribuição dos processos relativamente aos antecedentes do acusado (sexo masculino)

Antecedentes do acusado – sexo masculino	Frequência	Percentual
Primário e de bons antecedentes	54	65,85%
Maus antecedentes	11	13,41%
Reincidente	01	1,21%
Sem informação	16	19,51%
	82	100,00%

Tabela 17 Distribuição dos processos relativamente aos antecedentes da acusada (sexo feminino)

Antecedentes do acusado – sexo feminino	Frequência	Percentual
Primário e de bons antecedentes	15	71,42%
Maus antecedentes	01	4,76%
Reincidente	--	--
Sem informação	5	23,80%
	21	100,00%

Ao quesito presença de outros acusados, verificou-se a preponderância de ações penais em que figura apenas um acusado, sem ocorrência de concurso de pessoas.

Tabela 18 Distribuição dos processos por presença de outros acusados na ação penal principal

Outros acusados	Frequência	Percentual
Sim	18	17,47%
Não	64	62,13%
Sem informação	21	20,38%
	103	100,00%

A partir desses dados apresentados, é possível traçar o perfil médio dos sujeitos criminalizados protagonistas das ações que alcançaram o STJ, ou nele se originam, no período pesquisado: réu cautelarmente preso, do sexo masculino, defendido por advogado particular, primário e de bons antecedentes, já condenado nas instâncias ordinárias, e figurante em ação penal principal de origem de Tribunal de Justiça da região Centro-Sul.

Após a análise estatística do perfil médio dos sujeitos criminalizados protagonistas dos processos em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, no período pesquisado, necessário se faz esmiuçar o perfil das ações penais principais a que se referem.

A distribuição dos processos coletados evidencia uma preponderância de ações originárias, notadamente habeas corpus, em detrimento de ações decorrentes da competência recursal do Superior Tribunal de Justiça (recurso especial e recurso ordinário em habeas corpus).

Não obstante, todos os casos selecionados decorrentes de competência originária desse Tribunal apresentam um conflito cuja origem situa-se em uma ação penal em trâmite nas instâncias ordinárias, no bojo da qual se desenrola a persecução penal propriamente dita, que desencadeará a condenação ou a absolvição do sujeito criminalizado.

O estudo do perfil dessas ações penais e do estado em que se encontram no momento em que ocorre o julgamento do STJ é essencial para se obter uma análise mais consistente. É fundamental verificar as circunstâncias a que estão submetidos, inclusive

a fase em que a ação penal principal se encontra, os fatos criminosos a que ela se refere, a existência de eventual condenação – ainda que não definitiva –, dentre outros aspectos.

Nesse sentido, deve-se ter em mente o contexto em que os processos coletados se inserem, consistente em uma mera etapa do fenômeno da criminalização secundária, que não se restringe – nem se esgota – no julgamento que o STJ profere, mas que pode alterar substancialmente os rumos das persecução penal.

A análise das condutas sobre que versam os processos coletados evidencia a preponderância de crimes praticados sob a égide da Lei n. 6.368/76, revogada pela Lei n. 11.343/06.

Tabela 19 Lei sob cuja vigência ocorreu o fato supostamente criminoso

Lei sob cuja vigência ocorreu o fato supostamente criminoso	Frequência	Percentual
Lei n. 6.368/76	69	66,99%
Lei n. 11.343/06	34	33,00%
	103	100,00%

As causas selecionadas que se referem ao antigo tipo de tráfico de entorpecentes aplicam – ou pretendem que seja aplicada – algum dispositivo ou aspecto da nova legislação.

Trata-se do atributo da retroatividade, de que é dotada a lei penal, nos casos em que a aplicação da lei mais nova ao fato criminoso pretérito implique benefício ao sujeito criminalizado.

Nesse ponto, surgiu considerável controvérsia sobre o novo tipo penal de tráfico de drogas, sobre a qual se debruçaram os tribunais nos primeiros anos de vigência da Lei n. 11.343/06, porquanto, relativamente a determinados aspectos, a nova lei foi considerada mais benéfica ao réu e, relativamente a outros, foi considerada menos benéfica que a anterior.

A tendência é que a configuração exposta na Tabela n. 19 se altere gradativamente nos meses subseqüentes, de forma que as ações que versem sobre fatos criminosos ocorridos sob a vigência da nova lei assumam maior porcentagem, até que ocupem integralmente o rol.

A maioria das ações penais a que se referem os processos coletados apresenta decisão de mérito condenatória, seja em sentença proferida por juízo de primeiro grau, seja em acórdão lavrado pelo Tribunal de origem.

Tabela 20 Fase da ação penal principal

Fase da ação penal principal	Frequência	Percentual
Acórdão lavrado pelo Tribunal de Origem	63	61,16%
Denúncia recebida pelo Juízo de primeiro grau	16	15,53%
Sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau	13	12,62%
Inquérito	11	10,67%
	103	100,00%

É possível estabelecer uma relação direta entre a fase da ação penal principal e o conteúdo da impugnação levada ao STJ, de modo que, em regra, a primeira determina a segunda e, ainda, determina a natureza da ação ajuizada perante esse Tribunal.

Acórdãos condenatórios dos Tribunais de segundo grau de jurisdição desafiaram a competência recursal do STJ, mediante recurso especial, e a sua competência originária, notadamente mediante habeas corpus originário. Nos casos analisados, o espectro amplo do recurso especial permitiu a discussão mais pormenorizada de aspectos do mérito do julgamento de segundo grau. Por outro lado, a perspectiva probatória restrita do conhecimento da ação de habeas corpus implicou a

impugnação, perante o STJ, de aspectos mais pontuais e específicos da decisão condenatória, geralmente relativos ao tipo de pena aplicada, à sua dosimetria, ao regime inicial de seu cumprimento, à possibilidade de sua substituição por outra pena legal, à concessão de benefícios ou à aplicação retroativa de algum dispositivo, dentre outros.

Nos demais casos, quando a ação penal principal ainda se encontrava na fase de inquérito ou em trâmite perante o primeiro grau de jurisdição, a competência recursal do STJ apenas foi acionada mediante recurso ordinário em habeas corpus; a competência originária, mediante habeas corpus substitutivo de recurso ordinário.

Em ambos os casos, em que a impugnação se volta contra uma ilegalidade praticada em primeira instância, o pedido da ação que alcança o STJ já foi previamente analisado e denegado pelo Tribunal de origem, mediante apreciação de habeas corpus originário daquela instância.

Trata-se de requisito de admissibilidade. Sob pena de supressão de instância, os pedidos não analisados pelos Tribunais de origem não podem ser conhecidos pelo STJ.

Quanto ao conteúdo, nesse último caso, verificou-se a preponderância de impugnações a prisões cautelares, de pedidos de concessão de liberdade provisória e, mais raramente, nulidades decorrentes de alegadas irregularidades na condução do inquérito e do rito da ação penal.

A distribuição dos processos coletados, de acordo com lei de vigência do fato criminoso a que se referem, evidencia que a quase integralidade das ações penais em cujos autos já foi lavrado acórdão condenatório versava sobre crimes praticados sob a Lei n. 6.368/76. Outra parcela bastante reduzida referia-se a processos sentenciados, com recurso de apelação pendente de apreciação pelo Tribunal de segundo grau.

Tabela 21 Fase da ação penal principal, relativamente aos processos que versam sobre fato criminoso ocorrido sob a vigência da Lei n. 6.368/76

Fase da ação penal principal – processos cujo fato criminoso ocorreu sob a Lei n. 6.368/76	Frequência	Percentual
Acórdão lavrado pelo Tribunal de Origem	62	89,85%
Sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau	07	10,14%
Denúncia recebida pelo Juízo de primeiro grau	-	-
Inquérito	-	-
	69	100,00%

Em configuração diametralmente oposta, as ações penais sobre condutas criminosas praticadas sob a Lei n. 11.343/06 encontravam-se, em mais de 70% dos casos, em trâmite no primeiro grau de jurisdição, restando ausente inclusive sentença condenatória.

Tabela 22 Fase da ação penal principal, relativamente aos processos que versam sobre fato criminoso ocorrido sob a vigência da Lei n. 11.343/06

Fase da ação penal principal – processos cujo fato criminoso ocorreu sob a Lei n. 11.343/06	Frequência	Percentual
Denúncia recebida pelo Juízo de primeiro grau	16	47,05%
Inquérito	11	32,35%
Sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau	06	17,64%
Acórdão lavrado pelo Tribunal de Origem	01	2,94%
	34	100,00%

A justificativa para esses quadros já foi ventilada anteriormente. A complexidade processual da persecução penal nas instâncias ordinárias, envolvendo seus ritos e prazos – que se inicia pela instauração e instrução do inquérito, perpassando pelo posterior oferecimento da denúncia, apresentação de defesa, instrução criminal, apresentação das alegações finais, proferimento de sentença, interposição e processamento de eventuais recursos –, e a morosidade do judiciário brasileiro consistiram em elementos determinantes para que a presente pesquisa, no interregno entre 7/10/06 e 31/5/08, não conseguisse captar número considerável de processos que versassem sobre fatos criminosos ocorridos na vigência da nova legislação.

Detectou-se um número ínfimo de processos em que já houve decisão condenatória sob a égide da nova lei, seja em primeiro, seja em segundo grau, o que justifica inclusive o alcance dos casos ao STJ, majoritariamente, mediante sua competência originária (e não mediante sua competência recursal).

A análise da frequência da tipificação das condutas dos fatos criminosos (atribuída no auto de prisão em flagrante, na denúncia, na sentença, ou no acórdão, sucessivamente, a depender da fase em que se encontra a ação penal analisada) revelou uma gama de possibilidades de combinações entre as formas típicas dos arts. 12, da Lei

n. 6.368/76, e 33, da Lei n. 11.343/06, as causas de aumento e de diminuição de pena e os concursos com outros crimes.

Quanto aos fatos classificados pela lei antiga, verificou-se a preponderância de tipificações simples, consistentes na mera alusão a um dos núcleos apresentados no caput do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Em proporções menores, verificaram-se tipificações que combinaram o referido dispositivo com uma das causas de aumento de pena dispostas no art. 18 da mesma lei. Além disso, são recorrentes casos em que há concurso material do crime de tráfico de entorpecentes com o crime de associação para o tráfico (art. 14) e, em menor número, com crimes diversos.

Tabela 23 Tipificação da conduta do acusado nos processos cujo fato criminoso ocorreu sob a vigência da Lei n. 6.368/76 (atribuída no auto de prisão em flagrante, na denúncia, na sentença ou no acórdão – a depender da fase em que se encontra a ação penal principal)

Tipificação da conduta do acusado (Lei n. 6.368/76)	Frequência	Percentual
Tráfico de entorpecentes (art. 12, caput, Lei n. 6.368/76)	45	66,66%
Tráfico de entorpecentes com causa de aumento de pena (art. 12, caput c/c art. 18, Lei n. 6.368/76)	10	14,49%
Tráfico de entorpecentes em concurso material com associação para o tráfico (art. 12, caput, c/c art. 14, ambos da Lei n. 6.368/76, na forma do art. 69, CP)	06	8,69%
Tráfico de entorpecentes com causa de aumento de pena, em concurso material com associação para o tráfico (art. 12, caput, c/c art. 18 e art. 14, todos da Lei n. 6.368/76, na forma do art. 69, CP)	-	-
Tráfico de entorpecentes em concurso material com crime diverso (art. 12, caput, Lei n. 6.368/76, c/c art. X, na forma do art. 69, CP)	06	8,69%
Tráfico de entorpecentes com causa de aumento de pena, em concurso material com crime diverso (art. 12, caput, c/c art. 18, ambos da Lei n. 6.368/76, e art. X, na forma do art. 69, CP)	01	1,44%
	69	100,00%

Procedendo-se igualmente quanto à Lei n. 11.343/06, verifica-se uma variação maior entre as tipificações atribuídas, prevalecendo, embora em menor proporção, a

classificação das condutas na forma simples do caput do art. 33, sem quaisquer causas de aumento de pena ou em concurso material com crime diverso.

No entanto, em maior proporção do que na tabela anterior, são recorrentes as causas de aumento de pena dispostas no art. 40 do novo diploma legal, bem como concurso material com o crime de associação para o tráfico (art. 35).

Tabela 24 Tipificação da conduta do acusado nos processos cujo fato criminoso ocorreu sob a vigência da Lei n. 11.343/06 (atribuída no auto de prisão em flagrante, na denúncia, na sentença ou no acórdão – a depender da fase em que se encontra a ação penal principal)

Tipificação da conduta do acusado (Lei n. 11.343/06)	Frequência	Percentual
Tráfico de drogas (art. 33, caput, Lei n. 11.343/06)	13	38,23%
Tráfico de drogas com causa de aumento de pena (art. 33, caput c/c art. 40, Lei n. 11.343/06)	01	2,94%
Tráfico de drogas em concurso material com associação para o tráfico (art. 33, caput, c/c art. 35, Lei n. 11.343/06, na forma do art. 69, CP)	05	14,70%
Tráfico de drogas em concurso material com associação para o tráfico e crime diverso (art. 33, caput, c/c art. 35, Lei n. 11.343/06, e art. X, na forma do art. 69, CP)	03	8,82%
Tráfico de drogas com causa de aumento de pena, em concurso material com associação para o tráfico (art. 33, caput, c/c art. 40 e art. 35, Lei n. 11.343/06, na forma do art. 69, CP)	06	17,64%
Tráfico de drogas em concurso material com crime diverso (art. 33, caput, Lei n. 11.343/06, c/c art. X, na forma do art. 69, CP)	03	8,82%
Tráfico de drogas com causa de	-	-

aumento de pena, em concurso material com crime diverso (art. 33, caput, c/c art. 40, Lei n. 11.343/06, e art. X, na forma do art. 69, CP)

Tráfico de matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, em concurso material com associação para o tráfico (art. 33, §1º, inc. I, c/c art. 35, Lei n. 11.343/06, na forma do art. 69, CP)

02 5,88%

Tráfico de matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, com causa de aumento de pena, em concurso material com associação para o tráfico e crime diverso (art. 33, §1º, inc. I, c/c art. 40, art. 35, Lei n. 11.343/06, e art. X, na forma do art. 69, CP)

01 2,94%

34 100,00%

Nesse sentido, em quase 70% de todos os casos (levando em conta as duas leis), não se verificou a ocorrência de concurso material entre o crime de tráfico e quaisquer outros. Em menor proporção, constatou-se concurso entre os crimes de tráfico e de associação para o tráfico ou entre o crime de tráfico de drogas e crime diverso.

Tabela 25- Ocorrência de concurso material na tipificação das condutas dos acusados

Concurso Material	Frequência	Percentual
Não configurado concurso material	70	67,96%
Concurso material com o crime de associação para o tráfico (art. 14, Lei n. 6368/76; art. 35, Lei n. 11.343/06)	19	18,44%
Concurso material com crime diverso	10	9,70%
Concurso material com associação para o tráfico e com crime diverso	04	3,88%
	103	100,00%

O crime de associação para o tráfico (art. 35, Lei n. 11.343/06) consiste em modalidade especial do crime de quadrilha ou bando (art. 288, Cód. Penal). Para a sua configuração, exige-se o conluio de dois agentes com o fim de praticar, reiteradamente ou não, os crimes de tráfico de drogas (art. 33, Lei n. 11.343/06) ou de tráfico de maquinário (art. 34, Lei n. 11.343/06).

Trata-se de crime autônomo e permanente, que se consuma com a formação da *societas criminis* e se protraí no tempo, enquanto permanecer o vínculo subjetivo¹⁴³.

Em regra, o concurso material entre os crimes de tráfico e de associação para o tráfico configura-se quando evidente que o criminalizado, além de ter praticado uma das condutas descritas no art. 33, integra organização criminosa com o específico fim de dar consecução a essa prática.

No elenco dos demais crimes que figuraram em concurso material com o crime de tráfico, destacaram-se os seguintes: furto (art. 155, Cód. Penal; posse ou porte ilegal de arma (art. 16, Lei n. 10.826/03; porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art.

¹⁴³ GOMES, op.cit, 2007, p. 204

14, Lei n. 10.826/03); corrupção ativa (art. 333, Cód. Penal); falsidade ideológica (art. 299, Cód. Penal); corrupção ou facilitação de corrupção de menores (art. 1º, Lei n. 2.252/54); comércio ilegal de arma de fogo (art. 17, Lei n. 10.826/03); resistência (art. 329, Cód. Penal); tráfico de maquinário (art. 34, Lei n. 11.343/06).

A análise da frequência de causas de aumento de pena evidenciou que aproximadamente 80% das condutas criminosas de tráfico de drogas não foi qualificada por nenhuma das causas de aumento de pena estabelecidas no art. 40, da Lei n. 11.343/06. Na parcela restante, a representatividade maior foi da causa de aumento consistente na transnacionalidade do delito, em pouco mais de 10% dos casos.

Tabela 26 Ocorrência de causa de aumento de pena

Causa de aumento de pena	Frequência	Percentual
Inocorrência de causa de aumento de pena	84	81,55%
Transnacionalidade do delito, evidenciada pela natureza e procedência do produto apreendido, e pelas circunstâncias de fato	11	10,67%
Envolvimento ou objetivo de envolvimento de criança ou adolescente que tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação	04	3,88%
Crime praticado entre estados da Federação ou entre esses e o Distrito Federal	02	1,94%
Infração cometida nas dependências ou imediações de estabelecimento prisional	01	0,97%
Crime praticado com violência, grave ameaça,	01	0,97%

**emprego de arma de fogo,
ou qualquer processo de
intimidação difusa ou
coletiva**

Financiamento ou custeio da prática do crime pelo agente	-	-
Prática de crime por agente público, prevalecendo-se de sua função	-	-
Prática de crime no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância	-	-
	109	100,00%

O perfil de tipificação das condutas dos sujeitos criminalizados cujos casos alcançam o STJ desmistifica, em grande parte, o senso comum acerca do apenado por tráfico de drogas.

É recorrente a caracterização do traficante de drogas como um criminoso contumaz, integrante de organização criminosa complexa e rigidamente hierarquizada, voltada para a sua atividade-fim específica, qual seja, o próprio tráfico de drogas ilícitas. O estereótipo também inclui, como característica básica, o comportamento violento do agente e a prática frequente de outros delitos.

No entanto, embora a análise dos casos que alcançam o STJ consista em uma visão compartimentada e restrita de todo o fenômeno social que constitui o tráfico de drogas, é inevitável concluir, em face das significativas estatísticas acima apontadas, que esse estereótipo encontra-se, em parte, equivocado. A grande maioria dos casos coletados demonstra simples prática de uma das condutas-núcleos elencadas no tipo penal, sem qualquer qualificação por causa de aumento de pena, muito menos configuração de concurso material.

O estereótipo midiático do traficante de drogas, figura-chave da bandeira da guerra contra o tráfico, é representado por minoria do universo de sujeitos criminalizados. Como empiricamente demonstrado, na maior parcela de

representatividade figuram réus primários, sem registros de antecedentes criminais, que não se encontram em *affectio societatis* com outros indivíduos para a prática específica do delito do art. 33, incorrente qualquer tipo de concurso material.

Em menos de 20% dos casos, há concurso material entre os crimes de tráfico e de associação para o tráfico e, em proporção menor, concurso material com outros crimes. Resta desmistificado, portanto, o atributo de conduta violenta, voltada para a criminalidade, prevalecendo, dentre os sujeitos criminalizados, a figura do traficante de drogas individual e ocasional.

Em contrapartida, a pesquisa comprova empiricamente que o sistema penal formal, no âmbito do qual se insere a Lei n. 11.343/06, não consegue capturar, no funil de criminalização, a figura do grande traficante. Compilando os dados até agora obtidos, verifica-se que a seletividade opera em desfavor do micro, do pequeno e do médio traficantes, ou de todos aqueles que se encontram nas hierarquias inferiores da complexa teia que integra esse fenômeno social.

No entanto, o confronto entre esses aspectos e o índice de aplicação da causa de diminuição de pena constante do tipo de tráfico de drogas revela uma consistente contradição.

O § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 inovou no tratamento penal ao criminalizado por tráfico de drogas, prevendo diminuição de pena nos casos em que comprovado ser o réu primário, de bons antecedentes, não dedicado a atividades criminosas, nem integrante de organização criminosa. O objetivo declarado da instituição da minorante consistiu em mitigar, em casos específicos, o rigor decorrente do aumento da pena em abstrato do delito de tráfico. Além disso, pretendeu-se distinguir – e, conseqüentemente, aplicar tratamento penal diferenciado – as figuras dos pequenos, médios e grandes traficantes.

Não obstante os perfis apontados acima, o que, em tese, torna a maioria dos sujeitos criminalizados aptos a serem beneficiados pela causa de diminuição de pena, verificou-se que, em 93% dos processos que alcançaram o STJ com condenação (seja por sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, seja por acórdão lavrado pelo Tribunal de origem, a depender da fase em que se encontra o processo), não foi aplicada a minorante para redução da pena nas instâncias ordinárias.

Tabela 27 Aplicação da causa de redução de pena do §4º, art. 33, Lei n. 11.343/06, nas ações penais em que foi proferida sentença ou lavrado acórdão condenatório

Causa de diminuição de pena	Frequência	Percentual
Aplicada redução de pena do §4º, art. 33, Lei n. 11.343/06	05	6,57%
Não aplicada redução de pena do §4º, art. 33, Lei n. 11.343/06	71	93,42%
	76	100,00%

Essa constatação tornou imprescindível uma análise mais apurada dos dados coletados na pesquisa, de forma que o confronto entre as variantes obtidas pudesse empiricamente fornecer elementos para justificar essa aparente contradição.

Destarte, procurou-se identificar, dentre os réus com bons antecedentes, aqueles cuja conduta não tenha sido tipificada com concurso material que abrangesse o crime de associação para o tráfico (o que indicaria integração de organização criminosa) ou, ainda, cuja conduta não indicasse dedicação à atividade criminosa (elemento aferível a partir de outros elementos constantes dos autos, como concurso material com outros crimes, reincidência, maus antecedentes entre outros).

Em síntese, pretendeu-se selecionar os sujeitos criminalizados que, em tese, se amoldariam à aplicação da minorante do § 4º, art. 33, da Lei n. 11.343/06 e, diante desse quadro, verificar quais deles efetivamente foram beneficiados nas instâncias ordinárias. Assim, obteve-se o seguinte quadro:

Tabela 28 Relação entre os antecedentes do acusado e a aplicação da causa de diminuição de pena do §4º, art. 33, Lei n. 11.343/06, nas ações penais em que foi proferida sentença ou lavrado acórdão condenatório

Aplicação da causa de diminuição de pena do §4º, art. 33, Lei n. 11.343/06				
	Sim	Crime praticado mediante associação (art. 35,	Não	Crime praticado mediante associaçã o (art. 35,

	Lei n. 11.343/06)			Lei n. 11.343/06)		
	Frequência	Porcentagem	Frequencia	Frequência	Porcentagem	Frequência
Réus primários e de bons antecedentes	05	100%	-	45	63,38%	04 (8,8%)
Maus antecedentes	-	-	-	10	14,08%	02
Reincidente	-	-	-	01	1,40%	01
Sem informação	-	-	-	15	21,12%	02
	05	100%		71	100,00%	

A configuração acima indicou que pouco mais de 63% dos réus não beneficiados pela minorante do §4º, art. 33, da Lei n. 11.343/06, eram primários e de bons antecedentes. Posteriormente, verificou-se que apenas 8,8% dessa parcela havia sido condenada por associação para o tráfico, o que automaticamente exclui a aplicabilidade da redução da pena, tendo em vista a integração de organização criminosa.

Confrontando esses dados, verificou-se que os 91,2% restantes – pouco mais de 57,74% do total de réus não beneficiados pela minorante –, ao menos em tese, faziam jus à aplicação da minorante, porquanto primários, de bons antecedentes, não integrantes de associação para o tráfico e não portadores de característica que afastasse a redução da pena.

Essa representação poderia ainda ser superior, ao se levar em conta que, em pouco mais de 20% dos casos em que não houve aplicação do benefício de redução de pena, não há informações seguras nos acórdãos acerca dos antecedentes do acusado. No

entanto, se mantidas essas mesmas proporções, poder-se-ia alcançar um percentual superior a 60% dos casos de inaplicabilidade indevida da causa de redução da pena do § 4º, art. 33, da Lei n. 11.343/06, nas instâncias ordinárias.

Embora, quanto a esse aspecto, não tenha sido possível aferir a proporção real (que pode ser pouco maior ou menor do que o percentual obtido), tendo em vista a indefinição quanto aos antecedentes de parte do universo de sujeitos criminalizados, a porcentagem alcançada já é suficiente, por si só, para concluir acerca da resistência, nas instâncias ordinárias, de aplicação do redutor de pena previsto pelo novo diploma legal.

No contrapolo dessa conclusão encontra-se outra constatação que a reforça, qual seja, a recorrência de pedidos de aplicação dessa causa de redução pena, perante o STJ. Conforme se demonstrará em seguida, um dos objetos mais frequentes das ações coletadas consiste justamente nesse aspecto.

Para que um pedido desse jaez alcance o STJ, consoante a natureza das ações coletadas, é preciso que ele tenha sido analisado e denegado pela instância de origem.

Nos processos que versam sobre condutas praticadas sob a vigência da lei antiga, a instância de origem denegou a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena, inexistente no diploma anterior e, por óbvio, consistente em dispositivo posterior mais benéfico ao réu já condenado; nos processos que versam sobre condutas praticadas sob a vigência da lei nova, a instância de origem, no ato da condenação, negou a aplicação da minorante, por entender não estarem satisfeitos os requisitos legais.

Cabe, ainda, a ressalva de que a aplicação da causa de redução de pena não é um ato discricionário do magistrado. Nesse sentido, "preenchidos os requisitos, o magistrado não só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada à fração minorante (esta orientada pela quantidade/espécie de droga apreendida"¹⁴⁴

A resistência de aplicação do referido dispositivo, pelas instâncias ordinárias, também foi verificada relativamente ao Superior Tribunal de Justiça, conforme se verá, mais detalhadamente, em tópico posterior. Por trás de complexas argumentações de magistrados, nos mais variados sentidos, verifica-se a visão estereotipada do criminalizado por tráfico, carregada de valores marginalizantes e certamente influenciada pela doutrina que prega a guerra contra as drogas.

¹⁴⁴ GOMES, op. cit., p. 197.

O tipo de pena aplicada aos criminalizados por tráfico de drogas nos casos estudados revela unânime imposição de pena privativa de liberdade. Quanto ao regime inicial de seu cumprimento, prevalece o fechado, o que apenas corrobora a determinação da Lei n. 8.072/90, no que tange aos crimes hediondos.

Tabela 29 Tipo de pena aplicada (nas sentenças proferidas pelos juízos de primeiro grau ou pelos acórdãos lavrados pelo Tribunal de origem, a depender da fase em que se encontra a ação penal principal)

Sanção aplicada	Frequência	Percentual
Pena privativa de liberdade, sem substituição por pena restritiva de direitos	75	98,68%
Semiliberdade ¹⁴⁵	01	1,31%
	76	100,00%

Tabela 30 Regime de cumprimento da pena, estabelecido nas sentenças proferidas pelos juízos de primeiro grau ou pelos acórdãos lavrados pelo Tribunal de origem, a depender da fase em que se encontra a ação penal principal

Regime de cumprimento da sanção	Frequência	Percentual
Fechado	75	98,68%
Semiliberdade ¹⁴⁶	01	1,31%
	76	100,00%

Em nenhum caso, foi detectada a conversão, nas instâncias ordinárias, de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em total obediência ao que dispõe a vedação geral e abstrata do art. 44 da Lei n. 11.343/06.

¹⁴⁵ *Leading case*: STJ, HC 88802-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 18/2/07, em que se pleiteava a concessão de liberdade provisória a Paciente menor, submetido à sanção de semiliberdade, mediante sentença proferida por juízo de primeiro grau.

¹⁴⁶ *Leading case*: STJ, HC 88802-RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 18/2/07, em que se pleiteava a concessão de liberdade provisória a Paciente menor, submetido à sanção de semiliberdade, mediante sentença proferida por juízo de primeiro grau.

No entanto, conforme se evidenciará a seguir, dentre os processos coletados na pesquisa, foram frequentes os pedidos ao STJ de conversão de pena para restritiva de direitos.

Tabela 31 Quantidade média da pena aplicada nas instâncias ordinárias (sentença proferida pelo juízo de primeiro grau ou acórdão lavrado pelo Tribunal de origem)

Quantidade de processos em que houve condenação	Média de pena privativa de liberdade aplicada
76	4,56 anos

O cálculo da pena nos casos em que houve condenação revelou uma média de 4,56 anos de pena privativa de liberdade. A teor dos dados constantes das Tabelas n. 20,21 e 22, prevê-se que haja uma majoração desse valor, na medida em que alcancem o STJ processos em que haja condenação sob a égide da Lei n. 11.343/06.

Identificados o contexto e as circunstâncias a que estão submetidos os casos sobre tráfico de drogas que alcançaram o STJ no período pesquisado, necessário avançar na análise proposta, estudando a interferência realizada por essa Corte no processo de criminalização secundária.

A interferência precípua que essa Corte Superior pode determinar decorre do próprio julgamento realizado sobre o caso concreto, de forma que, a depender da natureza da ação que é lhe submetida, poderá alterar, em maior ou menor grau, algum aspecto do gravame imposto ao sujeito criminalizado. Afinal, conforme já exposto, a natureza de cada ação implicará diferentes espectros de cognição/análise do caso concreto.

Relativamente ao STJ, decerto é que a cognição sobre o caso concreto é geralmente mais restrita do que a realizada nas instâncias ordinárias, tendo em vista, na maioria dos casos, (i) a impossibilidade de revolvimento da matéria fático-probatória e (ii) a necessidade de prequestionamento, pelas instâncias inferiores, da matéria tratada na ação. Nesse sentido, é recorrente o não conhecimento do pedido pela ocorrência de um dos referidos impedimentos processuais.

A preponderância quantitativa de habeas corpus, no âmbito dessa pesquisa documental, também consiste em outro aspecto que também influencia o grau de interferência do julgamento do STJ no processo de criminalização secundária, porquanto se trata de ação de diminuto espectro de cognição.

Seguindo rito especial, essa ação constitucional não admite dilação probatória. Toda a prova aduzida pela parte autora deve estar pré-produzida no ato da impetração. É vedada a cognição profunda da matéria fática do caso concreto. A ilegalidade apontada no ato impugnado deve ser evidente, apta a causar constrangimento à liberdade de locomoção do Paciente¹⁴⁷.

Essas circunstâncias reduzem consideravelmente o espectro de atuação tanto da parte que ajuíza a ação, como do órgão que a julga. Conforme se verificará a seguir, a atuação da instância superior, nesses moldes, restringe-se a aspectos pontuais e determinados do processo de criminalização. Para corrigir eventuais quebras procedimentais, o sistema adotou um autobalanceamento, uma vez que os pedidos que exorbitam esses limites acabam não sendo sequer analisados pelo STJ, como hipótese de não conhecimento.

Por outro lado, a despeito de tais impedimentos, ainda é considerável a interferência que o STJ pode realizar sobre o caso que lhe é submetido. São recorrentes os pedidos de concessão de liberdade provisória, alteração da dosimetria da pena, alteração da forma de cumprimento da pena, dentre outros, que consistem em mudanças substanciais – embora específicas – dos rumos da criminalização secundária.

A distribuição dos processos pelo órgão colegiado que procedeu ao julgamento revelou a concentração – bem mais do que esperada – de casos versando sobre tráfico de drogas na Quinta Turma do STJ.

¹⁴⁷ Art. 5º, LXVIII: "Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Tabela 32 Distribuição dos processos pelo órgão colegiado que procedeu ao julgamento

Órgão Julgador	Frequência	Percentual
Quinta Turma	82	79,61%
Sexta Turma	20	19,41%
Terceira Seção	01	0,97%
Corte Especial	-	-
	103	100%

Conforme evidenciado na Tabela 32, nenhum processo coletado nesta pesquisa foi processado pela Corte Especial; apenas um foi processado pela Terceira Seção; e todo o restante, pelas Quinta e Sexta Turmas.

A concentração de processos nas Turmas especializadas em nada surpreende, uma vez que, de fato, esses órgãos colegiados detêm um elenco mais extenso e generalizado de competências, o que se traduz em uma quantidade maior de processos julgados.

No entanto, embora as competências de ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça sejam iguais, de modo que a distribuição de processos entre os seus respectivos membros também se pretenda igualitária, detectou-se, na Quinta Turma, considerável concentração de processos que versem sobre tráfico de drogas.

Convém ressaltar não haver nenhuma disfunção sistêmica nessa configuração. A distribuição processual, realizada pela Secretaria de Administração do STJ, é realizada quantitativamente, por classe processual – e não pelo assunto sobre que versa a ação –, de modo que não haverá, necessariamente, distribuição igualitária de processos que versam sobre tráfico de drogas em ambas as Turmas.

A rigor, a tabela mal reflete a distribuição processual entre as Turmas, mas, decerto, os processos em que houve publicação de acórdão de julgamento, no período pesquisado.

A depender do período em que se coletassem os processos, provavelmente detectar-se-iam configurações diferentes de distribuição entre as Turmas, porquanto estritamente fortuita a destinação de casos a um ou a outro órgão colegiado.

No entanto, essa possível variação não elide a importância de verificar a efetiva distribuição processual no período envolvido na pesquisa. A preponderância de julgamentos por um ou por outro órgão colegiado, compostos, cada qual, por membros de diferentes perfis e ideologias, definirá também a forma de tratamento ao sujeito criminalizado por tráfico de drogas que prevaleceu durante os dois primeiros anos decorridos após a vigência da nova Lei de Drogas.

Nesse sentido, o maior ou o menor espaço de atuação proporcionado a um magistrado – ainda que fortuitamente – definirá o perfil da interferência do STJ sobre o processo de criminalização secundária. Não obstante se detectem magistrados que adotem determinadas metarregras, é possível que elas não prevaleçam na formação desse perfil geral, exatamente por que o espaço a ele proporcionado não foi suficiente para que, em um órgão colegiado, as suas posições ou as suas formas de vislumbrar o caso concreto prevalecessem no julgamento.

Nesse contexto, também se reputa necessária a decomposição da Tabela n. 32, de forma a se obter a distribuição dos processos julgados entre os Ministros relatores.

Tabela 33 Distribuição dos processos por Ministro Relator

Órgão Julgador	Ministro Relator	Frequência	Percentual
Quinta Turma	Napoleão Nunes Maia	24	23,30%
	Felix Fischer	16	15,53%
	Laurita Vaz	15	14,56%
	Arnaldo Esteves Lima	14	13,59%
	Jane Silva	08	7,76%
	Gilson Dipp	04	3,88%
	Jorge Mussi	01	0,97%
Sexta Turma	Jane Silva	11	10,67%
	Maria Thereza de Assis Moura	04	3,88%
	Paulo Gallotti	02	1,94%
	Hamilton Carvalhido	02	1,94%
	Carlos Fernando Mathias	01	0,97%
	Nilson Naves	-	-
Terceira Seção	Felix Fischer	01	0,97%
		103	100,00%

Constam da tabela os Ministros Relatores que integraram cada uma das Turmas no período pesquisado. Note-se que alguns magistrados não foram relatores de nenhum dos processos coletados. Porém, isso não implica que não tenham participado da interferência seletiva do STJ, porquanto a natureza colegiada dos julgamentos impõe

a coleta dos votos de todos os membros presentes nas sessões, de forma que os acórdãos são lavrados por maioria de posicionamentos.

A verificação do período em que os magistrados atuaram nos respectivos órgãos colegiados também é essencial para que se verifique o modo como o posicionamento do magistrado – e, conseqüentemente, as metanormas que adota – atua para a formação do perfil geral do órgão, determinando, por óbvio, as nuances do tratamento ao sujeito criminalizado por tráfico de drogas.

Tabela 34 Membros componentes das Quinta e Sexta Turmas e seu tempo de permanência

Órgão Julgador	Ministro Relator	Permanência na Turma
Quinta Turma	Napoleão Nunes Maia	23.05.2007 - ...
	Felix Fischer	17.12.1996 - ...
	Laurita Vaz	02.12.2002 - ...
	Arnaldo Esteves Lima	19.08.2004 - ...
	Jane Silva	08.2007 – 12.2007
	Gilson Dipp	
	Jorge Mussi	12.12.2007 - ...
Sexta Turma	Jane Silva	01.2008 - 02.2009
	Maria Thereza de Assis Moura	09.08.2006 - ...
	Paulo Gallotti	13.03.2001 - ...
	Hamilton Carvalhido	15.04.1999 – 16.06.2008
	Carlos Fernando Mathias	01.08.2007 – 13.02.2008
	Nilson Naves	06.04.2004 - ...

No caso em tela, uma situação curiosa será analisada, qual seja, a atuação da Desembargadora convocada Jane Silva nas duas Turmas de julgamento, em períodos distintos e sucessivos. Poderá ser verificada não apenas a influência que o seu próprio *second code* exerce em cada uma das Turmas, como também a interferência que os *second codes* adotados pelos demais magistrados exercem em suas próprias decisões.

No que tange à Terceira Seção e à Corte Especial, essa análise restou prejudicada, tendo em vista a ausência de uma quantidade expressiva de julgamentos de casos de tráfico de drogas.

Na classificação dos pedidos, verificou-se a repetição, em maior grau, de 5 deles, quais sejam: i) a aplicação retroativa da minorante prevista pelo tipo de tráfico de drogas; ii) a concessão de liberdade provisória; iii) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; iv) a progressão de regime; e v) o estabelecimento de regime inicial aberto ou semi-aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Com exceção do item iv, todos os supracitados formaram a tônica das discussões e das divergências verificadas no STJ, sobre o fenômeno do tráfico de drogas.

São temas gerais, vinculados não diretamente aos elementos objetivos ou subjetivos do tipo de tráfico de drogas, mas sim ao tratamento jurídico-penal do sujeito criminalizado.

Tabela 35 Distribuição dos processos pelo pedido

Pedido	Frequência	Percentual
Aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, Lei n. 11.343/06	53	27,60%
Concessão de liberdade provisória	35	18,22%
Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos	31	16,14%
Progressão de regime	19	9,89%
Estabelecimento de regime aberto ou semi-aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade	14	7,29%
Nulidade da ação penal	10	5,20%
Revisão da dosimetria da pena¹⁴⁸	08	4,16%
Decote da majorante	08	4,16%
Desclassificação para uso	07	3,64%
Absolvição	04	2,08%
Trancamento da ação penal	02	1,04%
Incidência da atenuante da menoridade penal	01	0,52%
	192	100,00%

¹⁴⁸ Relativas à fixação da pena-base.

Não obstante serem 103 os acórdãos coletados, verificaram-se, ao todo, 192 pedidos. Cabe o esclarecimento de que muitas das ações ajuizadas contêm mais de um pedido referente ao mesmo caso.

Após, analisou-se o julgamento procedido pelo STJ. A efetiva interferência do STJ ocorre com o julgamento da ação que lhe é submetida. Se o pedido restar conhecido e provido, ocorrerá uma alteração no processo de criminalização. Essa interferência direta será designada pela expressão "interferência positiva". No entanto, caso o pedido não seja conhecido, ou, embora conhecido, não seja provido, o processo de criminalização permanece inalterado. Esse fenômeno será designado por "não interferência". O não conhecimento do pedido ou o seu não provimento, embora impliquem situações jurídicas completamente distintas, ensejam a mesma consequência prática à criminalização.

A distribuição dos processos pelo resultado do julgamento revelou a seguinte configuração:

Tabela 36 Distribuição dos processos por resultado do julgamento

Resultado do julgamento	Frequência	Percentual
Conhecido e não provido	36	34,95%
Conhecido e provido em parte	23	22,33%
Conhecido e provido	17	16,50%
Conhecido em parte e não provido	09	8,73%
Conhecido em parte e provido em parte	09	8,73%
Conhecido em parte e provido	05	4,85%
Não conhecido	04	3,88%
	103	100,00%

A Tabela 36 evidencia a preponderância de casos de “não interferência”, pelo STJ, porquanto não conhecidos ou não providos a maioria dos pedidos. Decompondo a tabela e distribuindo os resultados dos julgamentos a partir do órgão colegiado de julgamento, alcança-se a seguinte configuração:

Tabela 37 Distribuição dos resultados do julgamento pelas Quinta e Sexta Turmas¹⁴⁹

Resultado do julgamento	Quinta Turma		Sexta Turma	
	Frequência	Percentual	Frequência	Percentual
Não conhecido	04	4,87%	-	-
Conhecido em parte e não provido	08	9,75%	01	5,00%
Conhecido em parte e provido em parte	09	10,97%	-	-
Conhecido em parte e provido	04	4,87%	01	5,00%
Conhecido e não provido	30	36,58%	06	30,00%
Conhecido e provido em parte	13	15,85%	10	50,00%
Conhecido e provido	14	17,07%	03	15,00%
	82	100,00%	20	100,00%

No período pesquisado, restou comprovado que a interferência positiva da Sexta Turma no processo de criminalização foi quantitativamente maior, tendo em vista parcela considerável de processos em que houve provimento total ou parcial de pedidos.

Para obter um detalhamento maior dos processos coletados, procedeu-se à verificação do grau de interferência (positiva ou nula) do STJ, relativamente a cada espécie de pedido constantes das ações julgadas, nos seguintes termos:

¹⁴⁹ Nesta Tabela, desconsideraram-se a Corte Especial – por ausência de processos versando sobre tráfico de drogas que foram por ela julgados durante o período pesquisado – e a Terceira Seção – por apenas ter-se coletado um acórdão de julgamento, quantidade que se revela ínfima para os fins da análise proposta.

Tabela 38 Distribuição dos processos relativamente ao conhecimento e à concessão do pedido

Pedido	Concessão		Não Concessão		Não-conhecimento	
	Freq.	Porc.	Freq.	Porc.	Freq.	Porc.
Aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, Lei n. 11.343/06	17	32,07%	19	35,84%	17	32,07%
Concessão de liberdade provisória	07	20,00%	27	77,14%	01	2,85%
Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos	19	61,29%	09	29,03%	03	9,67%
Progressão de regime	14	73,68%	-	-	05	26,31%
Estabelecimento de regime aberto ou semi-aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade	10	71,42%	03	21,42%	01	7,14%
Nulidade	05	50,0%	05	50,00%	-	-
Revisão da pena	04	50,0%	04	50,00%	-	-
Decote da majorante	07	87,5%	-	-	01	12,50%
Absolvição	-	-	03	75,00%	01	25,00%
Desclassificação para uso	-	-	07	100,0%	-	-
Trancamento da ação penal	-	-	02	100,0%	-	-
menoridade	01	100,0%	-	-	-	-

--	--	--	--

Nesse sentido, a depender do pedido formulado ao STJ, detectar-se-á uma menor ou uma maior interferência no processo de criminalização. Conforme exposto na tabela, alguns pedidos, como a aplicação retroativa da minorante prevista no tipo de tráfico de drogas e a concessão de liberdade provisória, por alcançarem maior proporção de não conhecimento ou de não provimento, implicaram maior *não interferência*. Outras espécies de pedido, como a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a progressão de regime e o estabelecimento de regime inicial aberto ou semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade implicaram maior *interferência positiva*.

No tópico seguinte, realizar-se-á uma análise qualitativa a partir de todas as conclusões obtidas mediante a compilação dos dados supraexpostos, especialmente para se detectar algumas circunstâncias que justifiquem o tratamento dispensado pelo STJ ao sujeito criminalizado por tráfico de drogas.

3.3.1 O tratamento penal do sujeito criminalizado por tráfico de drogas: aspectos qualitativos

Após a análise dos dados estatísticos extraídos das informações constantes dos acórdãos coletados, pretendeu-se verificar, com mais profundidade, algumas circunstâncias do tratamento jurídico que o Superior Tribunal de Justiça dispensa ao fenômeno social do tráfico de drogas.

Ainda durante a fase de coleta e de leitura dos acórdãos, dois temas sobressaíram devido à sua recorrência e às divergências jurisprudenciais que ensejaram entre os órgãos colegiados da Corte: a aplicação retroativa do § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06 e a concessão da liberdade provisória.

Essa circunstância tornou imprescindível uma análise qualitativa mais profunda das posições que os magistrados adotaram sobre esses temas, como uma forma de extrair, por meio do método dedutivo, conclusões gerais acerca da visão que o STJ adota sobre o tráfico de drogas. Afinal, é do embate de posições entre magistrados e do

contraste entre as visões afirmadas que se extraem as razões que balizam o tratamento jurídico destinado ao sujeito criminalizado.

3.3.1.1 Aplicação retroativa do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06

Conforme já afirmado nos tópicos anteriores, a nova Lei de Drogas instituiu minorante para o tipo de tráfico de drogas, visando à redução de pena dos sujeitos criminalizados que atendessem aos requisitos de primariedade, de bons antecedentes, de não participação de organização criminosa e de conduta não voltada à criminalidade.

Por se tratar de causa especial de diminuição de pena, não consiste em elemento de facultativa aplicação, devendo ser obrigatoriamente incluída na terceira fase da dosimetria da pena, quando da condenação do réu por tráfico de drogas. Por outro lado, a faixa da fração de redução da pena – de um sexto a dois terços –, quando não instituída em seu grau máximo, deve ser específica e concretamente justificada pelo Juiz, à luz das circunstâncias judiciais e de outros elementos constantes do caso.

O objetivo da criação desse dispositivo consistiu em proporcionar uma diferença de tratamento entre os diversos personagens que figuram no fenômeno social do tráfico de drogas, de forma a estabelecer gradações de pena, a partir do grau de envolvimento e da complexidade da estrutura de que participam. Em linhas gerais, procurou-se diferenciar o tratamento penal entre os traficantes de pequeno, de médio e de grande porte, entre os traficantes individuais e os integrantes de organização criminosa entre outros.

A partir da edição da nova lei, multiplicaram-se, no judiciário, pedidos de aplicação retroativa do referido dispositivo aos casos julgados sob a égide da lei anterior, sob a justificativa de se tratar de lei nova mais benéfica.

No entanto, a pesquisa detectou uma resistência das instâncias ordinárias em acolher esse pleito, consubstanciada a) pela considerável quantidade de casos em que, não obstante os réus, em tese, fizessem jus à aplicação da minorante, ela não teria sido adotada e b) pela considerável quantidade de pedidos de aplicação retroativa perante o STJ (aproximadamente 30% dos pedidos detectados referiram-se à aplicação do dispositivo).

Apenas houve interferência positiva da Corte Superior – isto é, acolhimento do pedido – em pouco mais de 30% dos pedidos. A parcela restante consistiu em não conhecimento ou não provimento do pedido.

Nos casos em que não houve conhecimento, foi recorrente a justificativa de que o pedido não havia sido analisado pelo Tribunal de origem. Assim, impunha-se a não cognição, sob pena de supressão de instância:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES – DELITO HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. DIMINUIÇÃO DE PENA POR SER A PACIENTE PRIMÁRIA E TER BONS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE ANÁLISE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA. [...]

3. O pedido de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, aos réus primários, de bons antecedentes, que não se dediquem a atividades criminosas nem integrem organização criminosa, não pode ser conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, se a matéria não foi analisada pelo Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida apenas

para afastar a proibição da progressão de regime de cumprimento da pena imposta ao condenado, cuja efetivação dependerá da análise, por parte do Juízo das Execuções Criminais, dos requisitos legais exigidos para a concessão do benefício reclamado.

(STJ, HC 77582, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 06/8/07).

Outro entendimento que vigorou nos meses iniciais de vigência da nova lei foi a impossibilidade de cognição do pedido quando a sentença condenatória já se encontrava transitada em julgado, hipótese em que se considerava o juízo de execução penal o único competente para proceder ao referido exame. À época, esse entendimento foi encampado pelo Ministro Relator Felix Fischer e seguido à unanimidade pelos demais membros da Quinta Turma:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, C/C ART. 18, INCISO III, AMBOS DA LEI N. 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. LEI PENAL MAIS BENIGNA. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. JUÍZO DA EXECUÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. GRANDE

QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CAUSA DE AUMENTO DA ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO. LEI Nº 11.343/2006. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE.

I - Tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, faz-se necessária a prévia submissão da matéria referente à aplicabilidade da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (*novatio legis in melius*) ao Juízo da Execução. A apreciação direta da questão por esta Corte implicaria indevida supressão de instância (Súmula n. 611-STF). [...]

(STJ, HC 77836, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 15/10/07. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jane Silva votaram com o Sr. Ministro Relator).

Decerto é que, nos primeiros meses de vigência da nova lei, os magistrados evitaram definir a possibilidade de aplicação retroativa da minorante, seja por razões evidentemente substanciais, como a impossibilidade de supressão de instância, seja por razões relativamente nebulosas, tal como a restrita cognoscibilidade do habeas corpus, tal qual consignado no seguinte precedente, de Relatoria da Desembargadora convocada Jane Silva:

Quanto ao pedido de aplicação da causa de diminuição de pena, constante no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Entendo que, na estreita via do habeas corpus, não é possível analisar a presença dos requisitos elencados no referido artigo. [...] Assim, por não ser possível uma profunda análise das provas e por estar bem fundamentada a questão em acórdão do Tribunal paulista, entendo que não é possível por meio deste remédio legal, a aplicação da causa de diminuição pleiteada.

(STJ, HC 81781, Rel. Min. Jane Silva, Quinta Turma, DJ 17/9/07. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora).

Esse posicionamento, invocado em diversos julgados subsequentes, coexistiu com outra visão, asseverada em novo precedente da mesma magistrada, na Quinta Turma, que admitiu, em tese, a possibilidade da aplicação retroativa da minorante, ao analisar um caso rigorosamente idêntico ao anterior, também em sede de habeas corpus:

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 6.368/1976 –
APLICAÇÃO RETROATIVA DA REDUÇÃO DE PENA

CONTIDA NA LEI 11.343/2006 – SUBSTITUIÇÃO – POSSIBILIDADE EM TESE – NEGATIVA EMBASADA EM FATORES CONCRETOS – REGIME INICIAL ABERTO – IMPOSSIBILIDADE – EXAME DESFAVORÁVEL AO PACIENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS A ELE REFERENTES – ORDEM DENEGADA.

I- É possível, em tese, a aplicação retroativa da causa de redução de pena contida no artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006 para apenados pelo artigo 12 da Lei 6.368/1976, o que não ocorre, porém, com condenados que se dedicavam às práticas criminosas, como *in casu*.

[...]IV- Ordem denegada.

(STJ, HC 83985, Rel. Min. Jane Silva, Quinta Turma, DJ 24/9/07. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora).

HABEAS CORPUS – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO NO DELITO DE TRÁFICO – PREVISÃO NA LEI NOVA – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA ESCOLHA DO QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO NESTA ESTREITA VIA – NECESSIDADE DO EXAME DE PROVAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1- É aplicável retroativamente, nos termos do disposto na Constituição da República e no Código Penal, a norma penal benéfica, mesmo em casa de sentença transitada em julgado.

(STJ, HC 92301, Rel. Des. Conv. Jane Silva, Quinta Turma, DJ 12/5/08. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora).

Nesse sentido, coexistiram, durante os primeiros meses de vigência da Lei de Drogas, os quatro entendimentos acima expressos, consignados pela Quinta Turma: i) não conhecimento do pedido, quando não examinado pelo Tribunal de origem; ii) não conhecimento do pedido, quando transitada em julgada a sentença condenatória; iii) denegação do pedido, por impossibilidade de análise probatória profunda em sede de habeas corpus; iv) concessão do pedido, por possibilidade de aplicação retroativa da minorante.

No entanto, permaneceram indefinidos parâmetros que determinassem a possibilidade ou a impossibilidade de análise do pedido, em sede de habeas corpus, em face da vedação de revolvimento probatório (posicionamento iii). Os posicionamentos iii e iv foram consignados, inicialmente, pela mesma Relatora, sem que se

especificassem objetivamente as circunstâncias que, num caso, autorizaram a análise da aplicação retroativa e, em outro, não a autorizaram, por implicar análise probatória. É nebulosa a distinção entre os dois posicionamentos, acompanhados, à unanimidade, pelos membros da Quinta Turma do STJ, nesse e em outros julgados:

Admissível, ainda, a redução da pena na forma do art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, que, por ser instituto de Direito Material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade de o réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação. Precedentes do STJ; para fazer jus à referida redução, contudo, é indispensável o exame de circunstâncias fáticas, que, *in casu*, não estão evidentes, impedindo a análise da questão por meio da via exígua do Habeas Corpus.

(STJ, HC 85066, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, Quinta Turma, 29/10/07. Os Srs. Ministros Jane Silva, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator).

Outro precedente, também de relatoria da Desembargadora Convocada Jane Silva, deu nova solução ao posicionamento ii, suprareferido. Nos casos em que a sentença condenatória já havia transitado em julgado, o não conhecimento do pedido foi afastado para se afirmar tese diametralmente oposta, implicando conhecimento e concessão, de forma a se determinar que o juízo da execução procedesse à aplicação da minorante. O posicionamento foi acolhido à unanimidade dos membros da Quinta Turma.

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REDUÇÃO DA PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. NORMA DE NATUREZA PENAL. RETROATIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE LIMITE TEMPORAL. INSTITUTO MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. SENTENÇA PROLATADA NA VIGÊNCIA DA NOVA LEI. ORDEM CONCEDIDA.

1- A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado, ainda que transitada em julgada a condenação.

4- Ordem concedida, para determinar que o Juízo monocrático analise a possibilidade de redução da reprimenda de um sexto a dois terços, com base no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

(STJ, HC 84786, Rel. Des. Conv. Jane Silva, DJ 15/10/07. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho).

No entanto, nos julgamentos seguintes, ora se adotou esse entendimento, ora se adotou o posicionamento anterior (de não conhecimento do pedido), embora se tratasse de casos rigorosamente idênticos, e cujos acórdãos tenham sido lavrados à unanimidade dos membros da Quinta Turma:

I - Tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, faz-se necessária a prévia submissão da matéria referente à aplicabilidade da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (alegada *novatio legis in melius*) ao Juízo da Execução. A apreciação direta da questão por esta Corte implicaria indevida supressão de instância (Súmula n. 611-STF).

(STJ, HC 90631, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 31/3/08. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator).

Trata-se, inclusive, de uma prática comum nos julgamentos do STJ analisados pela pesquisa, mediante a qual os membros de um órgão colegiado aderem ao posicionamento do magistrado relator, embora adotem posicionamentos diversos quando, como relatores, proferem voto em casos rigorosamente idênticos. Essa relativa aleatoriedade ensejou provimentos judiciais diferentes para casos semelhantes, a depender do Ministro relator do processo.

Em fevereiro de 2008, a Desembargadora Convocada Jane Silva transferiu-se da Quinta para a Sexta Turma. A ausência da magistrada, que adotava em seus julgados uma postura mais garantista – comparativamente aos demais componentes do órgão –, implicou substancial alteração nos posicionamentos consignados nos acórdãos da Quinta Turma, especialmente quanto à aplicação retroativa da minorante. Em 11/03/08, um precedente da Ministra Laurita Vaz ensejou um giro jurisprudencial, a partir do qual se estabeleceram restrições para a aplicação da causa de diminuição de pena, resultando, na maioria casos, na denegação ou na concessão parcial da ordem:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CASO O APENADO SATISFAÇA OS REQUISITOS LEGAIS. CISÃO DE

DISPOSITIVOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE.
AGRAVAMENTO DA PENA DE MULTA. OPÇÃO PELO
APENADO.

1. Diante de conflito aparente de normas, não é dado ao juiz aplicar os aspectos benéficos de uma e outra lei, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, criando lei nova.

2. Encaixando-se a hipótese no disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa –, a pena reclusiva de 05 anos reduz-se para menos de 03 anos, passando, assim, a ser a mais benéfica do que a antiga. Já a pena de multa sofre um significativo aumento: passa de 50 para 166 dias-multa.

3. Nesse contexto, não se pode dizer, a priori, se a aplicação da lei nova é ou não mais gravosa, tendo em vista a discrepância quanto ao valor dos bens jurídicos protegidos: liberdade e patrimônio, restando, desse modo, como *ultima ratio*, a possibilidade de escolha pelo condenado, que deverá optar entre o regramento antigo e o atual.

4. Na hipótese, muito embora o acórdão impugnado tenha admitido a possibilidade da aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 aos fatos anteriores, somente o fez em tese, deixando de analisar o preenchimento dos requisitos legais pelo Paciente e, conseqüentemente, de considerá-la na dosagem da pena.

5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Tribunal de origem que prossiga no exame dos requisitos legais previstos no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, fixando, se for o caso, o percentual de redução (de 1/6 a 2/3), o qual deverá incidir sobre o caput do mesmo artigo, facultando-se ao apenado a opção entre o regramento antigo e o atual.

(STJ, HC 92469, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 11/3/08. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora).

[...] Mostra-se indevida e inadequada a aplicação retroativa do § 4o. do art. 33 da Lei 11.343/06 a situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76, pois o Magistrado que assim procede está, em verdade, cindindo leis para criar uma terceira norma – uma lei de drogas que prevê pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível de redução de 1/6 até 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída por via de interpretação.

5. Na hipótese, referido parágrafo faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível

ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.[...]

(STJ, HC 92346, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, Quinta Turma, DJ 17/4/08. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator).

Os defensores dessa vertente afirmavam que outros elementos do tipo penal de tráfico de drogas implicaram tratamento mais gravoso ao sujeito criminalizado, especialmente o quantum da pena privativa de liberdade, que aumentou consideravelmente com a nova lei. Detectando-se aspectos mais benéficos e mais gravosos no âmbito de um mesmo tipo, seria vedada a aplicação retroativa de apenas parte dele, sob pena de formação de uma terceira norma, inexistente no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, os julgamentos variaram entre a automática denegação do habeas corpus ou a parcial de concessão, de forma que, nesse último caso, ao réu seria dada a faculdade de escolha de qual regramento (o vigente ou o revogado) que seria aplicado, em sua integralidade, vedada a aplicação parcial de cada um deles.

Na Sexta Turma, por sua vez, prevaleceu, desde a vigência da nova lei, a possibilidade de aplicação retroativa da minorante diretamente pelo STJ inclusive sem necessidade de remissão dos autos para análise do juízo de execução (nos casos em que transitada em julgado a sentença condenatória) ou escolha de um dos regramentos para adoção integral.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. NORMA DE DIREITO PENAL MATERIAL. RETROATIVIDADE.

[...] 2 - É de rigor a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, haja vista tratar-se de norma de direito penal material que beneficia o réu, sendo irrelevante o fato de haver, na mesma lei, disposição prejudicial - vedação à substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos -, tendo em conta o previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

(STJ, HC 88114, Rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 3/12/07. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Carlos Fernando Mathias, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator).

Após a fixação de entendimentos restritivos, por parte da Quinta Turma, os julgados da Sexta Turma passaram inclusive a dialogar sobre a controvérsia, rebatendo as razões dos posicionamentos contrários:

CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA LEI 11.343/2006 – *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS* – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – RÉU PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E QUE NÃO CONSTITUCIONAL – PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS NEM INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - REGIME INICIALMENTE FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EXAMINADA DE MODO DESFAVORÁVEL AO PACIENTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA REDUZIR A PENA E PASSAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O SEMI-ABERTO, CONSIDERANDO O TEMPO CUMPRIDO NO REGIME FECHADO COMO SE O FOSSE NO REGIME SEMI-ABERTO.

1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

3. Se o paciente é primário, de bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas, nem faz parte de organização criminosa, impõe-se a diminuição retroativa prevista na Lei 11.343/06. [...]

(STJ, HC 100910, Rel. Min. Jane Silva, Sexta Turma, DJ 3/4/08. Os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Maria Thereza de Assis Moura).

A análise dessa mutação jurisprudencial revela um elenco extenso e parcialmente contraditório de entendimentos adotados pelos órgãos colegiados do STJ, em um curto espaço de tempo.

Por si só, tais julgados revelam a resistência dos magistrados em aplicar uma causa de diminuição de pena aos sujeitos criminalizados por tráfico de drogas, sob o pretexto de entendimentos controversos e não objetivamente justificados, em sua grande parte. Situações rigorosamente idênticas obtiveram diferentes respostas em datas próximas ou coincidentes, a depender do relator do caso e do órgão colegiado de julgamento. Não se vislumbra um código regular de regras que determinariam a adoção de um ou de outro posicionamento, por parte dos magistrados. Verificou-se ser estritamente fortuita a adoção dos entendimentos, a depender apenas do Ministro Relator do processo, denotando-se, no entanto, uma preponderância de decisões desfavoráveis ao sujeito criminalizado.

3.3.1.2 Dificuldades de aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06

Um outro aspecto de profunda relevância é a dificuldade de aferição objetiva de alguns dos requisitos necessários para a aplicação da minorante.

Nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a aplicação da causa de diminuição de pena é restrita aos réus primários, de bons antecedentes, que não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa.

Os dois primeiros quesitos (primariedade e bons antecedentes), consistentes em circunstâncias aplicadas na dosimetria da pena, são objetiva e facilmente aferíveis. A jurisprudência e a doutrina, nos últimos anos, consolidaram a definição específica de cada uma dessas circunstâncias, de modo a contemplar um rol extenso de situações que podem ou não configurar a reincidência – contrapolo da primariedade – e os maus antecedentes, nos seguintes termos:

a) Reincidência: na dosimetria da pena, é valorada como circunstância agravante, exasperando a pena privativa de liberdade imposta ao réu. O Cód. Penal, no art. 63, define reincidência como a hipótese em que "o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha

condenado por crime anterior", ressalvada "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 anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação" e desconsiderados os crimes militares próprios e políticos;

b) Maus antecedentes: "fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos"¹⁵⁰. Inquéritos policiais, processos criminais em andamento, absolvições por insuficiência de provas, prescrições abstratas retroativas e intercorrentes não são considerados maus antecedentes, sob pena de violação à garantia da presunção de inocência. Nesse sentido, praticamente se incluem apenas as condenações criminais que não constituem reincidência.

Por outro lado, as demais categorias – dedicação à vida criminosa e integração de organização criminosa – carecem de conceito normativo, doutrinário ou jurisprudencial mais específico, de modo a oferecer ao intérprete da norma circunstâncias objetivas aptas a nortear a aplicação da minorante.

No âmbito do STJ, verificou-se uma indefinição do real significado dessas categorias, prevalecendo, em vários casos, a inaplicação da minorante, a partir da adoção da perspectiva estereotipada sobre o sujeito criminalizado por tráfico de drogas – criminoso integrante de complexa rede de tráfico de drogas –, desacompanhada da análise efetiva da participação do réu nessa teia.

Em outros casos, os magistrados se abstiveram de analisar essa circunstância, alegando não haver nos autos elementos suficientes a embasar a decisão, de forma concreta e específica. Ou, ainda, no caso da estreita via do habeas corpus, justificou-se o não conhecimento do pedido pela impossibilidade de dilação probatória ou de revolvimento da matéria fática. É o que se verifica no julgado a seguir:

PENAL – CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – LEI 11.343/2006 – NOVATIO LEGIS IN MELLIS – RETROATIVIDADE – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – REDUÇÃO DO ARTIGO 33, §4º DA NOVA LEI ANTIDROGAS – IMPOSSIBILIDADE JUSTIFICADA COM

¹⁵⁰ BITTENCOURT, 2006, p. 71.

BASE UNICAMENTE NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – ÓBICE NÃO PREVISTO EM LEI – INSUSTENTABILIDADE – BENEFÍCIO QUE DEPENDE DO EXAME ACURADO DAS PROVAS DOS AUTOS – ESTREITA VIA DO WRIT – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA ANULAR O ACÓRDÃO.

1. É possível, em tese, tal como decidido pelo Colegiado Estadual, a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei 6.368/1976.

2. Unicamente a quantidade de droga apreendida em poder do agente não é suficiente para afastar a benesse, salvo se esse fato denotar que o agente se dedique a atividades criminosas ou integre organização dessa natureza, o que deve ser demonstrado diante do caso concreto.

3. A estreita via do habeas corpus, desprovida de dilação probatória, não é adequada para a resolução de controvérsia que dependa do profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos da ação penal de conhecimento. [...]

(STJ, HC 90350/SP, Rel. Des. Conv. Jane Silva, Sexta Turma, DJ 14/4/08. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura).

Indaga-se: nos casos em que não houve conhecimento do pedido, a impossibilidade de constatação da participação do réu em organização criminosa advém, efetivamente, da ausência de elementos constantes dos autos, ou da ausência de critérios objetivos para a aferição dessa categoria?

Um critério objetivo razoável a ser adotado – inclusive tendo sido utilizado nesta pesquisa – consiste na verificação da ocorrência de concurso material entre o crime de tráfico (art. 33) e o crime de associação para o tráfico (art. 35). A nova Lei de Drogas apresenta tipo penal específico para o fenômeno da associação de sujeitos com o fito de execução de um dos núcleos do crime de tráfico. Evidentemente, comprovada a integração deliberada do réu em organização criminosa, ele também será criminalizado pelo crime do art. 35 da Lei n. 11.343/06.

Diante disso, na dosimetria da pena, há um descompasso em afirmar a participação do réu em organização criminosa – negando a aplicação da minorante – e não ter sido ele condenado, em concurso material, pela prática do crime de associação para o tráfico. Afinal, a associação para o tráfico impescinde da integração do traficante em organização criminosa, e a recíproca reputa-se verdadeira. Negar a aplicação da causa de redução de pena sem que haja condenação pelo crime do art. 35

implica evidente violação à garantia de presunção de inocência, pois se imputa indireta e arbitrariamente ao réu a prática de outro crime, sem que haja contraditório e ampla defesa.

O outro requisito, *dedicação à atividade criminosa*, é igualmente tormentoso e subjetivo, por ausência de critérios objetivos que estabeleçam a sua configuração¹⁵¹. Inúmeros julgados do STJ apontaram a mesma dificuldade constatada na categoria anterior:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06 AO RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. INDEFERIMENTO. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ANÁLISE DOS REQUISITOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...]

2. Tendo sido constatado pela Corte de origem, em sede de apelação, que o paciente "fez do tráfico sua forma de ganhar a vida", inviável se mostra aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porque tal dispositivo exige que, além de ser primário e de bons antecedentes, o beneficiário não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. [...]

(STJ, HC 79836, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 26.05.2008. *Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator*).

A aplicação da causa de diminuição da pena constante no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 somente é possível, em sede de habeas corpus, quando não demanda exame de prova (HC 81.781/SP, 5ª Turma, Relª. Minª. Jane Silva - Desembargadora Convocada do

¹⁵¹ Ao mesmo tempo em que uma excessiva objetivação é prejudicial à sistemática do Direito Penal, uma vez que restringe o campo de atuação do magistrado na análise das peculiaridades do caso concreto, é preciso convir que a excessiva subjetivação o alarga desarrazoadamente, de forma a criar, no âmbito do sistema, espaços vazios preenchíveis por diversos tipos de conteúdo. Essa disparidade enseja provimentos judiciais diametralmente opostos e igualmente legítimos (formalmente), restando violada a segurança jurídica e, indiretamente, restando prejudicadas as garantias da ampla defesa e do contraditório dos sujeitos processuais, surpreendidos, a cada nova decisão, pela diversidade de parâmetros adotados por cada magistrado. Categorias excessivamente abertas, quando indicadas como regras, funcionam praticamente como formas sem conteúdo, o que fragiliza a defesa do réu e abre espaço para manifestações deturpadas e estereotipadas sobre os fenômenos sociais que pretendem regular. O ordenamento deve expressamente asseverar os valores que adota, com o evidente escopo de se buscar um equilíbrio entre a objetivação e a subjetivação das categorias legais.

TJ/MG, DJU de 17/09/2007). Na hipótese dos autos, restou afirmado tanto na r. sentença penal condenatória, como no v. acórdão, entre outras, que o

paciente "se dedicava à atividade criminosa, fazendo do comércio de drogas seu meio de vida", o que somente a partir da análise profunda do material probatório poderia ser infirmado, o que à toda evidência, é medida incabível na via de cognição estrita do habeas corpus.

(STJ, HC 88407, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 17/3/08. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator).

Verificou-se que, em inúmeros julgados, os magistrados invocaram as circunstâncias judiciais fixadas na sentença, quando da dosimetria da pena, para infirmar a possibilidade de aplicação da minorante. Recorreu-se corriqueiramente a uma frase comum das sentenças condenatórias, qual seja, *fazer do crime o meio de vida*, sem que efetivamente se verificasse o seu grau de veracidade ou o seu grau de impedimento para a concessão do benefício.

O estabelecimento desse requisito, nos moldes em que realizado, contribuiu para a não satisfação do escopo da instituição da minorante, qual seja, proporcionar a redução de pena aos traficantes individuais e eventuais. Evidentemente, na prática, a ausência de parâmetros normativos induziu ao prevalecimento da noção de que qualquer traficante *faz do tráfico o seu meio de vida*, porquanto geralmente auferir lucros regulares com as atividades de mercancia de drogas e, nesse sentido, restaria comprovado que se dedica às atividades criminosas. Sob esse prisma, essa circunstância constituiu elemento impeditivo, quase em caráter absoluto, para a aplicação da minorante.

Portanto, trata-se de categoria inadequada, que em muito se confunde com a circunstância judicial de antecedentes, com a diferença de que não goza de uma específica definição, o que prejudica a sua análise. Ademais, a pesquisa verificou que, em nenhum caso analisado, os magistrados discorreram minuciosamente sobre os seus parâmetros de conceituação, prevalecendo as vozes deturpadas e estereotipadas sobre a figura midiática do traficante de drogas.

Inafastável a conclusão de que a minorante instituída pelo § 4º, art. 33, da Lei n. 11.343/06, não logrou alcançar os objetivos a que se propôs. Não obstante a prevalência quantitativa de sujeitos criminalizados primários, de bons antecedentes e

cuja conduta não esteja tipificada em concurso material com o crime de associação para o tráfico, comprovou-se uma resistência das instâncias ordinárias e do próprio STJ em aplicá-la aos réus que, em tese, fariam jus ao benefício.

A resistência de aplicação advém não somente de fundamentos dogmáticos (materiais e processuais), mas também da conjugação, de um lado, da ausência de parâmetros objetivos de aferição dos requisitos da minorante – deficiência legislativa – e, de outro, da persistência de uma visão preconceituosa, inadequada e estereotipada, do traficante de drogas. Ter sido condenado por tráfico de drogas consiste em um *second code* que geralmente determina a aplicação mais rigorosa e rarefeita dos instrumentos legais que beneficiam o sujeito criminalizado, tal qual a minorante do art. 33.

Quanto ao ponto da deficiência legislativa, seria fundamental uma redação que explicitasse os critérios objetivados.

3.3.1.3 Concessão de liberdade provisória

Quanto a privação da liberdade provisória, dois aspectos sobressaíram: (i) a quase integralidade dos réus cujo processo alcança o STJ foi presa em flagrante, por prática de um dos núcleos do tipo penal de tráfico de drogas; (ii) a integralidade dos réus cujo processo alcança o STJ encontra-se presa no momento do julgamento da ação, seja pela execução definitiva da pena privativa de liberdade, seja pelas demais modalidades de prisão provisória – preventiva, temporária ou flagrante; (iii) A análise dos pedidos de liberdade provisória revelou a prevalência quantitativa da não interferência do STJ sobre os casos que o alcançam – prevalência quantitativa de acórdãos denegatórios .

O fator fundamental apto a justificar a estabilidade da situação de privação de liberdade, durante praticamente toda a fase da criminalização secundária, consiste no comando do art. 44 da Lei n. 11.343, que veda a concessão de liberdade provisória em caso de prática de tráfico de drogas.

Essa norma apoia-se no art. 5º, XLIII, da CF, que considera o tráfico ilícito de entorpecentes como crime inafiançável e insuscetível de graça ou de indulto.

Os dois aspectos consistiram na tônica das discussões colegiadas do STJ, quando do julgamento dos pedidos de concessão de liberdade provisória. Em quase 80%

dos casos, os pedidos foram negados. A maioria das decisões, em dois anos de acórdãos pesquisados, repisou o mesmo argumento: a vedação legal da lei de drogas impossibilita a revogação da prisão provisória do sujeito criminalizado.

Trata-se de proibição abstrata, que impõe a permanência da custódia provisória durante toda a persecução penal, ao arrepio da garantia fundamental da presunção de inocência. Antecipa-se a pena do réu, transformando meros suspeitos em criminosos cumpridores de efetiva pena privativa de liberdade, em regime fechado.

A depender da duração da persecução penal, a pena imposta na sentença condenatória já se encontra totalmente cumprida após o seu trânsito em julgado. A depender do quantum da pena privativa de liberdade imposta, verifica-se, em muitos casos, o réu já deveria estar cumprindo a pena em regime prisional mais brando, quando, na verdade, excedeu tempo de cumprimento em regime fechado. Há ainda caso mais grave, qual seja, em caso de sentença de absolvição, tendo o réu permanecido sob custódia durante todos os anos de tramitação da ação penal.

Outro aspecto que agrava essa situação é a manutenção da prisão provisória sem que verificada, concreta e especificamente, a satisfação dos requisitos que a autorizam, nos termos do art. 312 e seguintes do Cód. de Processo Penal: garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal.

Em pesquisa à jurisprudência do STJ sobre o tema, relativamente a outros crimes, verifica-se uma rigorosa análise da satisfação desses requisitos, como aspecto autorizador da prisão cautelar. Ausente justificação concreta e específica, concede-se a liberdade provisória ou o relaxamento da prisão cautelar. No entanto, tratamento diverso gozam os criminalizados por tráfico de drogas. Há inúmeros acórdãos da Quinta Turma do STJ que enunciam a desnecessidade de fundamentação concreta da prisão provisória. Para os magistrados, é suficiente a vedação abstrata do art. 44, da Lei n. 11.343/06 para a manutenção da custódia.

Trata-se de evidente manifestação do *second code* adotado pela maioria dos magistrados pesquisados. Sob a perspectiva da ideologia da defesa social e do direito penal do inimigo, o sujeito criminalizado por tráfico de drogas recebe tratamento diferenciado e mais grave, relativamente aos criminalizados por crimes diversos.

No entanto, cabe a lembrança de que, o STF, no HC n. 96.715, em medida cautelar (Decisão de 19/12/08, do Ministro Celso de Mello), considerou inconstitucional a vedação abstrata do art. 44 da Lei n. 11.343, por evidente violação à dignidade da pessoa humana, à presunção de inocência e à proporcionalidade. Ressaltou o magistrado ser imprescindível a fundamentação concreta do decreto de prisão, de modo que a vedação legal, considerada desarrazoada e irresponsável, cria situação normativa de absoluta distorção e subversão dos fins que regem as atividades estatais.

Nesse sentido, a nova lei, nesse ponto, também não coaduna com os fins objetivados por um Estado Democrático de Direito, bem como com a concepção de Direito Penal como limitador do poder punitivo.

3.3 Análise das sentenças do Rio de Janeiro e Brasília

Da coleta de sentenças, de 1001 formulários válidos, resultou um total de 730 para análise estatística, conforme tabelas a seguir:

Tabela 39 Censo dos processos

SENTENÇA	TIPIFICAÇÃO NA SENTENÇA					TOTAL
	ANTERIOR	ATUAL	NI	Prejudicado	Prescrição	
Absolutória	-	-	116	1	-	117
Condenatória	19	735	11	-	-	765
Desclassificatória	-	94	2	-	-	96
Prescrição	-	-	3	-	10	13
Outros, qual?	-	-	5	-	-	5
NI	-	-	5	-	-	5
TOTAL	19	829	142	1	10	1001

Dos 11 formulários com sentença condenatória sem a tipificação, 9 se referiam à lei atual, um era desclassificatório e um não foi encontrado. Ficaram, assim, 744 formulários, correspondentes a sentenças condenatórias tipificadas pela lei atual. Entretanto, como 11 delas têm tipificação no art. 28 e três no art. 35, foram excluídas, restando 730 formulários válidos.

Tabela 40

SENTENÇA	TIPIFICAÇÃO NA SENTENÇA					TOTAL
	ANTERIOR	ATUAL	NI	Prejudicado	prescrição	
Absolutória	-	-	116	1	-	117
Condenatória	19	730	-	-	-	763
Desclassificatória	-	94	3	-	-	97
Prescrição	-	-	3	-	10	13
Outros, qual?	-	-	5	-	-	5
NI	-	-	6	-	-	6
TOTAL	19	838	133	1	10	1001

Tabela 41 Distribuição do número de sentenças por órgão julgador

ÓRGÃO JULGADOR	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
DF VC	334	45,8%
DF VF	5	0,7%
RJ VC	298	40,8%
RJ VF	93	12,7%
TOTAL	730	100,00%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 42 Distribuição do número de sentenças por estado

ÓRGÃO JULGADOR	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
RJ	391	53,6%
DF	339	46,4%
TOTAL	730	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 43 Informa outros acusados

ÓRGÃO JULGADOR	INFORMA OUTROS ACUSADOS			TOTAL
	SIM	NÃO	Não informado nos autos	
DF VC	61 (18,3%)	202 (60,5%)	71 (21,3%)	334 (100,0%)
DF VF	2 (40,0%)	3 (60,0%)	-	5 (100,0%)
RJ VC	116 (38,9%)	181 (60,8%)	1 (0,3%)	298 (100,0%)
RJ VF	27 (29,0%)	63 (67,7%)	3 3,3%	93 (100,0%)
TOTAL	206 (28,2%)	449 (61,5%)	75 (10,3%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Destaca-se da Tabela 43 o número elevado de casos em que existe apenas um único acusado, índice esse superior a 60% , tanto no Distrito Federal quanto no Rio de Janeiro. O dado nos permite concluir que os traficantes selecionados pelo sistema penal no universo investigado atuam, em sua maioria, de forma individual – ou, pelo menos, foram presos nessa situação. No caso das Varas Federais do RJ, esse índice é ainda maior, alcançando quase 70%. O dado é eloquente no sentido de revelar que, à diferença da idéia difundida pelo senso comum, o traficante não é, “por definição”, integrante de “organização criminosa”, nem atua, necessariamente, em associação. A análise dos acórdãos do STF chegou a mesma constatação.

Tabela 44 Informa outros acusados – quantos - DF

OUTROS ACUSADOS	ÓRGÃO JULGADOR		TOTAL	
	DF VC	DF VF	FREQ.	PERC.
1	34	-	34	54,0%
2	19	2	21	33,3%
3	3	-	3	4,8%
4	1	-	1	1,6%
5	2	-	2	3,2%
6	2	-	2	3,2%
TOTAL	61	2	63	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Aqui se observa que, entre a minoria dos casos em que houve mais de um acusado, mais de 50% é formado por apenas mais um acusado, ou seja; alcança somente dois indivíduos no total. Em segundo lugar, temos em 33,3% dos processos de mais de um acusado, o número de três indivíduos. Juntos, os dois dados alcançam 87,35%, o que demonstra a inexistência sequer de bando ou quadrilha, na forma do art. 288, do Cód. Penal – em que se exige, no mínimo, quatro pessoas.

Tabela 45 Informa outros acusados - quantos – RJ

OUTROS ACUSADOS	ÓRGÃO JULGADOR		TOTAL	
	RJ VC	RJ VF	FREQ.	PERC.
1	56	11	67	46,9%
2	38	8	46	32,2%
3	10	3	13	9,1%
4	-	5	5	3,5%
8	4	-	4	2,8%
9	8	-	8	5,6%
TOTAL	116	27	143	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Pode-se dizer o mesmo em relação ao RJ, destacando-se a proximidade dos números que alcançam, no tocante à existência de três acusados no total, o percentual de 79,1%.

Tabela 46 Distribuição de frequência do sexo do acusado

ÓRGÃO JULGADOR	SEXO DO ACUSADO		TOTAL
	MASCULINO	FEMININO	
DF VC	244 (73,1%)	90 (26,9%)	334 (100,0%)
DF VF	4 (80,0%)	1 (20,0%)	5 (100,0%)
RJ VC	250 (83,9%)	48 (16,1%)	298 (100,0%)
RJ VF	60 (64,5%)	33 (35,5%)	93 (100,0%)
TOTAL	558 (76,4%)	172 (23,6%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Agrupando os órgãos julgadores por estado, chegamos à Tabela 47.

Tabela 47 Distribuição de frequência do sexo do acusado – por estado

ÓRGÃO JULGADOR	SEXO DO ACUSADO		TOTAL
	MASCULINO	FEMININO	
RJ	310 (79,3%)	81 (20,7%)	391 (100,0%)
DF	248 (73,2%)	91 (26,8%)	339 (100,0%)
TOTAL	558 (76,4%)	172 (23,6%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Analisando a distribuição do sexo do réu em função do estado (tabela 47), não se nota diferença significativa. Porém, se na tabela 46 considerarmos somente os números das Varas Criminais, excluindo os casos das Varas Federais, observamos diferença significativa¹⁵², entre as distribuições de sexo, podendo ser inferido que há uma proporção maior de mulheres envolvidas no DF.

A distribuição dos processos quanto ao sexo do acusado aponta a preponderância de réus do sexo masculino. É significativa, contudo, a proporção de criminalizadas do sexo feminino, em especial na Vara Federal do RJ, onde se verifica o percentual de 35,5%, muito superior ao índice de 16,1% encontrado nas Varas Criminais do mesmo estado. Destaca-se, no DF, o número de mulheres criminalizadas, especialmente nas Varas locais, com o percentual de 26,9%.

A presença feminina cada vez mais significativa nesse tipo de crime é identificada, normalmente, pelo crescente envolvimento de mulheres no tráfico de drogas, em quantidade superior ao que se constata em outros tipos de delito.

Tabela 48 Distribuição de frequência do tipo de defesa

ÓRGÃO JULGADOR	DEFESA NA SENTENÇA					TOTAL
	Defensor público	Advogado particular	NPJ/UniDF	Outro	Sem informação	
DF VC	70 (21,0%)	44 (13,2%)	20 (6,0%)	-	200 (59,8%)	334 (100,0%)
DF VF	1 (20,0%)	3 (60,0%)	-	-	1 (20,0%)	5 (100,0%)
RJ VC	77 (25,8%)	104 (34,9%)	-	-	117 (39,3%)	298 (100,0%)
RJ VF	7 (7,5%)	57 (61,3%)	-	2 (2,2%)	27 (29,0%)	93 (100,0%)
TOTAL	155 (21,2%)	208 (28,5%)	20 (2,7%)	2 (0,3%)	345 (47,3%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Nota-se que praticamente metade das sentenças não têm informado o tipo de defesa, o que prejudica a análise dessa variável. A esse respeito, foi observado pelos pesquisadores que os juízes não tem por hábito incluir esse dado acerca da defesa do réu na sentença, sendo necessário consultar a distribuição do processo para obter tal informação, o que não pôde ser feito no prazo desta pesquisa. Não obstante, considera-se tal análise muito importante, pois, com tais dados, poder-se-á avaliar o acesso à justiça pelos acusados de tráfico de drogas, possível objeto de outra investigação.

¹⁵² Valor-p = 0,001394 no teste do qui-quadrado.

As Tabelas 49 e 50 apresentam a frequência de ocorrência de cada tipo de droga, independentemente da ocorrência combinada com outras drogas. Logo, os percentuais não somam 100%. Considerando as três drogas mais frequentes, as mesmas ocorrem nas seguintes combinações, conforme as Tabelas 51, 52 e 53, a seguir.

Tabela 49 Distribuição de frequência do tipo de droga por órgão julgador - DF

DROGA	DF		FREQ.	PERC.
	VC	VF		
Maconha	159	-	159	46,9%
Merla	115	-	115	33,9%
Cocaína	91	5	96	28,3%
Sem inf.	21	-	21	6,2%
Heroína	12	-	12	3,5%
Crack	8	-	8	2,4%
Haxixe	3	-	3	0,9%
Outras	3	-	3	0,9%
Ecstasy	-	-	-	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

As diferenças regionais se destacam nesse item, pois, no DF, a droga mais encontrada nos processos pesquisados foi a maconha, com 46,9% dos casos, figurando em segundo lugar a merla, e em terceiro a cocaína. Nas Varas Federais a ocorrência é apenas de cocaína.

Embora não se possa identificar diretamente os dados encontrados nos registros oficiais dos processos com a realidade, diante do filtro do controle social formal, observa-se que os achados em relação às demais substâncias têm percentuais inferiores, mas é significativa a posição da heroína, com 3,5%, superior ao *crack*, com 2,4%, embora este tenha mais destaque nos meios de comunicação. Por outro lado, não houve nenhum processo no RJ que envolvesse heroína, o que denota mais uma diferença entre as duas cidades.

Tabela 50 Distribuição de frequência de combinações do tipo de droga – DF

MACONHA	COCAÍNA	MERLA	OUTROS	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM
X	-	-	-	102	30,1%
-	-	X	-	79	23,3%
-	X	-	-	52	15,3%
X	X	-	-	24	7,1%
-	-	-	-	23	6,8%
X	-	X	-	22	6,5%
-	-	-	X	12	3,5%
-	X	X	-	10	2,9%
X	-	-	X	5	1,5%
-	X	-	X	3	0,9%
X	X	-	X	3	0,9%
X	X	X	-	3	0,9%
-	X	X	X	1	0,3%
TOTAL				339	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Em vista da tabela 50, no DF, o tráfico, no universo pesquisado, é predominantemente de uma única droga. Havendo combinação, prevalece a de maconha e cocaína (7,1%).

Tabela 51 Distribuição de frequência do tipo de droga por órgão julgador – RJ

DROGA	RJ		FREQ.	PERC.
	VC	VF		
Cocaína	187	91	278	71,1%
Maconha	209	-	209	53,5%
Haxixe	20	-	20	5,1%
Crack	17	-	17	4,3%
Sem inf.	15	-	16	4,1%
Ecstasy	9	-	9	2,3%
Outras	5	-	7	1,8%
Merla	-	-	-	-
Heroína	-	-	-	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

No RJ a cocaína, em primeiro lugar, seguida da maconha e do haxixe, foram as três drogas mais encontradas nos processos. Nas Varas Federais, a cocaína é a única droga apreendida, o que determina, no RJ, a prevalência dessa droga em relação às demais. Vale chamar a atenção para o *ecstasy*, com 2,3% de frequência – droga que não aparece no DF, como visto na tabela anterior.

Tabela 52 Distribuição de frequência de combinações do tipo de droga – RJ

MACONHA	COCAÍNA	MERLA	OUTROS	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM
	x			145	37,1%
x	x			105	26,9%

x			77	19,7%
x	x		23	5,9%
			17	4,3%
		x	15	3,8%
	x	x	5	1,3%
x		x	4	1,0%
TOTAL			391	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

No RJ, a combinação prevalecente também é de maconha e cocaína, mas numa proporção mais significativa que no DF.

Tabela 53 Distribuição de frequência da quantidade de maconha – VC do DF

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1g	1	0,9%	0,9%
De 1g a 10g	16	13,9%	14,8%
De 10g a 100g	62	53,9%	68,7%
De 100g a 1kg	17	14,8%	83,5%
De 1kg a 10kg	10	8,7%	92,2%
De 10kg a 100kg	9	7,8%	100,0%
Mais de 100kg	0	0,0%	100,0%
TOTAL	115	100,0%	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

O valor médio da quantidade de maconha apreendida que consta dos processos da VC do DF é de 2,4 kg, sendo que em 50% dos casos, a quantidade apresentada foi de até 51,6 g. O menor valor foi 0,35 g e o maior 43,7 kg. Quantidade informada em 72,3% dos processos. A quantidade não informada em 27,7% dos casos se explica pela ausência de indicação na sentença ou porque a indicação é feita à embalagem ou recipiente, como “cigarro”, “trouxinha” entre outras. Quase 70% dos processos se referem à quantidade de maconha inferior a 100 g, o que revela a criminalização de pequenas quantidades como tráfico.

O maior percentual de apreensões, na Tabela acima, foi de quantidades compreendidas entre 10 e 100 g, que ocorreu em 53,9% dos casos.

Tabela 54 Distribuição de frequência da quantidade de maconha – VC do RJ

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1g	2	1,1%	1,1%
De 1g a 10g	12	6,7%	7,9%
De 10g a 100g	75	42,1%	50,0%
De 100g a 1kg	56	31,5%	81,5%
De 1kg a 10kg	24	13,5%	94,9%
De 10kg a 100kg	6	3,4%	98,3%
Mais de 100kg	3	1,7%	100,0%
TOTAL	178	100,0%	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

O valor médio da quantidade de maconha apreendida que consta dos processos da VC do RJ é de 25,7 kg, sendo bastante superior à média do DF. Em 50% dos casos, a quantidade apresentada foi de até 104 g. O menor valor foi 0,16 g e o maior 3,6 t. Quantidade informada em 85,2% dos casos (quantidade não informada em 14,8% dos casos). Em 7,9% das ocorrências, a quantidade encontrada foi de até 10 g, percentual inferior ao DF (quase 15%).

O maior percentual de apreensões, na tabela acima, foi de quantidades compreendidas entre 10 e 100 g, que ocorreu em 42,1% dos casos.

A pequena quantidade (inferior a 10 g) de maconha encontrada nos processos, tanto no RJ quanto no DF, caracterizando tráfico, eventual posse para consumo, pode denotar uma tendência repressiva.

Tabela 55 Distribuição de frequência da quantidade de cocaína – VC do DF

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1g	2	3,4%	3,4%
De 1g a 10g	12	20,3%	23,7%
De 10g a 100g	14	23,7%	47,5%
De 100g a 1kg	17	28,8%	76,3%
De 1kg a 10kg	11	18,6%	94,9%
De 10kg a 100kg	3	5,1%	100,0%
Mais de 100kg	0	0,0%	100,0%
TOTAL	59	100,0%	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

O valor médio da quantidade de cocaína apreendida que consta dos processos da VC do DF é de 1,6 kg, sendo que em 50% dos casos, a quantidade apresentada foi de até 106 g. O menor valor foi 0,3 g e o maior 17,6 kg. Quantidade informada em 64,8% dos casos (quantidade não informada em 35,2% dos casos).

A faixa de quantidade prevalente está entre 100 g a 1 kg, em 28,8% dos casos.

Tabela 56 Distribuição de frequência da quantidade de cocaína – VC do RJ

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1g	13	8,6%	8,6%
De 1g a 10g	40	26,5%	35,1%
De 10g a 100g	59	39,1%	74,2%
De 100g a 1kg	23	15,2%	89,4%
De 1kg a 10kg	16	10,6%	100,0%
De 10kg a 100kg	0	0,0%	100,0%
Mais de 100kg	0	0,0%	100,0%
TOTAL	151	100,0%	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

O valor médio da quantidade de cocaína apreendida que consta dos processos da VC do RJ é de 661,2 g, sendo que em 50% dos casos, a quantidade apresentada foi de até 21,9 g. O menor valor foi 0,23 g e o maior 9,9 kg. Quantidade informada em 80,7% dos casos (quantidade não informada em 19,3% dos casos).

No RJ, a faixa de quantidade prevalente está entre 10 e 100 g, que ocorre em 39,1% dos casos (inferior, portanto, à faixa prevalente no DF).

O valor médio de quantidade apreendida no RJ também é inferior àquela encontrada no DF.

Tabela 57 Distribuição de frequência da quantidade de cocaína – VF do RJ

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1g	0	0,0%	0,0%
De 1g a 10g	3	3,4%	3,4%
De 10g a 100g	0	0,0%	3,4%
De 100g a 1kg	18	20,2%	23,6%
De 1kg a 10kg	64	71,9%	95,5%
De 10kg a 100kg	4	4,5%	100,0%
Mais de 100kg	0	0,0%	100,0%
TOTAL	89	100,0%	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

O valor médio da quantidade de cocaína apreendida que consta dos processos da VF do RJ é de 3,3 g, sendo que em 50% dos casos, a quantidade apresentada foi de até 2 kg. O menor valor foi 1,9 g e o maior 23,1 kg. Quantidade informada em 98% dos casos.

Nas Varas Federais do RJ, a faixa de quantidade prevalente está entre 1 e 10 kg, que corresponde a 71,9% dos casos. Houve apenas quatro casos de quantidades superiores a 10 kg.

Não foi elaborada tabela para as Varas Federais do DF, devido ao pequeno número de processos (5 casos).

Tabela 58 Distribuição de frequência da quantidade de merla – VC do DF

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1g	1	1,4%	1,4%
De 1g a 10g	6	8,5%	9,9%
De 10g a 100g	17	23,9%	33,8%
De 100g a 1kg	31	43,7%	77,5%
De 1kg a 10kg	15	21,1%	98,6%
De 10kg a 100kg	1	1,4%	100,0%
Mais de 100kg	0	0,0%	100,0%
TOTAL	71	100,0%	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

O valor médio da quantidade de merla apreendida que consta dos processos da VC do DF é de 984 g, sendo que em 50% dos casos, a quantidade apresentada foi de até 252 g. O menor valor foi 0,35 g e o maior 13,4 kg. Quantidade informada em 61,7% dos casos (quantidade não informada em 38,3% dos casos).

Tabela 59 Distribuição de frequência da situação processual do réu

ÓRGÃO JULGADOR	SITUAÇÃO PROCESSUAL DO RÉU					T O
	Preso em flagrante	Decretada a prisão no curso do processo	Liberdade provisória sem fiança	Liberdade provisória com fiança	Sem informação	
DF VC	279 (83,5%)	38 (11,4%)	9 (2,7%)	1 (0,3%)	7 (2,1%)	
DF VF	4 (80,0%)	-	-	-	1 (20,0%)	
RJ VC	274 (91,9%)	15 (5,0%)	2 (0,7%)	-	7 (2,3%)	
RJ VF	92 (98,9%)	-	-	-	1 (1,1%)	
TOTAL	649 (88,9%)	53 (7,3%)	11 (1,5%)	1 (0,1%)	16 (2,2%)	

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Deve-se registrar, no DF e no RJ, a expressiva maioria dos casos é de presos em flagrante, o que sugere casualidade no encontro da droga (hipótese que pode ser melhor avaliada numa análise qualitativa posterior). No caso da Justiça Federal do RJ todos os casos iniciaram por flagrante.

Tabela 60 Distribuição de frequência da tipificação na denúncia

ÓRGÃO JULGADOR	Art. 33, caput	Art. 33, § 1º, I	Art. 33, § 1º, III	Art. 33, § 3º	art. 35	Lei n. 6.368/76	NI	Total
DF VC	325 (97,3%)	3 (0,9%)		1 (0,3%)	1 (0,3%)	1 (0,3%)	3 (0,9%)	334 (100,0%)
DF VF	5 (100,0%)							5 (100,0%)
RJ VC	293 (98,3%)	1 (0,3%)	1 (0,3%)		1 (0,3%)	2 (0,7%)		298 (100,0%)
RJ VF	93 (100,0%)							93 (100,0%)
Total	716 (98,1%)	4 (0,6%)	1 (0,1%)	1 (0,1%)	2 (0,3%)	3 (0,4%)	3 (0,4%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Prevalece amplamente o caput do art. 33, com poucas ocorrências das outras hipóteses previstas na lei.

Tabela 61 Distribuição de frequência do tipo de concurso material na denúncia

ÓRGÃO JULGADOR	CONCURSO MATERIAL NA DENÚNCIA					TOTAL
	Não há	Associação	Posse de armas	Outro crime	Não informado	
DF VC	216 (64,7%)	59 (17,7%)	3 (0,9%)	1 (0,3%)	55 (16,5%)	334 (100,0%)
DF VF	2 (40,0%)	1 (20,0%)	-	2 (40,0%)	-	5 (100,0%)
RJ VC	150 (50,3%)	90 (30,2%)	33 (11,1%)	23 (7,7%)	2 (0,7%)	298 (100,0%)
RJ VF	73 (78,5%)	17 (18,3%)	-	3 (3,2%)	-	93 (100,0%)
TOTAL	441 (60,4%)	167 (22,9%)	36 (4,9%)	29 (4,0%)	57 (7,8%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Nesse sentido, na média de 60,4% não há concurso material entre o crime de tráfico e quaisquer outros. Ressalte-se, porém, algumas diferenças. No DF, em quase 65% dos casos não há e nas Varas Federais do RJ o percentual sobe para 78,5%. Dentre os crimes mais encontrados no concurso está a associação para o tráfico, que no RJ alcança o índice de 30,2% dos casos.

Tabela 62 Distribuição de frequência - concurso material na denúncia – outros crimes – DF

CONCURSO MATERIAL - OUTROS	FREQUÊNCIA
Art. 132, 147, 344, 331 e 140, §3º	1
Art. 307 do CP	1
Art. 1º da Lei n. 2.252/54	1

Tabela 63 Distribuição de frequência do tipo de concurso material na denúncia – outros crimes – RJ

CONCURSO MATERIAL - OUTROS	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Art. 35 Lei n. 11.343/06 e art. 16, Lei n. 10.826/03	6	23,1%
Art. 333, CP	5	19,2%
Art. 16 Lei n. 10.826/03 c/c art.180 CP	4	15,4%
Art. 307, CP	2	7,7%
Art. 35 Lei n. 11.343/06 c/c art.1º Lei n. 2.252/54	2	7,7%
Art. 150, §1º, CP	1	3,8%
Art. 16, IV, Lei n. 10.826/03 e art. 288 CP	1	3,8%
Art. 289, § 1º, CP.	1	3,8%
Art. 299, CP	1	3,8%
Art. 333, CP c/c art.16, par.ún. Lei n. 10.826/03 c/c art. 1º Lei n. 2.253/54	1	3,8%
Art. 35 Lei n. 11.343 e art. 14 Lei n. 10.826/03	1	3,8%
Art. 35 Lei n. 11.343/06 c/c art.16 Lei n. 10826/06 c/c art. 359 §1º, CP	1	3,8%
Total	26	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Pela escolha de população estudada, todas as sentenças são condenatórias.

Tabela 64 Distribuição de frequência da tipificação na sentença

ÓRGÃO JULGADOR	caput	§ 1º, I	§ 1º, II	§ 1º, III	§ 3º	TOTAL
DF VC	331 (99,1%)	1 (0,3%)	-	-	2 (0,6%)	334 (100,0%)
DF VF	5 (100,0%)	-	-	-	-	5 (100,0%)
RJ VC	290 (97,3%)	1 (0,3%)	1 (0,3%)	6 (2,0%)	-	298 (100,0%)
RJ VF	93 (100,0%)	-	-	-	-	93 (100,0%)
TOTAL	719 (98,5%)	2 (0,3%)	1 (0,1%)	6 (0,8%)	2 (0,3%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 65 Distribuição de frequência do concurso material na sentença

ÓRGÃO JULGADOR	CONCURSO MATERIAL NA SENTENÇA					TOTAL
	Não há	Associação	Posse de armas	Outro crime	Não informado	
DF VC	241 (72,2%)	36 (10,8%)	2 (0,6%)	-	55 (16,5%)	334 (100,0%)
DF VF	4 (80,0%)	-	-	1 (80,0%)	-	5 (100,0%)
RJ VC	195 (65,4%)	47 (15,8%)	42 (14,1%)	11 (3,7%)	3 (1,0%)	298 (100,0%)
RJ VF	83 (89,2%)	5 (5,4%)	-	5 (5,4%)	-	93 (100,0%)
TOTAL	523 (71,6%)	88 (12,1%)	44 (6,0%)	17 (2,3%)	58 (7,9%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Na comparação entre as tabelas 61 e 65 pode-se concluir que houve um percentual de mais de 10% de afastamento, na sentença, do concurso material imputado na denúncia. Assim, em 71,6% das sentenças condenatórias não foi reconhecido concurso de crimes. Dos condenados por tráfico de drogas nas Varas Criminais do DF apenas em 10,8% houve condenação por tráfico em concurso material com associação. No RJ esse mesmo percentual é de 15,8%. O concurso de tráfico com posse de armas tem representatividade mínima no DF, aumentando no RJ onde alcança 14,1% .

Tabela 66 Distribuição de frequência do tipo de concurso material na sentença – outros crimes – DF

CONCURSO MATERIAL - OUTROS	FREQUÊNCIA
Art. 307,CP	1

Tabela 67 Distribuição de frequência do tipo de concurso material na sentença – outros crimes – RJ

CONCURSO MATERIAL - OUTROS	FREQUÊNCIA
Art. 333, CP	3
Art. 289, CP	2
Art. 307,CP	2
Art. 150, §1º, CP	1
Art. 16, IV, Lei n. 10.826/03 e art. 288, CP	1
Art. 16, par. ún, Lei n. 10.826/03 e art.180, CP	1
Art. 180, CP	1
Art. 299, CP	1
Art. 304, CP	1
Art. 35 Lei n. 11.343/06 c/c art. 16 Lei n. 10.826/06 c/c art. 329 §1º CP	1
Art. 35, Lei n. 11.343/06 e art. 16, Lei n. 10.826/03	1
Art. 35, Lei n. 11.343/06 e art. 16, par.ún,III, Lei n.10.826/03	1
Total	16

Tabela 68 Distribuição de frequência do tipo de antecedentes do acusado

ÓRGÃO JULGADOR	ANTECEDENTES DO ACUSADO					TOTAL
	Primário	Reincidente	Maus antecedentes	Primário e maus antecedentes	Sem informação	
DF VC	127 (38,0%)	68 (20,4%)	59 (17,7%)	2 (0,6%)	78 (23,4%)	334 (100,0%)
DF VF	3 (60,0%)	1 (20,0%)	1 (20,0%)	-	-	5 (100,0%)
RJ VC	198 (66,4%)	50 (16,8%)	21 (7,0%)	1 (0,3%)	28 (9,4%)	298 (100,0%)
RJ VF	75 (80,6%)	2 (2,2%)	3 (3,2%)	-	13 (14,0%)	93 (100,0%)
TOTAL	403 (55,2%)	121 (16,6%)	84 (11,5%)	3 (0,4%)	119 (16,3%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Nas Varas Criminais do DF a percentagem de 23,4% de falta de informação impede qualquer avaliação conclusiva. Já nas Varas Criminais do RJ, ressalta a maioria dos acusados de primários e somente 16,8% de reincidentes. Também se destaca a percentagem de mais de 80% de primários nas Varas Federais do RJ.

Tabela 69 Distribuição de frequência de aumento e/ou diminuição da pena (art. 40) – DF

AUMENTO DA PENA	DIMINUIÇÃO DA PENA			TOTAL
	SIM	NÃO	NI	
SIM	56	47	5	108
NÃO	95	93	4	192
NÃO INFORMADO	2	-	37	39
TOTAL	153	140	46	339

Ressalte-se que em 56 casos concorreram causas de aumento e de diminuição. Ao revés, em 93 casos não ocorreu nem aumento nem diminuição.

Tabela 70 Distribuição de frequência de aumento e/ou diminuição da pena (art. 40) - RJ

AUMENTO DA PENA	DIMINUIÇÃO DA PENA			TOTAL
	SIM	NÃO	NI	
SIM	92	54	-	146
NÃO	114	130	-	244
NÃO INFORMADO	-	-	1	1
TOTAL	206	184	1	391

Tabela 71 Distribuição de frequência do aumento da pena por órgão julgador (art. 40)

ÓRGÃO JULGADOR	HOUE AUMENTO DA PENA?		TOTAL
	SIM	NÃO	
DF VC	103 (30,8%)	231 (69,2%)	334 (100,0%)
DF VF	5 (100,0%)	-	5 (100,0%)
RJ VC	56 (18,8%)	242 (81,2%)	298 (100,0%)
RJ VF	90 (96,8%)	3 (3,2%)	93 (100,0%)
TOTAL	254 (34,8%)	476 (65,2%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 72 Distribuição de frequência do motivo de aumento da pena (art. 40) – DF

MOTIVO DE AUMENTO	DF VC	DF VF	FREQ.	PERC.
Estabelecimento prisional	44	-	44	40,7%
Tráfico interestadual	21	2	23	21,3%
Envolvimento de criança ou adolescente	18	-	18	16,7%
Reincidência	11	-	11	10,2%
Escola ou hospital	3	-	3	2,8%
Shows ou local de diversões	2	-	2	1,9%
Transnacionalidade do delito	-	2	2	1,9%
Sem informação	3	-	3	2,8%

Imediação de trabalho coletivo	1	-	1	0,9%
Local em que foi praticado e tráfico interestadual	-	1	1	0,9%
TOTAL	103	5	108	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Observa-se a prevalência, dentre as causas de aumento de pena previstas no art. 40, a ocorrência majoritária da circunstância “estabelecimento prisional”, com percentual de 40,7%. O dado leva à reflexão sobre a necessidade de pesquisas específicas sobre o uso de drogas nas prisões.

Tabela 73 Distribuição de frequência do motivo de aumento da pena – RJ

MOTIVO DE AUMENTO	RJ VC	RJ VF	FREQ.	PERC.
Transnacionalidade do delito	-	90	90	61,6%
Estabelecimento prisional	15	-	15	10,3%
Natureza da substância ou produto	11	-	11	7,5%
Tráfico interestadual	9	-	9	6,2%
Violência/ grave ameaça/arma de fogo	6	-	6	4,1%
Transporte público	5	-	5	3,4%
Envolvimento de criança ou adolescente	4	-	4	2,7%
Pluralidade de crimes	3	-	3	2,1%
Shows ou local de diversões	1	-	1	0,7%
Escola ou hospital	1	-	1	0,7%
Reincidência	1	-	1	0,7%
Total	56	90	146	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 74 Distribuição de frequência do motivo de aumento da pena – VC RJ

MOTIVO DE AUMENTO	RJ VC	PERC.
Estabelecimento prisional	15	26,8%
Natureza da substância ou produto	11	19,6%
Tráfico interestadual	9	16,1%
Violência/ grave ameaça/arma de fogo	6	10,7%
Transporte público	5	8,9%
Envolvimento de criança ou adolescente	4	7,1%
Pluralidade de crimes	3	5,4%
Shows ou local de diversões	1	1,8%
Escola ou hospital	1	1,8%
Reincidência	1	1,8%
Total	56	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Prevalece, dentre as causas de aumento de pena previstas no art. 40, a ocorrência majoritária da circunstância “estabelecimento prisional”, com percentual de 26,8%. O

dado, como já foi dito a propósito da tabela 72, leva à reflexão sobre a necessidade de pesquisas específicas sobre o uso de drogas nas prisões.

Tabela 75 Distribuição de frequência da quantidade de aumento da pena por órgão julgador

ÓRGÃO JULG.	QUANTIDADE DE AUMENTO DA PENA								TOTAL
	2/3	1/2	1/3	1/4	1/5	1/6	OUTRA	NI	
DF VC	8 (7,8%)	3 (2,9%)	43 (41,7%)	1 (1,0%)	-	27 (26,2%)	12 (11,7%)	9 (8,7%)	103 (100,0%)
DF VF	-	-	1 (20,0%)	-	-	4 (80,0%)	-	-	5 (100,0%)
RJ VC	3 (5,4%)	2 (3,6%)	2 (3,6%)	1 (1,8%)	1 (1,8%)	43 (76,8%)	2 (3,6%)	2 (3,6%)	56 (100,0%)
RJ VF	-	-	-	-	16 (17,8%)	74 (82,2%)	-	-	90 (100,0%)
TOTAL	11 (4,3%)	5 (2,0%)	46 (18,1%)	2 (0,8%)	17 (6,7%)	148 (58,3%)	14 (5,5%)	11 (4,3%)	254 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 76 Distribuição de frequência da redução da pena por órgão julgador

ÓRGÃO JULGADOR	HOUE REDUÇÃO DA PENA?		TOTAL
	SIM	NÃO	
DF VC	178 (53,3%)	156 (46,7%)	334 (100,0%)
DF VF	2 (40,0%)	3 (60,0%)	5 (100,0%)
RJ VC	132 (44,3%)	166 (55,7%)	298 (100,0%)
RJ VF	74 (79,6%)	19 (20,4%)	93 (100,0%)
TOTAL	359 (49,2%)	371 (50,8%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

A redução da pena é mais frequente nas Varas Federais do RJ. Na comparação entre Varas Criminais do DF e do RJ, observa-se ligeira diferença entre os percentuais: enquanto no DF houve mais casos de redução da pena pelo §4º do art. 33 (em 53,3% houve redução), o que superou os casos de denegação, no RJ ocorreu o contrário: na maioria dos casos (55,7%) foi denegada a redução, enquanto que, em 44,4% das ocorrências foi concedida pelo juiz a redução.

Tabela 77 Distribuição de frequência do motivo da redução da pena – DF

MOTIVO DA REDUÇÃO DA PENA	DF VC	DF VF	FREQ.	PERC.
§ 4º, art. 33	145	2	147	96,1%
Colaboração premiada	2	-	2	1,3%
Outros	4	-	4	2,6%
TOTAL	151	2	153	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

O motivo de redução da pena mais utilizado no DF é o § 4º do art. 33.

Tabela 78 Distribuição de frequência de redução da pena – outros – DF

REDUÇÃO DA PENA	FREQUÊNCIA
Primariedade	2
Art. 41	1
Dependência química – capacidade de determinação	1
TOTAL	4

Tabela 79 Distribuição de frequência do motivo da redução da pena – RJ

MOTIVO DA REDUÇÃO DA PENA	RJ VC	RJ VF	FREQ.	PERC.
§ 4º, art. 33	128	72	200	97,1%
Colaboração premiada	-	1	1	0,5%
Tentativa	-	1	1	0,5%
Outros	4	-	4	1,9%
TOTAL	132	74	206	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

O motivo de redução da pena mais utilizado no RJ é o § 4º do art. 33.

Tabela 80 Distribuição de frequência de redução da pena – outros – RJ

REDUÇÃO DA PENA	FREQUÊNCIA
Confissão espontânea	3
65, I CP	1
TOTAL	4

Tabela 81 Distribuição de frequência da quantidade de redução da pena por órgão julgador

ÓRG. JULG.	QUANTIDADE DE REDUÇÃO DA PENA									TOT.
	2/3	1/2	2/5	1/3	1/4	1/5	1/6	6 m	NI	
DF VC	70 (46,4%)	5 (3,3%)	1 (0,7%)	18 (11,9%)	3 (2,0%)	1 (0,7%)	47 (31,1%)	-	6 (3,9%)	151 (100,0%)
DF VF	-	-	-	1 (50,0%)	-	-	1 (50,0%)	-	-	2 (100,0%)
RJ VC	43 (32,6%)	19 (14,4%)	-	10 (7,6%)	13 (9,8%)	2 (1,5%)	41 (31,1%)	2 (1,5%)	2 (1,5%)	132 (100,0%)

									(%)	
RJ VF	52 (70,3%)	5 (6,8%)	1 (1,4%)	10 (13,5%)	-	4 (5,4%)	2 (2,7%)	-	-	74 (100,0%)
TOTAL	165 (46,0%)	29 (8,1%)	2 (0,6%)	39 (10,9%)	16 (4,5%)	7 (1,9%)	91 (25,3%)	2 (0,6%)	8 (2,2%)	359 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento

Tabela 82 Distribuição de frequência da razão para a denegação da redução da pena – DF

RAZAO DA DENEGAÇÃO DA REDUÇÃO	DF VC	DF VF	FREQ.	PERC.
Sem justificativa	62	1	63	39,7
Não possui bons antecedentes	59	1	60	37,7
Não é primário	20	1	21	13,2
Dedica-se a atividades criminosas sem condenação anterior, com base em meras suspeitas	7		7	4,4
Integra organização criminosa por meras suspeitas (inquéritos)	3		3	1,9
Integra organização criminosa com base em condenação anterior sem trânsito em julgado	1		1	0,6
Não informado	4		4	2,5
TOTAL	156	3	159	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 83 Distribuição de frequência da razão para a denegação da redução da pena – RJ

RAZAO DA DENEGAÇÃO DA REDUÇÃO	DF VC	DF VF	FREQ.	PERC.
Sem justificativa	62	5	67	36,2%
Dedica-se a atividades criminosas sem condenação anterior, com base em meras suspeitas	33	4	37	20,0%
Não é primário	32		32	17,3%
Integra organização criminosa por meras suspeitas (inquéritos)	22		22	11,9%
Não possui bons antecedentes	11	2	13	7,0%
Outros	2	7	9	4,9%
A pena já se encontra no mínimo legal	2	1	3	1,6%
Equivalência com o aumento que deveria ocorrer pelo art. 40	2		2	1,1%
TOTAL	166	19	185	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Chama atenção o elevado índice de não redução de pena sem justificativa que, no DF, alcança 39,7% e, no RJ, 36,2%. Quanto à segunda maior incidência de motivo de denegação da redução, no DF, tem-se, com 37,7%, “não possuir bons antecedentes”

e, com 13,2%, “não ser primário”, sendo de incidência reduzida as demais circunstâncias.

No RJ, em segundo lugar, com 20% das ocorrências, aparece a seguinte situação: o juiz considerou que o acusado se dedicaria às atividades criminosas, mesmo sem condenação anterior, com base em meras suspeitas, o que pode ser considerado inconstitucional, tendo em vistas que são levadas em conta circunstâncias ainda não comprovadas como desfavoráveis ao réu, e isso acaba impedindo a redução da pena.

A título de exemplo, consta de uma das sentenças examinadas¹⁵³, que “quem vende drogas em favelas e/ou comunidades dominadas por facções criminosas não pode fazer jus a tal benefício” – em referência ao § 4º do art. 33. Trata-se, portanto, de importante questão a ser investigada: se há preconceito dos magistrados com relação a moradores de favelas e se este fator prejudica o acusado na sentença, como parece ser o caso.

Tabela 84 Distribuição de frequência da quantidade de pena de prisão

ÓRGÃO JULGADOR	QUANTIDADE DE PENA DE PRISÃO				TOTAL
	Abaixo do mínimo	Mínima de 5 anos	Acima do mínimo	Não informado	
DF VC	140 (41,92%)	25 (7,49%)	168 (50,30%)	1 (0,30%)	334 (100,00%)
DF VF	1 (20,00%)	-	4 (80,00%)	-	5 (100,00%)
RJ VC	124 (41,61%)	63 (21,14%)	110 (36,91%)	1	298 (100,00%)
RJ VF	73 (78,49%)	1 (1,08%)	19 (20,43%)	-	93 (100,00%)
TOTAL	338 (46,30%)	89 (12,19%)	301 (41,23%)	2 (0,27%)	730 (100,00%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Destaca-se, aqui, o percentual de mais de 78% de penas aplicadas abaixo do mínimo legal nas Varas Federais do RJ, enquanto que nas Varas Estaduais, esse percentual fica em torno de 41% dos casos, tanto no RJ como no DF, que apresentam índices semelhantes.

Nas Varas Criminais do RJ, em que pese o fato de que 66,4% dos acusados serem primários (Tabela 68), somente 41,61% dos acusados tiveram sua pena fixada abaixo do mínimo, ou seja, os demais, apesar de primários não fizeram jus à redução da pena abaixo do mínimo.

Observa-se que, embora em porcentagens equilibradas, prevaleceu a frequência de penas inferiores ao mínimo nas Varas Criminais do RJ, embora o mesmo não tenha

¹⁵³ Ref. questionários número 463 e 464, do RJ.

ocorrido nas Varas Criminais do DF, onde prevaleceu a aplicação de penas acima do mínimo.

Tabela 85 Distribuição de frequência do tipo de pena aplicada

ÓRGÃO JULGADOR	Privativa de liberdade sem substituição	Substituição por restritiva de direitos	Sursis	Medida de Segurança	Não informado	Total
DF VC	323 (96,7%)	4 (1,2%)	-	-	7 (2,1%)	334 (100,0%)
DF VF	5 (100,0%)	-	-	-	-	5 (100,0%)
RJ VC	292 (98,0%)	1 (0,3%)	4 (1,3%)	1 (0,3%)	-	298 (100,0%)
RJ VF	93 (100,0%)	-	-	-	-	93 (100,0%)
Total	713 (97,7%)	5 (0,7%)	4 (0,5%)	1 (0,1%)	7 (1,0%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 86 Distribuição de frequência da quantidade dias-multa

ÓRGÃO JULGADOR	QUANTIDADE DE DIAS-MULTA					TOTAL
	ABAIXO	MÍNIMO	MÉDIO	MÁXIMO	NI	
DF VC	97 (29,0%)	58 (17,4%)	159 (47,6%)	5 (1,5%)	15 (4,5%)	
DF VF	3 (60,0%)	1 (20,0%)	1 (20,0%)	-	-	
RJ VC	122 (40,9%)	65 (21,8%)	111 (37,2%)	-	-	
RJ VF	73 (78,5%)	10 (10,8%)	9 (9,7%)	-	1 (1,1%)	
TOTAL	295 (40,4%)	134 (18,4%)	280 (38,4%)	5 (0,7%)	16 (2,2%)	

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 87 Distribuição de frequência do valor do dia-multa

ÓRGÃO JULGADOR	VALOR MÍNIMO	OUTROS VALORES	NÃO INFORMADO	TOTAL
DF VC	232 (69,5%)	15 (4,5%)	87 (26,0%)	334 (100,0%)
DF VF	4 (80,0%)	1 (20,0%)	-	5 (100,0%)
RJ VC	291 (97,7%)	-	7 (2,3%)	298 (100,0%)
RJ VF	91 (97,8%)	2 (2,2%)	-	93 (100,0%)
TOTAL	618 (84,7%)	18 (2,5%)	94 (12,9%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 88 Distribuição de frequência do regime inicial

ÓRGÃO JULGADOR	FECHADO	SEMI-ABERTO	ABERTO	NÃO INFORMADO	TOTAL
DF VC	327 (97,9%)	1 (1,5%)	5 (1,5%)	1 (0,3%)	334 (100,0%)
DF VF	5 (100,0%)	-	-	-	5 (100,0%)
RJ VC	284 (95,3%)	10 (3,4%)	3 (1,0%)	1 (0,3%)	298 (100,0%)
RJ VF	85 (91,4%)	1 (1,1%)	5 (5,4%)	2 (2,2%)	93 (100,0%)
TOTAL	701 (96,0%)	12 (1,6%)	13 (1,8%)	4 (0,5%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 89 Distribuição de frequência da pena substitutiva

Órgão Julgador	Não há	Prestação Pecuniária	Prestação de serviços	Limitação de fim de semana	N/I	TOTAL
DF VC	293 (87,7%)	3 (0,9%)	1 (0,3%)	-	37 (11,1%)	334 (100,0%)
DF VF	5 (100,0%)	-	-	-	-	5 (100,0%)
RJ VC	294 (98,7%)	-	2 (0,7%)	1 (0,3%)	1 (0,3%)	298 (100,0%)
RJ VF	93 (100,0%)	-	-	-	-	93 (100,0%)
TOTAL	685 (93,8%)	3 (0,4%)	3 (0,4%)	1 (0,1%)	38 (5,2%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Em somente quatro casos (0,5%) foram especificadas condições do sursis, conforme tabela abaixo.

Tabela 90 Distribuição de frequência das condições do sursis

CONDIÇÕES DO SURSIS	FREQUÊNCIA
a ser determinado pela VEP	2
1, 3, 4 e 5	1
3, 4 e 5	1
TOTAL	4

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 91 Distribuição da nacionalidade do réu

ÓRGÃO JULGADOR	NACIONALIDADE DO RÉU			TOTAL
	Brasileira	Estrangeira	Sem informação	
DF VC	323 (96,7%)	-	11 (3,3%)	334 (100,0%)
DF VF	5 (100,0%)	-	-	5 (100,0%)
RJ VC	199 (66,8%)	-	99 (33,2%)	298 (100,0%)
RJ VF	14 (15,1%)	64 (68,8%)	15 (16,1%)	93 (100,0%)
TOTAL	541 (74,1%)	64 (8,8%)	125 (17,1%)	730 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 92 Distribuição da nacionalidade do réu – estrangeiros – por continente

NACIONALIDADE DO RÉU - ESTRANGEIROS	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Africana	26	40,6%
Sul-americana	7	10,9%
Europeia	7	10,9%
Europeia do Leste	1	1,6%
Asiática	1	1,6%
Não informada/em dúvida	22	34,4%
TOTAL	64	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 93 Distribuição da nacionalidade do réu – estrangeiros

NACIONALIDADE DO RÉU - ESTRANGEIROS	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Angolana	21	32,8%
Colombiana	3	4,7%
Paraguaia	3	4,7%
Sul africana	2	3,1%
Espanhola	2	3,1%
Holandesa	2	3,1%
Alemã e paraguaia	1	1,6%
Argentina	1	1,6%
Filipina	1	1,6%
Inglesa	1	1,6%
Italiana	1	1,6%
Moçambicana	1	1,6%
Nigeriana	1	1,6%
Portuguesa	1	1,6%
Guineense (República da Guiné)	1	1,6%
Romena	1	1,6%
Não informada	21	32,8%
TOTAL	64	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

3.5 Análise dos acórdãos do Rio de Janeiro e do Distrito Federal

Foram coletados 271 acórdãos coletados, nos diversos tribunais, distribuídos conforme consta da tabela a seguir.

Tabela 94 Distribuição do número de acórdãos por órgão julgador – antes da limpeza

ÓRGÃO JULGADOR	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
TJ RJ	79	29,2%
TRF 2	14	5,2%
TJ DF	139	51,3%
TRF 1	39	14,4%
TOTAL	271	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Somente 176 referiam-se a apelações criminais.

Tabela 95 Distribuição do número de acórdãos por tipo de recurso – antes da limpeza

TIPO DE RECURSO	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Apelação criminal	176	64,9%
Habeas Corpus	77	28,4%
Recurso em Sentido Estrito	5	1,8%
Outros	13	4,8%
TOTAL	271	100,0%

A distribuição destas pela tipificação da sentença está resumida na Tabela 95.

Tabela 96 Distribuição do número de acórdãos por tipificação na sentença e no acórdão

TIPIFICAÇÃO NA SENTENÇA	TIPIFICAÇÃO NO ACÓRDÃO				TOTAL
	ABSOLVIÇÃO	LEI ANTERIOR	LEI ATUAL	N/I	
LEI ANTERIOR	2	39	8	1	50
LEI ATUAL		2	116	6	124
NÃO INFORMADO			1	1	2
TOTAL	2	41	125	8	176

Excluindo-se os acórdãos em que a tipificação tanto da sentença como do acórdão refere-se à lei anterior, e retirando-se também os não informados, restaram 128 acórdãos assim distribuídos por órgão julgador:

Tabela 97 Distribuição do número de acórdãos por órgão julgador

ÓRGÃO JULGADOR	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
TJ RJ	73	57,0%
TRF 2	14	10,9%
TJ DF	38	29,7%
TRF 1	3	2,3%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Quanto ao tipo de decisão colegiada veja-se a Tabela 97.

Tabela 98 Distribuição do número de acórdãos por tipo de decisão colegiada

DECISÃO COLEGIADA	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Condenatória	107	83,6%
outros, qual?	14	10,9%
Desclassificatória	5	3,9%
Absolutória	2	1,6%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 99 Distribuição do número de acórdãos por órgão julgador

ÓRGÃO JULGADOR	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
TJ RJ	73	57,0%
TRF 2	14	10,9%
TJ DF	38	29,7%
TRF 1	3	2,3%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 100 Informa outros acusados

ÓRGÃO JULGADOR	INFORMA OUTROS ACUSADOS			TOTAL
	NÃO	SIM	NÃO INFORMADO	
TJ RJ	58 (79,5%)	15 (20,5%)	-	73 (100,0%)
TRF 2	12 (85,7%)	2 (14,3%)	-	14 (100,0%)
TJ DF	25 (65,8%)	10 (26,3%)	3 (7,9%)	38 (100,0%)
TRF 1	2 (66,7%)	1 (33,3%)	-	3 (100,0%)
TOTAL	97 (75,8%)	28 (21,9%)	3 (2,3%)	128 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Nas apelações criminais julgadas pelo TJ/RJ, 80% tratam de acusados que respondem ao processo individualmente, ou seja, que não têm corréus. Apenas 20,5% dos casos se referem a mais de um acusado, situação esta que ainda é mais acentuada quando analisamos os julgados de segunda instância. Comparativamente ao DF, estes julgados apresentam 65,8% de processos de somente um acusado.

Tabela 101 Informa outros acusados - quantos

OUTROS ACUSADOS	ÓRGÃO JULGADOR				TOTAL	
	TJ RJ	TRF 2	TJ DF	TRF1	FREQ.	PERC.
1	2	-	5	1	8	28,6%
2	1	-	2	-	3	10,7%
6	-	-	2	-	2	7,1%
8	-	-	1	-	1	3,6%
Não informado	12	2	-	-	14	50,0%
TOTAL	15	2	10	1	28	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 102 Distribuição de frequência do sexo do acusado

ÓRGÃO JULGADOR	SEXO DO ACUSADO		TOTAL
	MASCULINO	FEMININO	
TJ RJ	62 (84,9%)	11 (15,1%)	73 (100,0%)
TRF 2	8 (57,1%)	6 (42,9%)	14 (100,0%)
TJ DF	27 (71,1%)	11 (28,9%)	38 (100,0%)
TRF 1	3	-	3 (100,0%)
TOTAL	100 (78,1%)	28 (21,9%)	128 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Embora à primeira vista o DF apresente uma proporção maior de mulheres do que o RJ, ao somarmos as ocorrências dos dois tribunais do RJ e os dois do DF, teremos a distribuição da Tabela 47, a qual já não evidencia tanto essa diferença. De fato, o teste do qui-quadrado para independência resultou em um valor-p = 0,4829, não permitindo rejeitar a hipótese de igualdade de distribuição de sexo do acusado.

Observa-se que nos julgados analisados, o percentual de mulheres não é tão destacado, conforme se analisou na primeira instância. Por outro lado, no TRF2 temos 42,6% de mulheres como réis nos processos de tráfico de drogas.

Tabela 103 Distribuição de frequência do sexo do acusado – por estado

ÓRGÃO JULGADOR	SEXO DO ACUSADO		TOTAL
	MASCULINO	FEMININO	
RJ	70 (80,5%)	17 (19,5%)	87 (100,0%)
DF	30 (73,2%)	11 (26,8%)	41 (100,0%)
TOTAL	100 (78,1%)	28 (21,9%)	128 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 104 Distribuição de frequência dos recorrentes

Órgão Julgador	RECURSO INTERPOSTO POR					Total
	Defensor Público	Advogado Particular	Ministério Público	Outros	Não informado	
TJ RJ	18 (24,7%)	16 (21,9%)	6 (8,2%)	4 (5,5%)	29 (39,7%)	73 (100,0%)
TRF 2	4 (28,6%)	8 (57,1%)	-	2 (14,3%)	-	14 (100,0%)
TJ DF	1 (2,6%)	3 (7,9%)	3 (7,9%)	1 (2,6%)	30 (78,9%)	38 (100,0%)
TRF 1	-	1 (33,3%)	1 (33,3%)	-	1 (33,3%)	3 (100,0%)
TOTAL	23 (18,0%)	28 (21,9%)	10 (7,8%)	7 (5,5%)	60 (46,9%)	128 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Diante do alto número de processos nos quais não foi informado o tipo de defesa a que o acusado teve acesso, não é possível tirar conclusões sobre essa questão, que mereceria ser aprofundada em eventual continuação da pesquisa.

Tabela 105 Distribuição de frequência dos recorrentes - outros

RECURSO INTERPOSTO – OUTROS	FREQUÊNCIA	ÓRGÃO JULGADOR
Advogado e MP	3	TJ RJ
	1	TJ DF
Advogado dativo	2	TRF 2
Defensor Público e MP	1	TJ RJ
TOTAL	7	-

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 106 Distribuição de frequência da situação processual do réu

SITUAÇÃO PROCESSUAL DO RÉU	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Preso em flagrante	96	75,0%
Decretada a prisão na sentença	12	9,4%
Preso por outro processo	2	1,6%
Cumprir medida sócio-educativa	1	0,8%
Decretada a prisão no curso do processo	1	0,8%
Não informado	16	12,5%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Também aqui chama a atenção o fato de que 75% dos réus no universo pesquisado respondem ao processo presos em flagrante.

Tabela 107 Distribuição de frequência da situação processual do réu por órgão julgador

ÓRGÃO JULGADOR	SITUAÇÃO PROCESSUAL DO RÉU		TOTAL
	preso em flagrante	decretada a prisão na sentença	
TJ RJ	59	-	59
TRF 2	14	-	14
TJ DF	20 (62,5%)	12 (37,5%)	32 (100,0%)
TRF 1	3	-	3
TOTAL	96 (88,9%)	12 (11,1%)	108 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Especificamente com relação ao Rio de Janeiro, no universo analisado, todos os acusados respondiam ao processo presos em flagrante. Porém, destaca-se uma diferença nos dados do TJ/DF, onde 37,5% dos casos tiveram a prisão decretada na sentença. Tal divergência pode ser explicada por erro de interpretação no preenchimento do formulário, devendo ser aprofundada tal análise oportunamente, para verificar as razões de tal ocorrência.

Tabela 108 Distribuição do número de acórdãos por tipificação na sentença x tipificação no acórdão

TIPIFICAÇÃO NA SENTENÇA	TIPIFICAÇÃO NO ACÓRDÃO			TOTAL
	LEI ATUAL	LEI ANTERIOR	ABSOLVIÇÃO	
LEI ATUAL	116	2	-	124
LEI ANTERIOR	8	-	2	50
TOTAL	125	41	2	176

Tabela 109 Distribuição de frequência do tipo de concurso material na sentença

CONCURSO MATERIAL	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Não há	108	84,3%
Art. 35 (associação)	13	10,2%
Outro crime	7	5,5%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Esta Tabela se refere à incidência de concurso material nas sentenças que foram objeto de recurso à segunda instância, que confirma a constatação já feita na análise das sentenças de que, na ampla maioria dos casos analisados, não há concurso (material) de crimes, respondendo os réus somente pelo delito do tráfico. Dentre os casos nos quais foi constatado o concurso, o de maior incidência é o do art. 35 (associação para o tráfico), com 10,2% das incidências.

Na Tabela que descreve a situação após a decisão de segunda instância, mantém-se padrão semelhante.

Tabela 110 Distribuição de frequência do tipo de concurso material – outros crimes

CONCURSO MATERIAL – OUTROS CRIMES	FREQÜÊNCIA	PERCENTUAL
Posse de arma	5	71,4%
Corrupção ativa	2	28,6%
TOTAL	7	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

No percentual ínfimo de 5,5% do total de casos, tem-se como segunda maior incidência a posse ilegal de armas como hipótese de concurso material com o delito de tráfico de drogas.

Por definição da população de processos em estudo, todos têm tipo de recurso apelação criminal.

Tabela 111 Distribuição de frequência do resultado do recurso

RESULTADO DO RECURSO	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
não provido	71	55,5%
provido em parte	51	39,8%
provido	6	4,7%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Com relação ao resultado, observa-se, no geral, que a maior parte dos casos é de apelações criminais não providas, ou seja, casos em que foi mantida a sentença. Em 39,8% dos casos tem-se recursos providos em parte. Diante disso, se pode concluir que as chances de um condenado por tráfico de drogas (até porque estão quase todos presos em flagrante) ter a sua condenação reformada em segunda instância é muito pequena. Para uma maior precisão na avaliação desta variável, seria necessário comparar tal percentual com outros delitos, o que não foi objeto de estudo nessa pesquisa, mas que merece maiores reflexões.

Tabela 112 Distribuição de frequência do resultado do recurso – por órgão julgador

ORGAO JULGADOR	NÃO PROVIDO	PROVIDO EM PARTE	PROVIDO	TOTAL
TJ RJ	45 (61,6%)	24 (32,9%)	4 (5,5%)	73 (100,0%)
TRF 2	6 (42,9%)	8 (57,1%)	-	14 (100,0%)
TJ DF	20 (52,6%)	16 (42,1%)	2 (5,3%)	38 (100,0%)
TRF 1	-	3	-	3 (100,0%)
TOTAL	71 (55,5%)	51 (39,8%)	6 (4,7%)	128 (100,0%)

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

De forma comparada entre os juízos investigados, tem-se que o maior índice de recursos providos em parte está no TRF2, que teve um índice de 57,1% das apelações providas em parte, devendo ser destacado que este índice no TJ/DF é maior do que no TJ/RJ.

Tabela 113 Distribuição de frequência da decisão colegiada

DECISÃO COLEGIADA	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Condenatória	115	89,8%
Desclassificatória	5	3,9%
Outros	5	3,9%
Absolutória	2	1,6%
Não informado	1	0,8%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Como consequência da situação antes referida, em apenas 3,9% dos casos houve decisão desclassificatória, sendo que a absolvição só ocorreu em 1,6% dos casos no universo investigado.

Tabela 114 Distribuição de frequência da decisão colegiada - outros

DECISÃO COLEGIADA - OUTROS	FREQUÊNCIA
Aplicação da lei mais benéfica - art. 28	1
Aplicação da redução do art.33, § 4º	1
Não aplicação § 4º; regime inicial fechado	1
Recurso prejudicado. De ofício: art. 28 CPP	1
Redimensionou pena - recurso da Defesa.MP-improvido	1
TOTAL	5

Tabela 115 Distribuição de frequência do concurso material no acórdão

CONCURSO MATERIAL	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Não há	113	88,3%
Art. 35 (associação)	11	8,6%
Outro crime	4	3,1%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Nesta Tabela que descreve a situação após a decisão de segunda instância, mantem-se praticamente a mesma situação encontrada na Tabela 61, só que o percentual ficou um pouco maior, alcançando aqui 88,3%, mantendo-se as maiores incidências de concurso material de crimes o tráfico de drogas com associação e, em segundo lugar, o porte de armas.

Tabela 116 Distribuição de frequência do concurso material – outro crime

CONCURSO MATERIAL – OUTRO CRIME	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Posse de arma	3	75%
Corrupção ativa	1	25%
TOTAL	4	100%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 117 Distribuição de frequência do tipo de decisão

DECISAO	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Unânime	115	89,8%
Por maioria, vencido o relator	8	6,3%
Por maioria, vencido o vogal	3	2,3%
Não informado	2	1,6%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

No universo analisado, a esmagadora maioria dos recursos teve decisão unânime, o que permite concluir haver pouca divergência entre os desembargadores nos processos envolvendo tráfico de drogas.

Tabela 118 Distribuição de frequência do tipo de antecedentes do acusado

ANTECEDENTES DO ACUSADO	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Primário e de bons antecedentes	41	32,0%
Reincidente	25	19,5%
Primário	17	13,3%
Maus antecedentes	10	7,8%
Sem informação	35	27,3%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Nesse caso, o alto índice de falta de informações pode prejudicar a análise. No entanto, na maioria dos casos nos quais havia essa informação (que nem sempre consta do acórdão do julgado de segunda instância), se tratava de apelante primário e de bons antecedentes.

Tabela 119 Distribuição de frequência do motivo de aumento da pena

MOTIVO DO AUMENTO DA PENA	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Não houve aumento	94	73,4%
Transnacionalidade do delito	15	11,7%
Estabelecimento prisional	4	3,1%
Violência/ grave ameaça/arma de fogo	4	3,1%
Envolvimento de criança ou adolescente	2	1,6%
Tráfico interestadual	2	1,6%
Reincidência	1	0,8%
Não informado	6	4,7%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Observa-se que somente em 28 processos (equivalente a 21,9%) houve aumento de pena. Na ampla maioria dos casos não houve circunstância que levasse ao aumento de pena com base no art. 40 da nova Lei de Drogas. A distribuição do motivo de aumento por órgão julgador encontra-se na tabela 118.

Tabela 120 Distribuição de frequência do motivo de aumento da pena por órgão julgador

MOTIVO DO AUMENTO DA PENA	TJ RJ	TRF 2	TJ DF	TRF 1	TOTAL
Violência/ grave ameaça/arma de fogo	4	-	-	-	4
Tráfico interestadual	1	-	1	-	2
Envolvimento de criança ou adolescente	2	-	-	-	2
Transnacionalidade do delito	-	13	-	2	15
Estabelecimento prisional	-	-	4	-	4
Reincidência	-	-	1	-	1
TOTAL	7	13	6	2	28

Dentre os poucos casos em que houve aumento de pena, a circunstância mais encontrada nos processos foi a de violência ou grave ameaça ou uso de arma de fogo, sendo elementar o aumento da pena pela transnacionalidade do delito nos casos do TRF 2, por ser este o motivo que leva à competência da Justiça Federal.

Tabela 121 Distribuição de frequência do motivo de aumento da pena por quantidade de aumento

AUMENTO DA PENA	1/3 (33,3%)	2/7 (28,6%)	1/5 (20%)	1/6 (16,7%)	10 meses	N/I	TOTAL
Violência/ grave ameaça/arma de fogo	1	-	-	3	-	-	4
Tráfico interestadual	-	-	-	2	-	-	2
Envolvimento de criança ou adolescente	-	1	-	-	1	-	2
Transnacionalidade do delito	-	-	3	9	-	3	15
Estabelecimento prisional	-	-	-	3	-	1	4
Reincidência	-	-	-	-	-	1	1
TOTAL	1	1	3	17	1	5	28

A Tabela acima indica que não há orientação comum aos juízes no estabelecimento de quantidades de aumento, sendo pulverizadas as incidências.

Tabela 122 Distribuição de frequência de redução da pena

REDUÇÃO DA PENA	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Não houve redução	66	51,6%
§ 4º, art. 33	47	36,7%
Correção da dosimetria	1	0,8%
Confissão espontânea	1	0,8%
Afastamento, art. 40, VI	1	0,8%
Sem informação	12	9,4%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Observa-se aqui que, em mais de metade (51,6%) dos casos, não houve redução da pena com base no art. 33, § 4º. Houve redução da pena em 50 casos, o que representa 39,1% do total e nesses tem-se 36,7% de hipóteses em que foi aplicada tal causa de redução de pena.

Tabela 123 Distribuição de frequência do motivo de redução da pena por órgão julgador

MOTIVO DA REDUÇÃO DA PENA	TJ RJ	TRF 2	TJ DF	TRF 1	TOTAL
§ 4º, art. 33	25	10	9	3	47
Correção da dosimetria	-	-	1	-	1
Confissão espontânea	-	-	1	-	1
Afastamento, art. 40, VI	-	-	1	-	1
TOTAL	25	10	12	3	50

Tabela 124 Distribuição de frequência do motivo de redução da pena por quantidade de redução

REDUÇÃO PENA	2/3 (66,7%)	1/2 (50%)	1/3 (33,3%)	1/6 (16,7%)	1 ano	3 meses	NI	Total
§ 4º, art. 33	25	1	8	12	-	-	1	47
Correção da dosimetria	-	-	-	-	1	-	-	1
Confissão espontânea	-	-	-	-	-	1	-	1
afastamento, art. 40, VI	-	-	1	-	-	-	-	1
TOTAL	25	1	9	12	1	1	1	50

Por outro lado, é majoritário o percentual da redução de 2/3.

Tabela 125 Distribuição de frequência da razão para a denegação da redução da pena

RAZAO DA DENEGAÇÃO DA REDUÇÃO	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Sem justificativa	18	27,3%
Não é primário	15	22,7%
Se dedica a atividades criminosas sem condenação anterior, com base em meras suspeitas	13	19,7%
Integra organização criminosa por meras suspeitas (inquéritos)	6	9,1%
Não possui bons antecedentes	3	4,5%
Absolvição	2	3,0%
Não foi pedida a redução da pena	2	3,0%
Não há pena de detenção	2	3,0%
As condições do art. 46, L. 11343, não se aplicam ao réu	1	1,5%
Pena-base fixada no mínimo legal. Não pode ir aquém deste patamar na segunda fase do processo trifásico	1	1,5%
Sem informação	3	4,5%
TOTAL	66	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Além de ter sido constatado um alto índice de denegação da aplicação da causa especial de redução de pena sem justificativa (em 27,3% dos casos), as duas maiores razões apontadas para a rejeição da redução são, em primeiro lugar o fato de o réu não ser primário (22,7% dos casos), ou se dedicar a atividades criminais, sem condenação anterior (com 19,7% dos casos). Neste último caso, merece ser melhor investigada tal motivação, pois considera-se que tal situação pode ser declarada inconstitucional, pelo princípio da presunção de inocência, pela necessidade de comprovação nos autos de tal circunstância.

Tabela 126 Distribuição de frequência da quantidade de pena de prisão

QUANTIDADE DE PENA DE PRISÃO	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Abaixo do mínimo	61	47,7%
Mínima de 5 anos	12	9,4%
Acima do mínimo	42	32,8%
Sem informação/não se aplica	13	10,2%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

A Tabela ora em análise surpreende quando se percebe que o maior índice de penas aplicadas (47,7%) se situa abaixo do mínimo, sendo que em 32,8% dos casos a pena aplicada foi acima do mínimo, havendo poucos casos de sanção penal no mínimo de 5 anos (equivalente a 9,4% apenas dos casos).

Tabela 127 Distribuição de frequência do tipo de pena aplicada

QUANTIDADE DE PENA DE PRISÃO	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Privativa de liberdade sem substituição	116	90,6%
Medida sócioeducativa	1	0,8%
Sem informação/não se aplica	11	8,6%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Com relação à pena de multa, a mesma situação identificada na Tabela 124 se repete.

Tabela 128 Distribuição de frequência da quantidade dias-multa

QUANTIDADE DE PENA DE PRISÃO	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Abaixo do mínimo legal	45	35,2%
Mínimo legal - 500 dias-multa	14	10,9%
Médio - entre 500 e 1500 dias-multa	46	35,9%
Sem informação/não se aplica	23	18,0%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tabela 129 Distribuição de frequência do valor do dia-multa

VALOR DO DIA-MULTA	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
1/30 SM (mínimo legal)	76	59,49%
1/20 SM	1	0,8%
Sem informação	51	39,8%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Com relação à pena de multa, no entanto, há prevalência na cominação do valor no mínimo legal, apesar do alto percentual de falta de informações nos acórdãos.

Tabela 130 Distribuição de frequência do regime inicial

REGIME INICIAL	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Regime fechado	110	85,9%
Regime aberto	4	3,1%
Sem informação	14	10,9%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

Tendo em vista que a lei determina expressamente o regime inicialmente fechado para o delito de tráfico de drogas, essa circunstância foi confirmada pela pesquisa. Apenas em quatro casos os julgadores aplicaram outro regime inicial. E não há indicação de aplicação pena substitutiva à prisão.

Tabela 131 Distribuição de frequência das condições do sursis

CONDIÇÕES DO SURSIS	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Não há	120	93,8%
Medidas educativas do art. 28: serviços a comunidade e curso educativo	1	0,8%
Prestação de serviços por 5 meses	1	0,8%
Sem informação	6	4,7%
TOTAL	128	100,0%

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

CONCLUSÃO

A seguir são retomadas as perguntas e respondidas com base nos resultados da pesquisa bibliográfica e empírica.

1. *Qual é o atual modelo de política de drogas seguido pelo Brasil e quais as possibilidades de sua alteração diante do quadro legal dos tratados internacionais de controle de drogas?*

O Brasil adota um proibicionismo moderado¹⁵⁴, tendo ratificado e implementado todos os tratados internacionais de controle de drogas em seu direito interno. O país mantém dois sistemas de controle diferenciados, que se complementam: o controle penal com relação ao tráfico se apresenta na forma de proibicionismo clássico, com altas penas, além de ser delito inafiançável e insuscetível de *sursis*, graça e anistia, sendo vedada a liberdade provisória e a conversão em penas restritivas de direitos, por ter sido equiparado a hediondo pela CF/88. Por outro lado, o controle penal sobre o uso de drogas mais se aproxima de um proibicionismo moderado, pois apesar de ainda estar criminalizado, a nova lei prevê apenas medidas alternativas não privativas de liberdade ao usuário. Tal modelo coexiste com as políticas oficiais de redução de danos, ainda que tal estratégia não aplicada de forma ampla, em todas as suas modalidades.

Após a última reunião da Comissão de Drogas Narcóticas da ONU, quando se destacou a ausência de consenso entre os países, e pelas diferenças de rumo nas políticas dos Estados-membros, entende-se que o Brasil pode e deve repensar sua própria política, mesmo fora dos limites dos tratados, por meio de uma interpretação compatível com os direitos humanos.

2. *Quais são as possibilidades de adoção de um novo paradigma de controle de drogas pela comunidade internacional e qual o papel do Brasil?*

Como visto, na última reunião da CND em 2009, apesar das expectativas, foi mantido o sistema atual, o que atesta a dificuldade desse tipo de alteração da política internacional, a não ser que haja vontade política dos países hegemônicos. Contudo, considera-se que a expressão pública da discordância dos 25 países que assinaram a

¹⁵⁴ Vide os modelos de controle de drogas, na forma proposta por Luciana Boiteux sua tese de doutorado intitulada “O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade”. Faculdade de Direito da USP, 2006.

declaração interpretativa e as próprias exposições das políticas internas dos Estados-membros, nem todas harmônicas com relação às linhas mestras da política de drogas mundial, provou que o Consenso de Viena chegou ao fim.

Observa-se o absoluto descrédito do sistema de controle internacional de drogas com base nas três convenções internacionais, diante da sua incapacidade de alcançar os fins a que se propunha, bem como de sua ineficiência e da violação de direitos humanos, o que pode ser avaliado pela manutenção do alto consumo de drogas ilícitas, especialmente nos EUA, e dos altos custos sociais da política de drogas nos países periféricos, como no Brasil, onde a violência é outro efeito colateral da “guerra às drogas”. O momento atual, portanto, permite a abertura de caminhos outros para que os países se voltem para si e busquem soluções alternativas, adequadas à sua realidade social.

Pode-se, portanto, vislumbrar para o futuro uma maior abertura em alguns países da América Latina em direção a uma política de drogas mais humana e menos repressiva, acompanhada da ampliação das redes de redução de danos, com mais investimentos nessa seara. Porém se consideram ainda distantes as possibilidades de mudanças nas políticas oficiais da ONU, embora o UNODC pareça cada vez mais aberto, enquanto órgão executivo, para aceitar alguma flexibilização em relação ao usuário.

O papel do Brasil na referida reunião foi atuante e expressivo na afirmação de sua política oficial de redução de danos, embora não tenha subscrito a declaração interpretativa por razões “geopolíticas” definidas pelo Itaramaty. Nesse sentido, o Brasil poderá influenciar, no futuro, a alteração da política latino-americana de drogas, por ter a mais avançada proposta da região, ainda que esta precise ser aperfeiçoada e ampliada.

3. Tais tratados são constitucionais e respeitam os direitos humanos igualmente previstos em convenções internacionais?

Os tratados internacionais de direitos humanos norteiam toda a ordem jurídica internacional e interna, não sendo aceitável, do ponto de vista constitucional, que medidas penais previstas nos tratados internacionais de controle de drogas possam se sobrepor aos direitos e garantias individuais. Há aspectos dos tratados internacionais de drogas que devem ser revistos e/ou interpretados de forma restritiva, especialmente a criminalização do usuário.

Destaque-se que a Convenção contra o Tráfico de Drogas de 1988, em seu artigo 3º, n. 2¹⁵⁵, menciona expressamente os limites constitucionais do direito interno em relação à criminalização do uso de drogas, ou seja, o texto convencional reconhece expressamente a prevalência da Constituição dos Estados-parte em relação à Convenção.

4. O art. 33 da Lei n. 11.343/06, atualmente em vigor, está adequado aos princípios constitucionais, especificamente ao princípio da proporcionalidade e taxatividade?

A Constituição Brasileira positiva direitos e garantias individuais em seu art. 5º, especificamente os princípios da legalidade, culpabilidade e humanidade, dentre outros, como basilares ao Estado Democrático de Direito. Conclui-se ainda, que, no direito brasileiro, a partir de 1988, passa-se a admitir o controle da proporcionalidade das leis por força do artigo 5º, LIV, ampliando-se o espectro da proteção aos direitos fundamentais e o campo de atuação do legislador. O mencionado princípio, no entanto, deve ser utilizado de forma a respeitar os limites entre as competências legislativas e a discricionariedade judicial.

O tipo penal do tráfico qualifica-se como tipo aberto, estabelece penas desproporcionais e não diferencia as diversas categorias de comerciantes de drogas observadas na realidade social. Além disso, a lei não é clara quanto à distinção entre a tipificação do uso e do tráfico, e o resultado disso é que o Poder Judiciário, além de aplicar uma lei punitiva e desproporcional, concede amplos poderes ao policial que primeiro tem contato com a situação. A atuação da polícia, nesse sistema, é ainda comprometida pela corrupção, que filtra os casos que chegam ao conhecimento do Judiciário. Este ciclo vicioso muito tem contribuído para a superlotação das prisões com pequenos traficantes pobres, e para a absoluta impunidade dos grandes.

A indeterminação da lei, e a alta pena mínima prevista, fazem com que os juízes e os demais operadores jurídicos fiquem reféns das provas apresentadas pela polícia, sendo a pena de prisão e a prisão provisória aplicadas de forma automática, uma vez que a lei veda a liberdade provisória e as penas alternativas, o que reforça a exclusão social e a violação aos direitos humanos, especialmente dos pequenos traficantes.

¹⁵⁵ “Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, a aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971.”

Outra relevante questão observada, em termos de proporcionalidade, é a absoluta irrelevância da pena em relação à substância ilícita e à quantidade de droga apreendida. Além de não haver coerência ou proporcionalidade entre a pena aplicada e a atuação do agente na estrutura deste comércio ilícito, a quantidade e o tipo de droga quase nunca são levados em consideração. Na maioria dos casos, quando isso ocorre, serve apenas para aumentar a pena aplicada, de forma desproporcional.

Com isso se conclui estar o campo jurídico alienado da realidade do fenômeno do comércio de drogas ilícitas. Por serem as penas desproporcionais, as penitenciárias estão cheias, ao mesmo tempo em que o comércio, a produção e a demanda por drogas aumentam seus lucros, servindo a política de drogas apenas como um meio puramente simbólico de proteção à saúde pública, mantendo, na prática, a tradição brasileira de repressão e controle social punitivo dos mais pobres e excluídos.

5. A atual redação do art. 33 da Lei n. 11.343/06 é adequada à realidade social do fenômeno que pretende regular e estabelece uma efetiva diferenciação entre os diferentes graus de participação no tráfico de drogas?

Com base nas conclusões dos cientistas sociais sobre o fenômeno do tráfico, ao se aproximar a reflexão jurídica da realidade social que as normas penais pretendem regular, conclui-se que o art. 33 não é adequado.

No presente estudo, percebeu-se a complexidade do fenômeno do comércio de drogas ilícitas, e suas particularidades de uma estrutura hierarquizada que segue modelos organizacionais locais distintos, e envolve diferentes graus de participação e importância. O estudo aponta para diferentes papéis nas “redes” do tráfico, desde as atuações mais insignificantes até as ações absolutamente engajadas e com domínio do fato final, porém o tipo penal não acompanha essas diferenças.

Ao contrário do modelo legal de controle penal, que se mostra estático e uniforme, o comércio de drogas é adaptado à economia e à diversidade locais. No entanto, no campo jurídico, a estratégia tem sido a seguinte: os tipos penais são genéricos e não diferenciam a posição ocupada pelo agente na rede do tráfico, sendo a escala penal altíssima; ausência de proporcionalidade das penas, e banalização da pena de prisão.

6. Quais os critérios legais previstos para essa distinção e quais as conseqüências penais, pela lei atual, para cada uma das categorias de usuário, traficante dependente, pequeno, médio e grande traficante? O § 4º do art. 33 da Lei de Drogas é suficiente para essa distinção?

Não há critérios legais previstos para essa distinção pois, como dito acima, a normativa jurídica ignora o real fenômeno do tráfico de drogas. O caput do art. 33 é amplo e aberto a interpretações, em vez de ser específico e limitador da intervenção penal. Não há critérios objetivos de diferenciação, a não ser a previsão do § 4º, que ainda assim apresenta defeitos em sua redação, pois depende da boa vontade dos juízes para ser aplicado.

Na pesquisa das sentenças se observou que a Justiça Federal do RJ aplica tal redução com mais freqüência, mas a Justiça Estadual ainda tem muitas resistências, o que faz com que haja muitos réus que, mesmo primários, recebem penas mais altas, pelo fato de a defesa não ter conseguido fazer prova negativa de seu envolvimento com o crime. O referido parágrafo deveria ter sido redigido de forma respeitosa ao princípio da presunção da inocência, de forma que somente poderia ser negada a redução quando a acusação provasse o habitual envolvimento do réu primário com outros crimes.

De acordo com a pesquisa e análise das sentenças judiciais coletadas no Rio de Janeiro e em Brasília, somente os “descartáveis” pequenos e microtraficantes, que representam os elos mais fracos da estrutura do comércio de drogas ilícitas sofrem a intensidade da repressão, e ainda recebem penas desproporcionais.

7. Quais os exemplos de outros países que adotam um modelo intermediário de controle que podem servir de paradigma para a modificação do sistema brasileiro?

Como proposta de investigação futura, sugere-se sejam estudados em maiores detalhes os modelos de Portugal, que descriminalizou o consumo de drogas e estabeleceu mecanismos legais de diferenciação entre usuário e traficante para fins de aplicação de medidas administrativas àquele, e o modelo holandês, pela separação entre drogas leves e pesadas, além da proposta inédita de tolerância com a venda de pequenas quantidades de *cannabis*, com o objetivo de impedir o contato de seus usuários com o mercado ilícito, já que ambas vêm apresentando bons resultados.

Na perspectiva de descriminalização do uso e da posse de drogas é necessário que se limite a atividade repressiva, dando condições ao usuário de se prevenir, por meio do *critério objetivo de quantidade*. Tal determinação de quantidade, no entanto, não seria vinculante para o juiz, que poderia considerar ainda outras circunstâncias em benefício do réu, mas não em seu desfavor.

Como inspiração, indica-se os exemplos de alguns países europeus. Na Holanda, não há persecução penal pela posse de até 5 g de *cannabis* e 0,2 g de outras drogas, enquanto que entre 5 e 30 g de maconha a punição é apenas multa; na Áustria a pequena quantidade é limitada a 2 g. Portugal, por outro lado, adota como critério a quantidade individual de 10 dias (dose diária admitida de 2,5 g de maconha, 0,5 g de haxixe e 0,5 g de THC). Também definem a quantidade de uso: Finlândia, Bélgica, República Tcheca, Dinamarca, Alemanha, Espanha¹⁵⁶.

Salo de Carvalho justifica essa medida objetiva de determinação da quantidade, para permitir a aplicação do princípio da insignificância, para presumir o uso pessoal em determinadas quantidades previamente estabelecidas, como também para diferenciar o tráfico simples do qualificado, citando como exemplo a ser seguido a legislação da Espanha.¹⁵⁷

Como exemplo concreto, na Espanha, com relação ao haxixe, até 50 g é atípica a posse para consumo pessoal, entre 50 g e 1 kg considera-se posse moderada, recaindo a figura do tráfico simples, enquanto que de 1 kg a 2,5 kg, incide a pena agravada, pela importância da quantidade. Acima de 2,5 kg, o tipo será do tráfico qualificado.¹⁵⁸

8. Quais as propostas de alteração do tipo penal, e/ou dos mecanismos jurídicos de substituição da pena privativa de liberdade a serem criados para dar uma resposta penal mais justa e proporcional aos condenados por este delito?

Em primeiro lugar, entende-se que a melhor estratégia para lidar com o problema é a *ampliação das políticas públicas de saúde*, razão pela qual se sugere o fortalecimento e a ampliação de medidas de *redução de danos*, mediante o reconhecimento dos direitos humanos dos usuários de drogas.

¹⁵⁶ Cf. EMCDDA. *Illicit drug use in the EU: legislative approach*. Lisbon: EMCDDA, 2005, p. 26.

¹⁵⁷ CARVALHO, Salo de. *A política...*, op. cit., p. 214.

¹⁵⁸ Conforme informa Salo de Carvalho, na Espanha, “a definição dos critérios e dos níveis de diferenciação (...) ocorre conforme cálculo realizado pelas agências sanitárias do consumo médio diário que necessitaria o dependente. Definida a média diária de cada droga, este valor é triplicado em razão de o consumo ser projetado para três dias”. Op. cit., p. 216.

Conforme o modelo português sugere-se *a descriminalização do uso e da posse não problemáticos*¹⁵⁹ de pequenas quantidades de todas as substâncias hoje ilícitas, especialmente da *cannabis*, mediante a determinação legal (ou administrativa) de quantidades máximas permitidas para a posse de cada uma das substâncias proibidas, levando em consideração a natureza da substância e sua potencialidade lesiva à saúde individual, ou seja, por meio da previsão de *critérios objetivos de determinação de quantidade*.

Com relação à escala penal do delito de tráfico, deve-se estabelecer diferenças entre drogas leves e pesadas, como ocorre em alguns países europeus, como a Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Holanda, Portugal e Reino Unido, criando-se escalas penais diferenciadas para as drogas leves e as pesadas.

Além disso, para se garantir a proporcionalidade na definição do crime de tráfico, *há que se diferenciar também a quantidade de droga apreendida, e o efetivo grau de participação do acusado no comércio considerado ilícito*. Neste sentido, a Alemanha prevê o critério de *quantidade insignificante* para determinar a resposta penal nos delitos de tráfico de drogas¹⁶⁰. Os pequenos traficantes são os varejistas que trabalham com quantidades menores, que poderiam ter sua escala penal reduzida.

Independentemente das possibilidades de exclusão ou redução de pena como hoje está previsto no art. 45 da Lei de Drogas, no caso do *traficante-dependente* sugere-se a previsão de uma escala penal menor, admitindo-se, ainda, a substituição por penas alternativas, para evitar a marginalização deste tipo de usuário. Destaque-se que o dependente se distingue do traficante-comerciante por praticar o comércio com o único objetivo de sustentar o seu vício, razão pela qual deveria ser tratado de forma mais branda, o que é admitido por algumas legislações europeias, como a austríaca.

Propõe-se ainda a melhoria da redação do tipo privilegiado de tráfico previsto no § 4º do art. 33, para delimitar de forma clara quem seria o pequeno traficante, ou seja, aquele primário, que atua sem violência, e não possui comprovada vinculação com a rede do tráfico, para o qual se admitiria expressamente as penas alternativas à prisão, na forma prevista na parte geral do Cód. Penal, para condenações até quatro anos.

¹⁵⁹ O “uso não problemático” refere-se ao uso por maiores de idade, em locais privados, sem causar distúrbios à ordem pública, sem atingir interesse de terceiros e sem o envolvimento de menores, além de excluir as hipóteses de posse de drogas na prisão e em estabelecimentos educacionais, prédios públicos ou locais frequentados por menores. É previsto em várias legislações europeias, como a belga e a espanhola.

¹⁶⁰ A legislação alemã prevê pena de até 5 anos para as chamadas “condutas básicas de tráfico”, e os casos mais sérios, nos quais as quantidades não sejam insignificantes, dentre outros fatores, que podem levar a uma pena entre um e 15 anos.

Considera-se essencial também a criação de possibilidades de substituição da pena, nesses casos, por medidas que incluam o comparecimento a cursos de qualificação profissional, e a facilitação da busca por emprego, de forma a conseguir afastá-los do comércio ilícito, pois somente assim se poderia reduzir o impacto negativo do sistema penitenciário sobre a população carcerária.

Tais medidas constituem um mínimo necessário para o início de um processo de adequação da Lei de Drogas brasileira a princípios constitucionais, e decorrem do reconhecimento da supremacia dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as convenções antidrogas do século passado.

Porém, estas propostas são insuficientes, senão para reduzir um pouco os danos sociais – notadamente a superlotação carcerária -, e reforçar a idéia de liberdade e tolerância, além da razoabilidade e proporcionalidade violadas pelo modelo proibicionista, que precisa ser superado, por absoluta desumanidade, ineficiência na proteção da saúde individual e coletiva e inequidade, além de sua absoluta irracionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARANA, Xabier; HUSAK, Douglas; SCHEERER, Sebastian (Coords.) *Globalización y drogas: políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos*. Madrid: Dykinson, 2003.

AVILA, Humberto B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BACILA, Carlos Roberto. *Comentários penais e processuais penais à lei de drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. Fundamentos ideológicos de la actual política criminal sobre drogas: reflexiones al rededor de la teoría del poder en Michel Foucault. In: RIPOLLÉS, José Luis, COPELLO, Patrícia Laurenzo. *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blach, 1993, p. 19-36.

_____. Introducción a una sociología de la droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias. Tradução de Maurício Martínez. In: SEMINARIO DE DERECHO PENAL E INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA. Estudios penales en memoria del profesor Augustin Fernandez-Albor, 1989. p. 73-91.

_____. Introducción a la criminología de la droga. Tradução de Maurício Martínez. *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, n. 41, p. 329-347, 1988.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 5-24, jan./mar. 1994.

BASSIOUNI, M. Cherif; THONY, Jean François. The international drug control system. In: BASSIOUNI, M. Cherif. (Org.). *International criminal law: crimes*. New York: Transnational Publishers, 1999. p. 905-948.

BATISTA, Nilo *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

_____. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1 e 2 sem. 1998.

BATISTA, Vanessa O. Da necessidade de interação das normas de direitos fundamentais com a normativa internacional no estado contemporâneo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 34, 02/11/2006 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1343.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

- _____. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n.2, p. 233-240, 1996.
- BIZZOTTO, Alexandre, RODRIGUES, Andréia de Brito. *Nova lei de drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BOEKHOUT VAN SOLINGE, Tim. *Drugs and decision-making in the European Union*. Amsterdam: Mets & Schilt; CEDRO, 2002.
- _____. Dutch drug policy in a european context. *Journal of Drug Issues*, v. 29, n. 3, p. 511-528, 1999. Pre-publication version.
- BOITEUX, Luciana. A nova lei antidrogas e aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.14, n.167, p. 8-9, out. 2006.
- _____. Quinze anos da lei dos crimes hediondos: reflexões sobre a pena de prisão no Brasil. *Revista Ultima Ratio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, n. 0, p. 107-133, 2006.
- _____. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. *Código Penal. Código de Processo Penal Constituição Federal*. Organização de Luiz Flávio Gomes. 8. ed. São Paulo: RT, 2007.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Narcotráfico*. Brasília, DF, 2000.
- BRASIL. *Lei antidrogas (2006)*. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas 2007.
- CABALLERO, Francis, BISIQU, Yann. *Droit de la drogue*. 2. ed. Paris : Dalloz, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra, Almedina, 1998.
- CARLINI, E.A. et al. *II Levantamento domiciliar sobre o uso de drogas psicotrópicas no Brasil*. 2005. São Paulo: CEBRID – Centro Brasileiro de Informações Sobre Drogas Psicotrópicas: UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo, 2005. Cf. http://obid.senad.gov.br/portais/OBID/index.php#II_lev_dom .
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil : estudo criminológico e dogmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Crimes contra a saúde pública. In: Márcio Iorio Aranha. (Org.). *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, v. I, p. 113-124.
- CASTRO, Lola Anyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983
- CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. El control de las drogas como um avance hacia condiciones totalitarias. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Criminología crítica y control social: el poder punitivo del Estado*. Rosario: Editorial Juris, 2000. v. 1.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. *Limites constitucionais do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COX, Robert W. Gramsci, hegemonia e Relações Internacionais: um Ensaio sobre o Método. GILL, Stephen (org.). *Gramsci, materialismo histórico e relações internacionais*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la. Legislación penal europea occidental comunitaria y comparada sobre drogas. *Doctrina Penal: teoria y practica en las ciencias penales*, Buenos Aires, v.14, n. 55/56, p. 421-457, jul./dic. 1991.

_____. La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo código penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 206-240, jan./mar. 2003.

DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12. p. 65-80, 2. sem 2002.

_____. Las drogas y sus discursos. In: PIERANGELI, José Enrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. 5, p. 115-146.

_____. ¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina. Caracas: Rosa del Olmo y Editorial Nueva Sociedad, primera edición, 1992.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Alternativas a la actual legislación sobre drogas. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n.46, p. 73-115, 1992.

_____. LAURENZO COPELLO, Patrícia (Coord.) *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valência: Tirant lo Blanch, 1993.

DUDOUET, François-Xavier. La formation du contrôle international des drogues. *Déviance et Société*, Liège, v. 23, n. 4, p. 395-419, déc. 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Direito, Filosofia e Interpretação. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, 3 (5):27-71, jan./jun. 1997.

EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUG ADDICTION. *Annual Report 2008: the state of the drugs problem in the acceding and candidate countries to the European Union*. Luxembourg: Office of Official Publications of the European Communities, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed.rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. 18.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1998.

FOURNIER, Guillaume. *Reforming the french drug system: a concrete proposal*. Disponível em:<<http://www.drugpolicy.org>> Acesso em: 20 ago. 2005.

GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Oxford: University Press, 2001.

_____. Introduction: the meaning of mass imprisonment. *Punish and Society: the international journal of penology*, London, v. 3, n. 1, p. 5-7, Jan. 2001. Special issue on mass imprisonment in the USA.

- GOMES, Abel Fernandes et al. *Nova lei antidrogas*. Niterói: Impetus, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio (Coord.) *Nova lei de drogas comentada*. São Paulo: RT, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio (Coord.) *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- GOMES, Mariângela G. M. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.
- GRECO, Luís. Tipos de autor e lei de tóxicos ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 226-238, abr./jun. 2003.
- GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006*. SP: Saraiva, 2008,.
- GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes (Coord.). *Nova lei antidrogas comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- GREIFF, Pablo de; GREIFF, Gustavo de (Orgs). *Moralidad, legalidad y drogas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- HASSEMER, Winfried. Segurança pública e Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 55-69, jan./mar. 1994.
- IGLESIAS, Gerardo. Direitos Humanos: dignidade e Alternativas na América Latina *in Direitos Humanos. Alternativas de Justiça Social na América Latina*. KEIL, Ivete; ALBUQUERQUE, Paulo; VIOLA, Sólón (org.). São Leopoldo: Unisinos, 2002. pp 209-214.
- KAHN, Túlio. Sistema penitenciário: mudanças de perfil dos anos 50 aos 90. *Revista do ILANUD*, São Paulo, n. 6, 1997.
- _____. *Cidades blindadas: ensaios de criminologia*. São Paulo: Sicurezza, 2002.
- KARAM, Maria Lucia. Políticas de drogas: alternativas à repressão penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 360-385, mar./abr. 2004.
- _____. Revisitando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 1, p. 133-146.
- KOPP, Pierre. *A economia da droga*. Tradução de Maria Elena Ortega Ortiz Assumpção. Bauru: EDUSC, 1998.
- MACLACHLAN, Colin M. (Ed.) *El narcotráfico: el estado de la industria ilegal de drogas hoy y las implicaciones para el futuro*. México: IICLA - Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas, 1995.
- MACNAUGHTON-SMITH, P. The Second Code: Toward (Or away from) an empiric Theory of Crime and Delinquency. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, V, 1969.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio. La política antidrogas en Colombia y el control constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 82-107, maio/jun. 2004.
- MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant la Blanch, 2007.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCrim, 1998.
- _____; GOULART, Sandra. As drogas ilícitas em São Paulo: o caso da Cracolândia. *Revista do ILANUD*, São Paulo, v. 15, 2001.
- MISSE, Michel. Ligações perigosas: mercado informal ilegal, narcotráfico e violência no Rio de Janeiro. *Contemporaneidade e Educação*, v. 1, n. 2 p. 93-116, 1997.
- _____. *Crime e Violência no Brasil Contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. O movimento: a constituição e reprodução das redes do mercado informal ilegal de drogas a varejo no Rio de Janeiro e seus efeitos de violência. In: BAPTISTA, Marcos; CRUZ, Marcelo Santos; MATIAS, Regina. *Drogas e pós-modernidade: faces de um tema proscrito*. Rio de Janeiro: UERJ/FAPERJ, 2003. v. 2, p. 147-156.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. *Constituição e inconstitucionalidade*. t. 2, 3. ed. rev. e act. Coimbra: Coimbra, 1991.
- NEUMANN, Ulfrid. O princípio da Proporcionalidade como princípio limitador da pena. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 205-232, 2008.
- OBSERVATÓRIO EUROPEU DA DROGA E DA TOXICODEPENDÊNCIA. *A cooperação nas políticas sobre as drogas e as toxicodependências*. Acta do seminário euro-ibero americano. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1999.
- _____. *Relatório Atual 2008: A evolução do fenômeno da droga na Europa*. Luxembourg: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2008.
- PALAZZO, Francesco C.. Dogmatica ed empiria nella questione di costituzionalità della legge antidroga. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 35, p. 308-323, 1992.
- _____. *Valores constitucionais e o direito penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989.
- PORET, Sylvaine. Paradoxical effects of law enforcement policies: the case of the illicit drug market. *International Review of Law and Economics*. n. 22, p. 465-493, 2003.
- PORTUGAL. *Novo código penal*. Porto: Vida Económica, 2000.
- PRADEL, Jean La droga e il sistema penale francese: problemi di diritto sostanziale e processuale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 37, p. 745-761, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 10. ed. Porto: Afrontamento, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, p. 60-122, 2004.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 853-861.

SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general: 500 dias no front da Segurança Pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

SOUZA, Rosinaldo Silva de. Narcotráfico y economía ilícita: las redes del crimen organizado en Río de Janeiro. *Revista Mexicana de Sociología*, v. 66, n. 1, enero-marzo, 2004, México, D F, p. 164-166.

STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIRES, Álvaro P. Consideraciones preliminares para una teoría del crimen como objeto paradójico. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 13 , p. 191-235, nov. 2001.

_____. *La politique législative et les crimes à double face: éléments pour une théorie pluridimensionnelle de la loi criminelle (drogues, prostitution, etc.)*. Ottawa: Université d'Ottawa, 2002.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Processo penal e estado de direito no Brasil: considerações sobre a fidelidade do juiz à lei penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 14, p. 95-112, 2004.

_____. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAZ, Josef. Legal principles and the limits of law. *The Yale Law Journal*, n. 81, 1971/1972, p. 823 854.

REALE JUNIOR, Miguel (Coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REIMAN, Jeffrey. *The rich get richer and the poor get prison*. 5.ed. Boston: Ally and Bacon, 1997.

RIBEIRO, Maurides de Melo. *Políticas Públicas e a Questão das Drogas: o impacto da política de redução de danos na legislação brasileira de drogas*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, 2007.

_____. As políticas públicas e a questão das drogas. *Boletim da Associação dos Juízes para a Democracia*, v. 35, p. 8-9, set./nov. 2005.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: RT, 2005.

RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: uma guerra na guerra*. São Paulo: Desatino, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 10 ed. Porto: Afrontamento, 1998.

SOUZA, Reginaldo Silva e. Narcotráfico y economía ilícita: las redes del crimen organizado en Río de Janeiro. *Revista Mexicana de Sociología*, v. 66, n. 1, enero-marzo, 2004, México, DF, p. 141-192.

SHECAIRA, Sergio Salomão. CORREA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: RT, 2002.

UNITED NATIONS. World Drug Report 2008. Disponível em: <http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2008.html>

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Consumo de drogas: reflexões sobre o novo quadro legal*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

VELHO, Gilberto. *Nobres e anjos: um estudo de tóxicos e hierarquia*. Rio de Janeiro: Ed.FGV, 1998.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. Crime castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n.13, p. 39-50, nov. 1999.

_____. Deadly symbiosis: when ghetto and prison meet and merge. *Punishment and Society: the International Journal of Penology*, London, n. 1, v. 3. p. 95-134, Jan. 2001.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas?* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. El sistema penal en los países de America Latina. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello (Org.). *Sistema penal para o terceiro milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 221-236.

_____. La legislación “anti-droga” latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 16-25, abr./mai./jun. 1990.

_____. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997.

ZALUAR, Alba. *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

Rio de Janeiro, 31 de Março de 2009.

Profa. Luciana Boiteux
Coordenadora

ANEXO I – FORMULÁRIO DE SENTENÇAS

GRUPO DE PESQUISAS EM POLÍTICA DE DROGAS E DIREITOS HUMANOS

Pesquisa: Tráfico de Drogas e Constituição

Faculdade Nacional de Direito/UFRJ e Universidade de Brasília

FORMULÁRIO PARA ANÁLISE DE SENTENÇAS

1. Órgão julgador

- (1) Vara Criminal RJ _____
- (2) Vara Federal RJ _____
- (3) Vara Criminal DF _____
- (4) Vara Federal DF _____

2. N.º do processo

3. Data da Sentença

4. Primeiro nome do(a) réu(ré):

5. Outros(as) acusados(as):

- (1) sim, quantos? _____
- (2) não
- (3) sem informação

6. Sexo

- (1) masculino
- (2) feminino
- (3) sem informação

7. Defesa (no momento da sentença)

- (1) defensor público
- (2) advogado particular
- (3) sem informação

8. Tipo de droga

- (1) maconha
- (2) cocaína
- (3) crack
- (4) ecstasy
- (5) haxixe
- (6) heroína
- (7) merla
- (8) outros _____
- (9) sem informação

9. Quantidade

- (1) _____ Kg; _____ g ou _____ outros (indicar)
- (2) sem informação

10. Situação processual do réu

- (1) preso em flagrante
- (2) liberdade provisória com fiança
- (3) liberdade provisória sem fiança
- (4) decretada a prisão no curso do processo
- (5) foragido
- (6) sem informação

11. Tipificação na denúncia (Lei nº 11.343/06)

- (1) art. 28
- (2) art. 33, *caput*
- (3) art. 33, § 1º, inciso I
- (4) art. 33, § 1º, inciso II
- (5) art. 33, § 1º, inciso III
- (6) art. 33, § 2º
- (7) art. 33, § 3º
- (8) art. 34
- (9) art. 35
- (10) art. 36

12. Concurso material

- (1) art. 35 (associação)
- (2) artigo 36 (financiamento)
- (3) outro crime – qual? _____
- (4) Não há

13. Sentença

- (1) absolutória, *prejudica respostas adiante*
- (2) condenatória
- (3) desclassificatória
- (4) prescrição
- (5) outros – qual? _____

14. Tipificação na sentença (Lei nº 11.343/06)

- (1) art. 28
- (2) art. 33, *caput*
- (3) art. 33, § 1º, inciso I
- (4) art. 33, § 1º, inciso II
- (5) art. 33, § 1º, inciso III
- (6) art. 33, § 2º
- (7) art. 33, § 3º
- (8) art. 34
- (9) art. 35
- (10) art. 36

15. Concurso material

- (1) art. 35 (associação)
- (2) artigo 36 (financiamento)
- (3) outro crime – qual? _____
- (4) não há

16. Antecedentes do acusado

- (1) primário
- (2) primário e de bons antecedentes
- (3) reincidente
- (4) maus antecedentes
- (5) sem informação

17. Aumento da pena (art. 40, Lei 11.343/06)

- (1) não houve – *prejudica o item 18*
- (2) natureza da substância ou produto
- (3) procedência da substância ou produto
- (4) transnacionalidade do delito
- (5) função pública do agente
- (6) abuso de poder familiar de guarda/vigilância
- (7) estabelecimento prisional
- (8) escola ou hospital
- (9) estádio de esportes
- (10) missão educacional
- (11) shows ou local de diversões
- (12) setor de tratamento de dependência ou reinserção social
- (13) estabelecimentos militares ou policiais
- (14) transporte público
- (15) violência/ grave ameaça/arma de fogo
- (16) tráfico interestadual
- (17) envolvimento de criança ou adolescente
- (18) financiamento do tráfico
- (19) outro – qual? _____

18. Quantidade de aumento

- (1) um sexto
- (2) um terço
- (3) metade
- (4) dois terços
- (5) outra _____

19. Redução da pena

- (1) não houve redução – *prejudica o item 20*
- (2) parágrafo 4º, art. 33
- (3) colaboração premiada
- (4) tentativa
- (5) outros – qual? _____

20. Quantidade da redução

- (1) um sexto
- (2) um terço
- (3) metade
- (4) dois terços

21. Razão para a denegação da redução

- (1) não é primário
- (2) não possui bons antecedentes
- (3) integra organização criminosa com base em condenação anterior definitiva por quadrilha
- (4) integra organização criminosa com base em condenação anterior sem trânsito em julgado
- (5) integra organização criminosa por meras suspeitas (inquéritos)
- (6) se dedica a atividades criminosas sem condenação anterior, com base em meras suspeitas
- (7) sem justificativa
- (8) foi concedida

22. Quantidade de pena de prisão

- _____ anos _____ meses _____ dias
- (1) mínima de 5 anos
 - (2) abaixo do mínimo
 - (3) acima do mínimo

23. Tipo de pena aplicada

- (1) privativa de liberdade sem substituição
- (2) substituição por restritiva de direitos
- (3) sursis
- (4) multa substitutiva

24. Quantidade de dias-multa

- _____
- (1) mínimo legal – 500 DM
 - (2) médio – entre 500 e 1500 DM
 - (3) máximo – 1500 DM
 - (4) outros _____

25. Valor do dia-multa _____

26. Regime inicial

- (1) regime fechado
- (2) regime semi-aberto
- (3) regime aberto

27. Pena substitutiva

- (1) prestação pecuniária
- (2) perda de bens e valores
- (3) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas
- (4) interdição temporária de direitos
- (5) limitação de fim de semana
- (6) não há

28. Condições do sursis (arts. 78 e 79, CP)

- (1) serviços à comunidade, no primeiro ano
- (2) limitação de fim de semana, no primeiro ano
- (3) proibição de freqüentar determinados lugares
- (4) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz
- (5) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades
- (6) outras condições – especificar _____
- (7) não há

29. Nacionalidade do réu

- (1) brasileiro
- (2) estrangeiro. Qual? _____
- (3) sem informação

ANEXO II – FORMULÁRIO DE ACÓRDÃOS

GRUPO DE PESQUISAS EM POLÍTICA DE DROGAS E DIREITOS HUMANOS
Pesquisa: Tráfico de Drogas e Constituição
Faculdade Nacional de Direito/UFRJ e Universidade de Brasília

FORMULÁRIO PARA ANÁLISE DE ACÓRDÃOS

1. Órgão julgador

- (1) Tribunal de Justiça RJ
- (2) TRF 2ª. Região
- (3) Tribunal de Justiça DF
- (4) TRF 1ª. Região
- (5) Superior Tribunal de Justiça
- (6) Supremo Tribunal Federal

2. Nº do processo _____

3. Data do Julgamento _____

4. Primeiro nome do(a) réu(ré):

5. Outros(as) acusados(as):

- (1) sim, quantos? _____
- (2) não
- (3) sem informação

6. Sexo

- (1) masculino
- (2) feminino
- (3) sem informação

7. Recurso interposto por

- (1) Defensor público
- (2) Advogado particular
- (3) Ministério Público
- (4) outros _____
- (5) sem indicação

8. Tipo de droga

- (1) maconha
- (2) cocaína
- (3) crack
- (4) ecstasy
- (5) haxixe
- (6) heroína
- (7) merla
- (8) outros _____
- (9) sem informação

9. Quantidade

- (1) _____ Kg; _____ g ou _____ outros (indicar)
- (2) sem informação

10. Situação processual do réu

- (1) preso em flagrante
- (2) liberdade provisória com fiança
- (3) liberdade provisória sem fiança

- (4) decretada a prisão no curso do processo
- (5) decretada a prisão na sentença
- (6) liberdade provisória na sentença
- (7) foragido
- (8) sem informação

11. Tipificação na sentença (Lei nº 11.343/06)

- (1) art. 28
- (2) art. 33, *caput*
- (3) art. 33, § 1º, inciso I
- (4) art. 33, § 1º, inciso II
- (5) art. 33, § 1º, inciso III
- (6) art. 33, § 2º
- (7) art. 33, § 3º
- (8) art. 34
- (9) art. 35
- (10) art. 36

12. Concurso material

- (1) art. 35 (associação)
- (2) artigo 36 (financiamento)
- (3) outro crime – qual? _____

13. Tipo de recurso

- (1) Apelação criminal
- (2) Habeas Corpus
- (3) Recurso em Sentido Estrito
- (4) outros _____

14. Resultado do recurso

- (1) provido
- (2) não provido
- (3) provido em parte

15. Decisão colegiada

- (1) absolutória, *prejudica respostas adiante*
- (2) condenatória
- (3) desclassificatória
- (4) prescrição
- (5) outros – qual? _____

16. Tipificação no acórdão (Lei nº 11.343/06)

- (1) art. 28
- (2) art. 33, *caput*
- (3) art. 33, § 1º, inciso I
- (4) art. 33, § 1º, inciso II
- (5) art. 33, § 1º, inciso III
- (6) art. 33, § 2º
- (7) art. 33, § 3º
- (8) art. 34
- (9) art. 35

(10) art. 36

17. Concurso material

- (1) art. 35 (associação)
- (2) artigo 36 (financiamento)
- (3) outro crime – qual? _____

18. Decisão

- (1) unânime
- (2) por maioria, vencido o vogal
- (3) por maioria, vencido o relator

19. Antecedentes do acusado

- (1) primário
- (2) primário e de bons antecedentes
- (3) reincidente
- (4) maus antecedentes
- (5) sem informação

20. Aumento da pena (Art. 40, Lei 11.343/06)

- (1) não houve – prejudica o item 20
- (2) natureza da substância ou produto
- (3) procedência da substância ou produto
- (4) transnacionalidade do delito
- (5) função pública do agente
- (6) abuso de poder familiar de guarda/vigilância
- (7) estabelecimento prisional
- (8) escola ou hospital
- (9) estádio de esportes
- (10) missão educacional
- (11) shows ou local de diversões
- (12) setor de tratamento de dependência ou reinserção social
- (13) estabelecimentos militares ou policiais
- (14) transporte público
- (15) violência/ grave ameaça/arma de fogo
- (16) tráfico interestadual
- (17) envolvimento de criança ou adolescente
- (18) financiamento do tráfico
- (19) outro – qual? _____

21. Quantidade de aumento

- (1) um sexto
- (2) um terço
- (3) metade
- (4) dois terços
- (5) outra _____

22. Redução da pena

- (1) não houve redução – prejudica o item 22
- (2) parágrafo 4º, art. 33
- (3) colaboração premiada
- (4) tentativa
- (5) outros – qual? _____

23. Quantidade da redução

- (1) um sexto
- (2) um terço
- (3) metade
- (4) dois terços

24. Razão para a denegação da redução

- (1) não é primário
- (2) não possui bons antecedentes
- (3) integra organização criminosa com base em condenação anterior definitiva por quadrilha
- (4) integra organização criminosa com base em condenação anterior sem trânsito em julgado
- (5) integra organização criminosa por meras suspeitas (inquéritos)
- (6) se dedica a atividades criminosas sem condenação anterior, com base em meras suspeitas
- (7) sem justificativa

25. Quantidade de pena de prisão

- _____ anos _____ meses
- (1) mínima de 5 anos
 - (2) abaixo do mínimo
 - (3) acima do mínimo

26. Tipo de pena aplicada

- (1) privativa de liberdade sem substituição
- (2) substituição por restritiva de direitos
- (3) sursis
- (4) multa substitutiva

27. Quantidade de dias-multa _____

- (1) mínimo legal – 500 DM
- (2) médio – entre 500 e 1500 DM
- (3) máximo – 1500 DM
- (4) outros _____

28. Valor do dia-multa _____

29. Regime inicial

- (1) regime fechado
- (2) regime semi-aberto
- (3) regime aberto

30. Pena substitutiva

- (1) prestação pecuniária
- (2) perda de bens e valores
- (3) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas
- (4) interdição temporária de direitos
- (5) limitação de fim de semana

31. Condições do sursis (arts. 78 e 79, CP)

- (1) serviços à comunidade, no primeiro ano
- (2) limitação de fim de semana, no primeiro ano

- (3) proibição de freqüentar determinados lugares
- (4) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz
- (5) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades
- (6) outras condições – especificar _____

ANEXO III – FORMULÁRIO DE ACÓRDÃOS HC

Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal

- Dados gerais do processo -

1. Órgão julgador:

- (1) Superior Tribunal de Justiça
- (2) Supremo Tribunal Federal

2. Classe do processo:

- (1) Habeas corpus;
- (2) Recurso ordinário em habeas corpus;
- (3) Outro: _____;

3. Número do processo: _____;

4. Órgão coator: _____;

5. Data do julgamento: _____;

6. Órgão julgador: _____;

7. Ministro relator: _____;

- Dados gerais do acusado -

8. Primeiro nome:

_____;

9. Outros(as) acusados(as):

- (1) Sim, Quantos? _____;
- (2) Não;
- (3) Sem informação;

10. Sexo:

- (1) Masculino;
- (2) Feminino;
- (3) Sem informação.

11. Defensor:

- (1) Defensor público;
- (2) Advogado particular;
- (3) Ministério Público;
- (4) Outros _____;
- (5) Sem indicação

12. Situação processual do réu

- (1) Preso em flagrante;
- (2) Liberdade provisória com fiança;
- (3) Liberdade provisória sem fiança;
- (4) Decretada a prisão no curso do processo;
- (5) Decretada a prisão na sentença;
- (6) Liberdade provisória na sentença;

- (7) Foragido;
- (8) Sem informação;

13. Antecedentes do acusado

- (1) primário
- (2) primário e de bons antecedentes
- (3) reincidente
- (4) maus antecedentes
- (5) sem informação

- Dados gerais do caso -

14. Ocorrência do fato supostamente criminoso:

- (1) Vigência da Lei nº 6.368/76;
- (2) Vigência da Lei nº 11.343/06;

15. Tipo de droga

- (1) Maconha;
- (2) Cocaína;
- (3) Crack;
- (4) Ecstasy;
- (5) Haxixe;
- (6) Heroína
- (7) Merla;
- (8) Outros: _____;
- (9) Sem informação;

16. Quantidade apreendida:

- (1) _____ Kg; ___ g ou _____ outros (indicar);
- (2) sem informação.

17. Fase da ação penal principal:

- (1) Inquérito;
- (2) Recebimento da denúncia pelo Juízo de primeiro grau;
- (3) Sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau;
- (4) Acórdão lavrado pelo Tribunal de segundo grau;
- (5) Outra: _____;

18. Tipificação (atribuída no auto de prisão em flagrante, na denúncia, na sentença ou no acórdão – a depender da fase em que se encontra a ação penal principal):

- a) Lei nº 6.368/76: _____
- b) Lei nº 11.343/06: _____

19. Concurso material

- (1) Não configurado concurso material;
- (2) Associação – artigo 35, Lei nº 11.343/06;
- (3) Financiamento – artigo 36, Lei nº 11.343/06;
- (4) Outro crime: _____;

20. Aumento da pena (Art. 40, Lei 11.343/06):

- (1) não houve;
- (2) natureza da substância ou produto
- (3) procedência da substância ou produto
- (4) transnacionalidade do delito

- (5) função pública do agente
- (6) abuso de poder familiar de guarda/vigilância
- (7) estabelecimento prisional
- (8) escola ou hospital
- (9) estádio de esportes
- (10) missão educacional
- (11) shows ou local de diversões
- (12) setor de tratamento de dependência ou reinserção social
- (13) estabelecimentos militares ou policiais
- (14) transporte público
- (15) violência/ grave ameaça/arma de fogo
- (16) tráfico interestadual
- (17) envolvimento de criança ou adolescente
- (18) financiamento do tráfico
- (19) outro – qual? _____

21. Redução da pena:

- (1) Não houve redução;
- (2) Parágrafo 4º, art. 33;
- (3) Colaboração premiada;
- (4) Tentativa;
- (5) Outros – qual? _____

22. Razão para a denegação da redução:

- (1) não é primário
- (2) não possui bons antecedentes
- (3) integra organização criminosa com base em condenação anterior definitiva por quadrilha
- (4) integra organização criminosa com base em condenação anterior sem trânsito em julgado
- (5) integra organização criminosa por meras suspeitas (inquéritos)
- (6) se dedica a atividades criminosas sem condenação anterior, com base em meras suspeitas
- (7) sem justificativa

23. Quantidade de pena de prisão (estabelecida pela sentença do juízo de primeiro grau ou pelo acórdão do tribunal de segundo grau – a depender da fase em que se encontra ação penal principal):

_____ anos _____ meses

- (1) mínima de 5 anos
- (2) abaixo do mínimo
- (3) acima do mínimo

24. Tipo de pena aplicada

- (1) privativa de liberdade sem substituição
- (2) substituição por restritiva de direitos
- (3) sursis
- (4) multa substitutiva

25. Quantidade de dias-multa

- (1) mínimo legal – 500 DM
- (2) médio – entre 500 e 1500 DM
- (3) máximo – 1500 DM
- (4) outros _____

26. Valor do dia-multa: _____

27. Regime inicial

- (1) regime fechado
- (2) regime semi-aberto
- (3) regime aberto

28. Pena substitutiva

- (1) prestação pecuniária
- (2) perda de bens e valores
- (3) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas
- (4) interdição temporária de direitos
- (5) limitação de fim de semana

29. Condições do sursis (arts. 78 e 79, CP)

- (1) serviços à comunidade, no primeiro ano
- (2) limitação de fim de semana, no primeiro ano
- (3) proibição de freqüentar determinados lugares
- (4) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz
- (5) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades
- (6) outras condições – especificar _____

- Dados do acórdão do STJ ou do STF -

30. Pedido:

- (1) Aplicação retroativa do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06;
- (2) Concessão de liberdade provisória;
- (3) Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos;
- (4) Estabelecimento de regime inicial semi-aberto ou aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade;
- (5) Declaração de nulidade da ação penal por ausência de exame toxicológico;
- (6) Outro: _____;

31. Resultado do recurso:

- (1) Não conhecido;
- (2) Conhecido em parte e provido;
- (3) Conhecido em parte e provido em parte;
- (4) Conhecido em parte e não provido;
- (5) Conhecido e não provido;
- (6) Conhecido e provido em parte;
- (7) Conhecido e provido.

32. Decisão:

- (1) Unânime;
- (2) Por maioria, vencido o vogal;
- (3) Por maioria, vencido o relator.

33. Observações gerais:
