

SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 1/2009

TRÁFICO DE
DROGAS E
CONSTITUIÇÃO

ISSN 2175-5760



9 772175 576000

Esplanada dos Ministérios • Bloco T • Edifício Sede • 4º andar • sala 434
e-mail: sal@mj.gov • CEP: 70064-900 • Brasília-DF • www.mj.gov.br/sal

Secretaria
de Assuntos
Legislativos
Ministério
da Justiça



APOIO



REALIZAÇÃO



Secretaria
de Assuntos Legislativos
Ministério
da Justiça





SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 1/2009 – versão publicação

Tráfico de Drogas e Constituição

Convocação 01/2008

Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Coordenação Acadêmica

Luciana Boiteux

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Beatriz Vargas

Vanessa Oliveira Batista

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Carlos Eduardo Adriano Japiassu (colaborador)

Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL)

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Edifício Sede – 4º andar, sala 434

CEP: 70064-900 – Brasília – DF

www.mj.gov.br/sal

e-mail: sal@mj.gov.br

APOIO



REALIZAÇÃO



Secretaria
de Assuntos Legislativos

Ministério
da Justiça



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 e Constituição**, 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 juízes 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, 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.

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

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

SÉRIE PENSANDO O DIREITO
Sumário Executivo Relatório de Pesquisa
“Tráfico de Drogas e Constituição”

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

Rio de Janeiro/Brasília
Julho 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

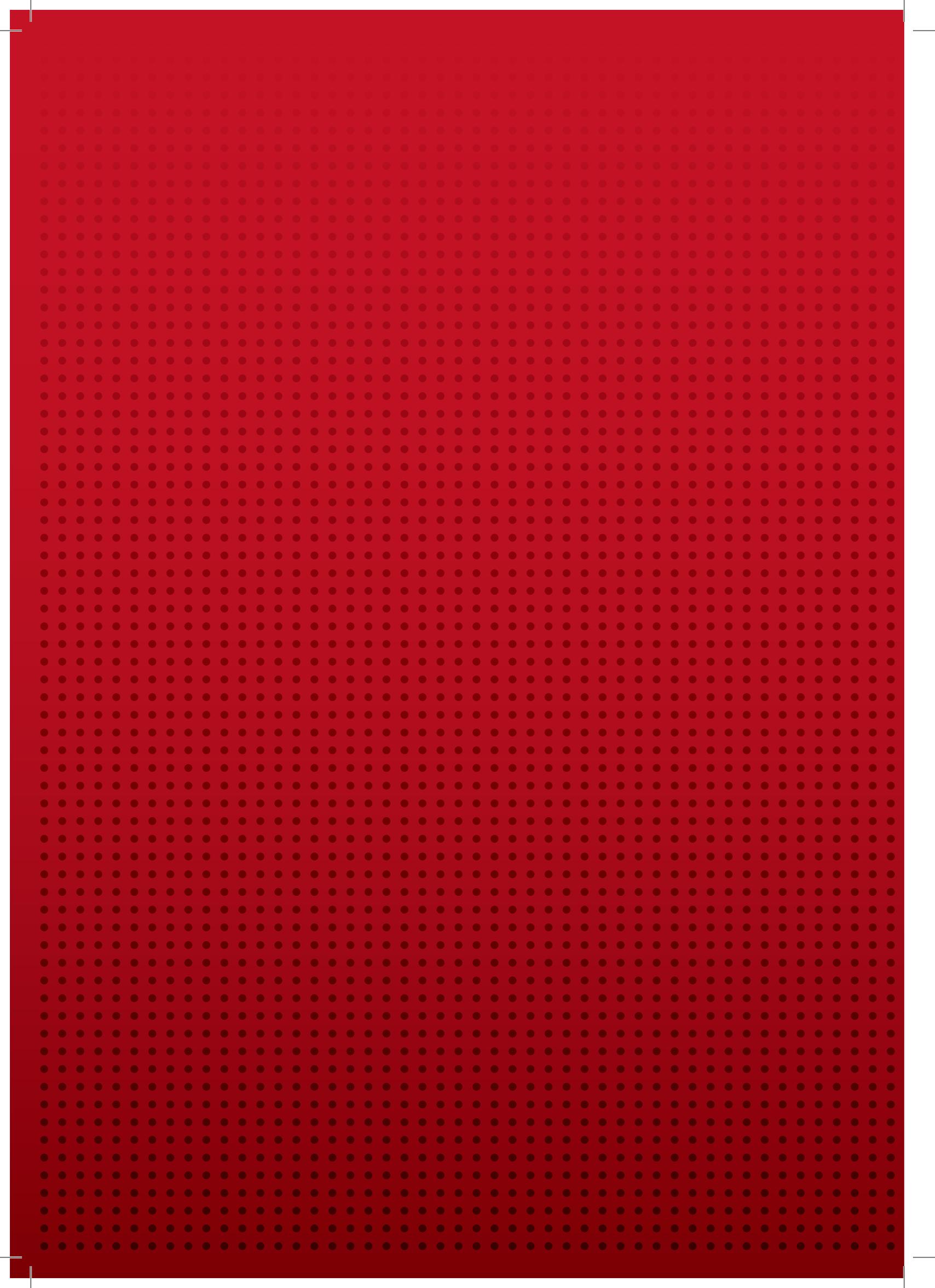
Beatriz Vargas • Ela Wiecko Volkmer de Castilho

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



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO14

1. RESULTADOS DA PESQUISA TEÓRICA18

- 1.1 Direitos humanos e política internacional de drogas18
 - 1.1.1 O controle internacional de drogas sob a égide da ONU18
 - 1.1.2 A Assembleia Geral das Nações Unidas para o problema das drogas/UNGASS 1998 e o período de reflexão (1998-2008)22
 - 1.1.3 A Reunião da Comissão de Drogas Narcóticas da ONU de 2009: O fim do Consenso de Viena?26
- 1.2 Princípios Constitucionais e a Lei de Drogas31
 - 1.2.1 O Princípio da Proporcionalidade31
 - 1.2.2 Aspectos gerais da nova Lei de Drogas34
- 1.3 Realidade social do tráfico de drogas38
 - 1.3.1 Considerações gerais sobre o mercado de drogas ilícitas no Brasil38
 - 1.3.2 Sobre os comerciantes dos mercados de drogas ilícitas e a seletividade da atuação da justiça penal39

2. RESULTADOS DA PESQUISA DE CAMPO48

- 2.1 Recorte do corpus da pesquisa de campo48
- 2.2 Análise das sentenças do Rio de Janeiro e Brasília50
- 2.3 Análise dos acórdãos do Rio de Janeiro e de Brasília71
- 2.4 Análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal81
- 2.5 Análise dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça82
 - 2.5.1 Aspectos quantitativos82
 - 2.5.2 O tratamento penal do sujeito criminalizado pelo tráfico de drogas: aspectos qualitativos101

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

CONCLUSÃO106

REFERÊNCIAS112

INTRODUÇÃO

O Sumário Executivo ora apresentado tem por finalidade a divulgação da pesquisa “Tráfico e Constituição: um estudo jurídico social do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais”. Em relação ao relatório integral, foram extraídos os pontos principais da pesquisa, visando a permitir o seu acesso a um público mais amplo, fora da área acadêmica, diante do interesse despertado pela investigação.

A pesquisa em tela, realizada no curso do Projeto Pensando o Direito, uma parceria entre a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) teve por objeto um estudo do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da nova Lei de Drogas (n. 11.343/06), em seus aspectos sociais e jurídico-constitucionais, o que significa dizer que se trata de análise interdisciplinar, que pretende confrontar normativa jurídica e as práticas sociais de sua aplicação aos casos concretos. O foco, portanto, está na análise do modelo brasileiro de controle de drogas ilícitas, a forma pela qual este é influenciado pelos tratados internacionais, e como o referido artigo é aplicado pelo Poder Judiciário, nas cidades do Rio de Janeiro-RJ e do Distrito Federal. A perspectiva é crítica, pois se partirá dos marcos teóricos da Criminologia Crítica e do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

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.

Trata-se de 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.

A metodologia utilizada conjuga a *pesquisa bibliográfica* e a análise de dados oficiais e etnográficos para 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.

Foi desenvolvida *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. A *pesquisa aplicada* objetiva ainda gerar conhecimentos para aplicação prática dirigida à solução de problemas específicos.

A análise teórica da doutrina é complementada pelo estudo prático de sentenças de primeira instância e de jurisprudência dos Tribunais Estaduais e Federais do Rio de

Janeiro e do Distrito Federal, e dos tribunais superiores, com vistas à obtenção de uma amostragem da operacionalidade concreta do sistema brasileiro de controle de drogas.

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 o embasamento concreto de eventuais proposições de alteração legislativa.

A análise, porém, não foi centrada 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.

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, 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.

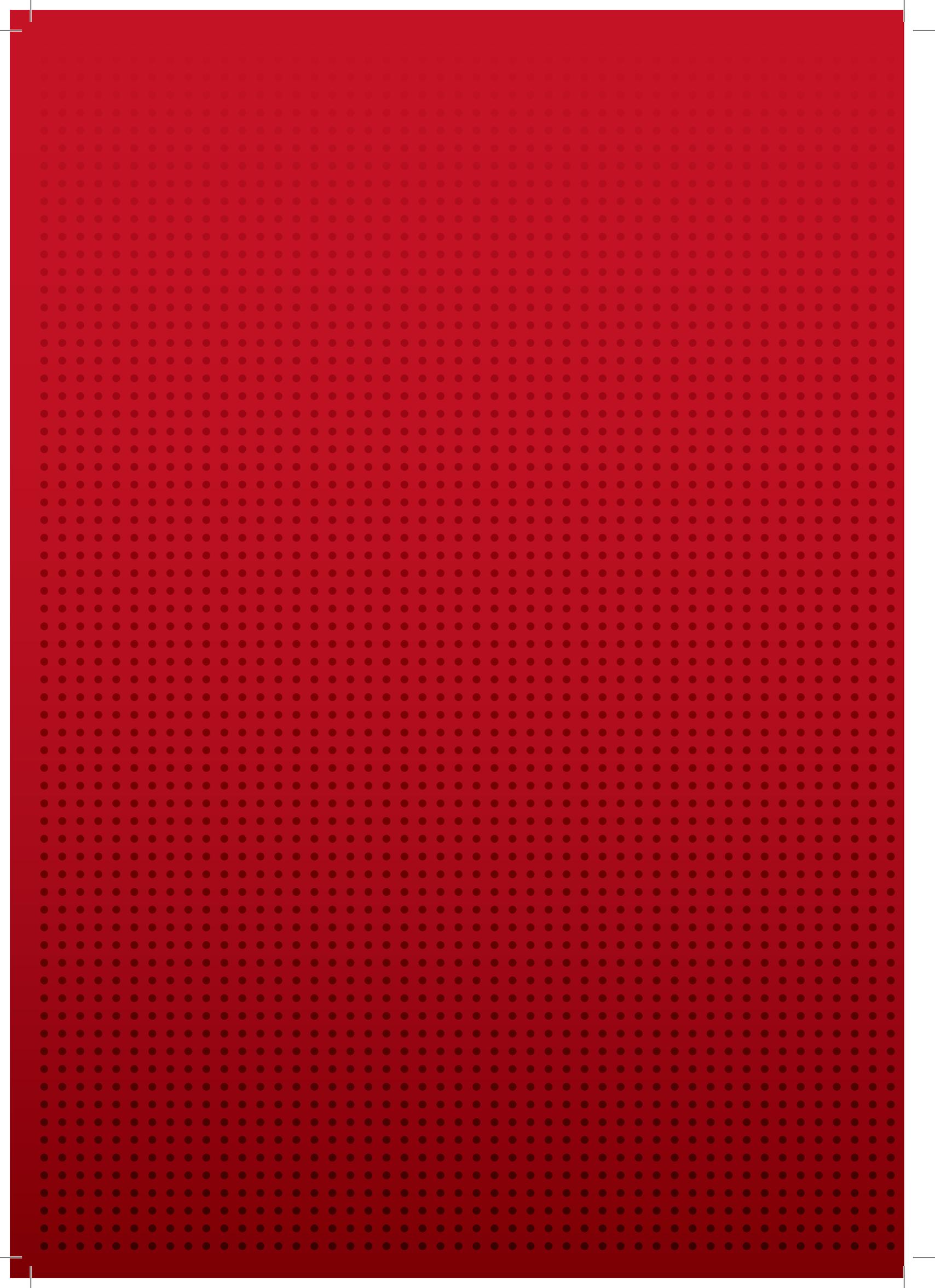
O estudo, portanto, situa-se no paradigma emergente da pós-modernidade, tendo como horizonte a *totalidade universal*, no sentido proposto por Boaventura de Souza Santos¹. Entende-se necessária uma abordagem transdisciplinar do fenômeno da droga para permitir uma compreensão ampla e reflexiva. Mostra-se 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 repressivo.²

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

2. 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.

O presente sumário executivo foi estruturado em duas partes: *i)* parte teórica: que traz o resumo da análise teórica da pesquisa e *ii)* pesquisa de campo: que apresenta os principais resultados da análise dos dados coletados das 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 incidu no período de 7 de outubro de 2006 a 31 de maio de 2008. Também foram coletados, lidos e analisados acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Ao final, na conclusão, são oferecidas respostas às questões propostas.



1. RESULTADOS DA PESQUISA TEÓRICA

1.1 DIREITOS HUMANOS E POLÍTICA INTERNACIONAL DE DROGAS

1.1.1 O controle internacional de drogas sob a égide da ONU

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 vigor³. A *Convenção Única sobre Entorpecentes*, aprovada em Nova Iorque em 1961, 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. Tal instrumento 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.

Em 1971, as Nações Unidas elaboraram a *Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971*, 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.

3. 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*

Em 1972, foi assinado um Protocolo emendando a Convenção de 1961⁴ 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. Assim, 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.

A Convenção da ONU de 1988 é um instrumento repressivo que pretende *combater* as organizações de traficantes, através harmonização da definição de tráfico de entorpecentes e assemelhados; a incriminação da lavagem de dinheiro de origem ilícita; e o reforço da cooperação internacional entre Estados, unificando e reforçando os instrumentos legais já existentes.

Em seu texto, insiste-se na utilização de termos bélicos, como “guerra às drogas”, “combate” aos traficantes, repressão e “eliminação” nas leis penais. 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”.

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

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

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 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 marcante⁵. 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 *Commission on Narcotic Drugs – CND*⁶, (ligada à estrutura do Conselho Econômico e Social – ECOSOC), espaços onde as opções de política de combate às drogas são debatidas e definidas, além do “poder judiciário”, representado pelo *International Narcotic Control Board – INCB*⁷, e o “órgão executivo” constituído pelo Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime – UNODC), que é presidido por seu diretor executivo.

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

5. 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, desconhecaram 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.

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

7. 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.

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.

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 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 psicotrópicas⁸.

Além disso, a noção de proporcionalidade das sanções também está presente no texto convencional, no art. 3, item 4, letra a⁹.

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.

Porém, diante do fato de que tais medidas repressivas de controle adotadas pelos Estados 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.

8. Art. 3º, n. 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."

9. 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).

1.1.2 A Assembleia Geral das Nações Unidas para o problema das drogas/UNGASS 1998 e o período de reflexão (1998-2008)

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, treze 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, poucos resultados práticos haviam sido alcançados, diante da manutenção da produção, tráfico e consumo de drogas ilícitas em todo o mundo, em que pesem todos os esforços de controle.

Nos debates sobre o tema realizados na década de noventa, 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 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 Unidos¹⁰.

Apesar do sucesso e dos bons resultados alcançados pela política de *redução de danos*, depois das primeiras experiências feitas por vários países, inclusive o Brasil¹¹, na UNGASS de 1998 o tema enfrentou séria rejeição por parte de alguns países, sob a alegação de “estimularia o consumo de drogas”¹². Apesar de esse modelo de prevenção ser recomendado pela Organização Mundial de Saúde – OMS e pela UNAIDS, agência

10. 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.*

11. 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.

12. 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.*

especializada da ONU para a prevenção da AIDS¹³, 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 outros¹⁴.

A declaração política¹⁵ 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”¹⁶, 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 2008¹⁷. 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.

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.

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

14. 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.

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

16. 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...”

17. 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.

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 consequências adversas dessa escolha.

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, especialmente nos 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, 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 estratégias de mudanças, 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”¹⁸.

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.

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 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

18. 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.*

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 perversos¹⁹ 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, não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais²⁰.

Para a avaliação da política mundial de drogas desde a UNGASS (Assembleia Geral) de 1998 foi convocada 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.

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

¹⁹ 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.

²⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 15.

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.

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.

1.1.3 A Reunião da Comissão de Drogas Narcóticas da ONU de 2009: O fim do Consenso de Viena?

O objetivo da reunião da CND de 2009 era o de redigir uma declaração política que traçasse a política oficial da ONU para os próximos dez anos, especialmente para reavaliar dos dez anos desde a UNGASS de 1998, cuja meta fora alcançar “um mundo *livre de drogas* em 2008”.

No discurso apresentado em Viena, o 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”.

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.

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.

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, teria havido 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 Nível²¹.

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 social²².

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

21. 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.

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

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.

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 à 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 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 em 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 maneira, após Viena 2009, se identifica mais espaço para as alternativas na política interna dos países do que havia antes. Como exemplo, podemos citar a experiência positiva de Portugal²³, 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 viável²⁴.

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.

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

24. 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 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). Cf. EMCDDA. *Illicit drug use in the EU: legislative approach*. Lisbon: EMCDDA, 2005, p. 26.

Porém, a crítica que se faz internamente é no sentido da necessidade de apoiar financeiramente a ampliação dos programas de redução de danos e de regulamentar essas estratégias no País, e além da desproporcionalidade das penas na previsão legal do delito de tráfico, como se verá mais adiante.

A relação entre os tratados de direitos humanos e as convenções internacionais de controle de drogas ainda é pouco discutida nos foros internacionais. 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 intelectual²⁵ 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 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.

1.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A LEI DE DROGAS

1.2.1 O Princípio da Proporcionalidade

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

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

violação a princípios constitucionais, especificamente o da proporcionalidade²⁶, se passou a analisar essa temática.

Diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, do qual partimos, foi avaliada a questão da constitucionalidade do art. 33 da Lei n. 11.343/06, diante do princípio da proporcionalidade no direito constitucional como limite do poder estatal de punir.

A doutrina trabalha com a o princípio da proporcionalidade como modelo crítico de argumentação²⁷, ao mesmo tempo em que se observa 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.

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. Em algumas ordens jurídicas, como a alemã, o princípio da proporcionalidade deriva diretamente do Estado de Direito²⁸, pois nenhum cidadão deve ser onerado além do necessário quando descumpre um preceito jurídico.

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.

26. 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.

27. 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.

28. *Lei Fundamental de Bonn*, art. 20, n.3.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido pela inconstitucionalidade de leis que demonstram pouca razoabilidade e aplicado o princípio da proporcionalidade, como se observa no voto do Ministro Celso de Mello, ao analisar a Lei n. 11.343/06, ao analisar a questão da liberdade provisória²⁹.

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?

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 delito³⁰.

O problema é que o princípio da proporcionalidade, como já exposto, 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.

O sistema garantista, conforme Ferrajoli, 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.

Todavia, se pode ser quantificada a pena, o mesmo não ocorre com o delito, o que dificulta imensamente a determinação de medidas máximas e mínima³¹. 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, equiparando o princípio da proporcionalidade ao princípio da igualdade em matéria penal³².

29. HC 97.976-9 MG, 9/3/09.

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

31. *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.

32. *Idem*, p. 369-370.

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 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*).

Destaque-se, por fim, que o princípio da humanidade, por definição, se divide nas considerações acerca da racionalidade e da proporcionalidade das penas³³.

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, adiante, procede-se ao cotejo entre as premissas teóricas aqui levantadas e a prática judicial de forma mais detalhada.

1.2.2 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.

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. 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 apresentado³⁴.

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

34. 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 anterior³⁵.

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

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 pesquisa, verificou-se ter havido importantes e profundas mudanças no tratamento penal legislativo da questão das drogas, com destaque

35. 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 n. 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.

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. Porém, a forma como foi redigido o dispositivo tem trazido dificuldades para essa diferenciação na prática da Justiça Penal.

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”³⁶, 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.)³⁷. Damásio E. de Jesus³⁸ 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 se pode optar pela expressão “uso

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

37. *Idem*, p. 195, nota de rodapé n. 131.

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

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.

Relativamente ao outro 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.

Especificamente ao se referir à distinção entre as ações, para fins de tipificação e aplicação da pena, critica Salo de Carvalho a disparidade entre as quantidades de penas, e a inexistência de tipos penais intermediários que levem a graduações 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. 33³⁹.

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 injustas⁴⁰.

O art. 33, § 4º da Lei de Drogas possui a seguinte redação:

§ 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, além de ter sido detectado, na prática, uma diferença de interpretação entre os juízes na sua aplicação, o que tem dificultado a redução das penas, mesmo no caso de réus primários. Por outro lado, conforme se verá adiante, na pesquisa de campo, foi detectada a ampla

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

40. *Idem*, p. 192-193.

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.

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

1.3.1 Considerações gerais sobre o mercado de drogas ilícitas no Brasil

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 cocaína⁴¹.

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 também foi superior a 2001, quando este alcançou 2,3%⁴². 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,

41. 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>

42. 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

diante dos dados levantados oficialmente, que atestam o crescimento no consumo entre 2001 e 2005, quando foi realizada pesquisa mais recente⁴³.

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”⁴⁴, que constituem o grupo social mais vulnerável a ser utilizado pelo tráfico.

1.3.2 Sobre os comerciantes dos mercados de drogas ilícitas e a seletividade da atuação da justiça penal

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 drogas⁴⁵. 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

43. 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.

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

45. 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 delinqüência 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 penal⁴⁶, 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.

Segundo dados do sistema INFOPEN, o total de presos no sistema penitenciário brasileiro em dezembro de 2007 alcança o número de 422.590.⁴⁷ 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.⁴⁸

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, <i>caput</i>)	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

46. 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.

47. 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.

48. 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.

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

PATRIMONIAIS	RJ	DF	SP	BRASIL
Presos por tráfico de drogas	2356	1854	30448	69049

Fonte: Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen.⁴⁹

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 – InfoPen.⁵⁰

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.

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

49. Ref. Jun/2008 – Cf. <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>

50. <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. 6.368/76, 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.

países é a existência de uma “estrutura piramidal” na qual o importador vende a droga para o atacadista, que a passa para os revendedores, conforme afirma Poret.⁵¹

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 socioeconômica. O tipo de droga vendida em cada região depende do poder aquisitivo da população e dos costumes locais”.⁵² Lá, mais do que em outros locais, notou-se o aumento significativo do uso de *Crack* entre jovens desprivilegiados.⁵³

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”.⁵⁴

Nesse sentido, na investigação teórica⁵⁵, 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.

51. 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.”

52. MINGARDI, Guaracy; GOULART, Sandra, *op. cit.*, p. 13.

53. *Idem*, p. 15.

54. *Ibidem*, p. 16

55. 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.

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 lucrativa.⁵⁶ 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.

A seletividade do sistema penal foi confirmada na presente pesquisa. No caso dos crimes de droga, conforme analisa Álvaro Pires, 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 legalidade.⁵⁷

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 traficantes vai acabar se associando ao tráfico e passar a usufruir de parte dos altos lucros gerados pelo

56. 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.*

57. 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.*

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.

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 Promotor.⁵⁸

À mesma conclusão chegou Alba Zaluar:

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.⁵⁹

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 ruas (*street dealers*), que são os varejistas, mais numerosos e fáceis de serem alcançados, do que os traficantes [atacadistas]”⁶⁰, 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 (PORET, 2003)⁶¹

VARIÁVEIS	TRAFICANTE	VAREJISTA
CUSTO DA SANÇÃO ⁶²	ALTO	BAIXO
LUCRATIVIDADE POR UNIDADE	BAIXA	ALTA
QUANTIDADE NEGOCIADA	ALTA	BAIXA
RISCO DE PRISÃO	BAIXO	ALTO

58. 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

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

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

61. PORET, Sylvaine, *op. cit.*

62. 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.

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 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 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.

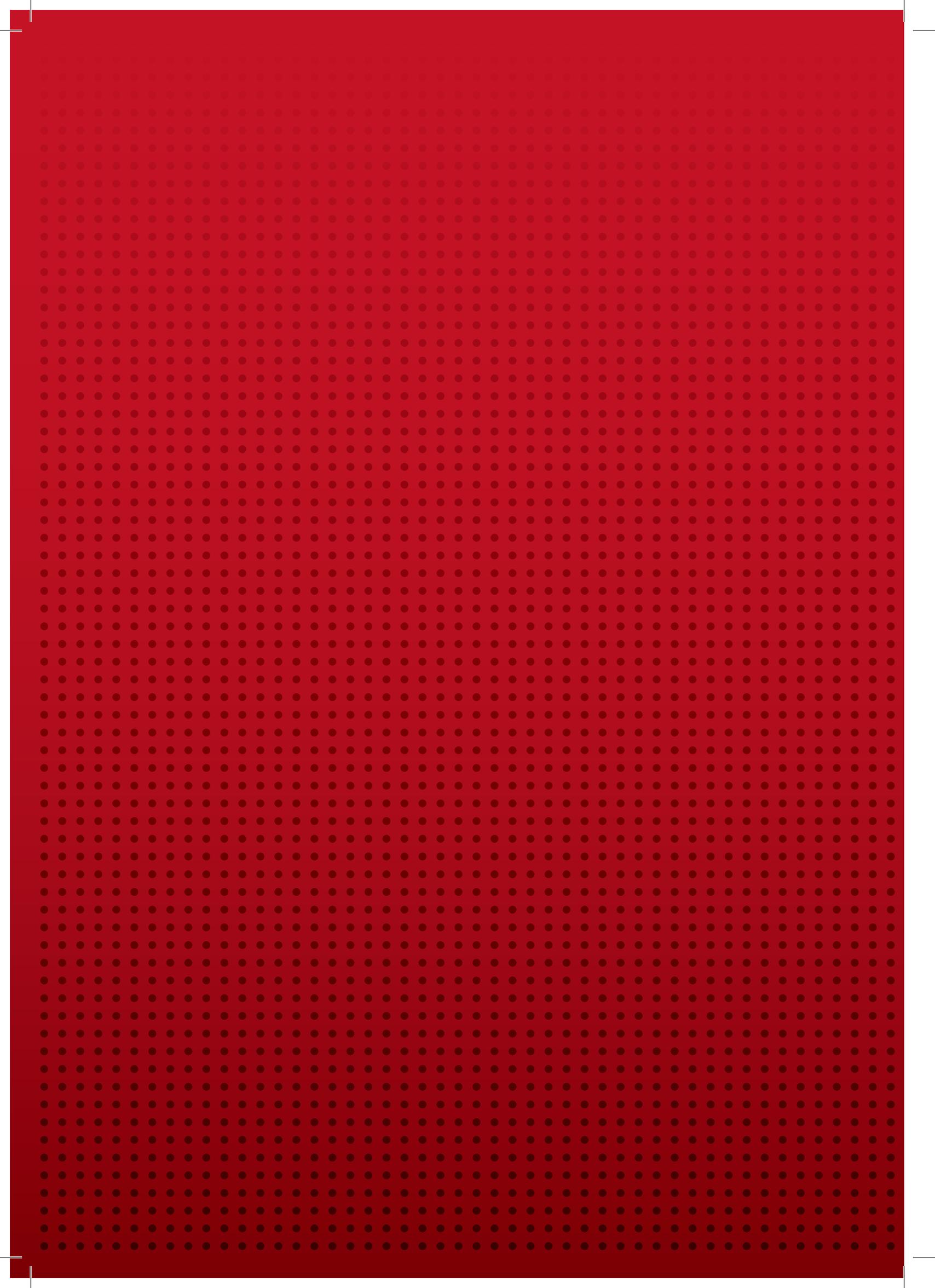
A indeterminação da lei, e a desproporcionalidade das penas, fazem com que os juízes e dos demais operadores jurídicos fiquem reféns das provas apresentadas pela polícia, sendo a pena de prisão, e a prisão provisória, aplicadas de forma automática, uma vez que a Lei veda a liberdade provisória e as penas 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 amplíssima⁶³; ausência de proporcionalidade das penas,

⁶³. Conforme se analisará mais adiante a nova Lei de Drogas procurou moderar essa característica identificada, ainda que de forma tímida.

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



2. RESULTADOS DA PESQUISA DE CAMPO

2.1 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 federal⁶⁴, 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.

⁶⁴ 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 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.

2.2 ANÁLISE DAS SENTENÇAS DO RIO DE JANEIRO E BRASÍLIA

TABELA 4: SENTENÇAS COLETADAS

SENTENÇA	TIPIFICAÇÃO NA SENTENÇA					TOTAL
	Anterior	Atual	NI	Prejudicado	Prescrição	
Absolutória	-	-	116	1	-	117
Condenatória	19	730	-	-	-	763
Desclassifi- catória	-	94	3	-	-	97
Prescrição	-	-	3	-	10	13
Outros, quais?	-	-	5	-	-	5
NI	-	-	6	-	-	6
TOTAL	19	838	133	1	10	1001

TABELA 5: 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 6: 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 7: 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 7 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 ideia 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 à mesma constatação.

TABELA 8: INFORMA OUTROS ACUSADOS – QUANTOS – DF

OUTROS ACUSADOS	ÓRGÃO JULGADOR		TOTAL	
	DF VC	DF VF	Frequência	Percentual
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 9: INFORMA OUTROS ACUSADOS – QUANTOS – RJ

OUTROS ACUSADOS	ÓRGÃO JULGADOR		TOTAL	
	RJ VC	RJ VF	Frequência	Percentual
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 10: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DO SEXO DO ACUSADO

ÓRGÃO JULGADOR	SEXO DO ACUSADO		TOTAL
	Masculino	Feminio	
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 11.

TABELA 11: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DO SEXO DO ACUSADO – POR ESTADO

ÓRGÃO JULGADOR	SEXO DO ACUSADO		TOTAL
	Masculino	Feminio	
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 11), 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 significativa⁶⁵, 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.

65. Valor-p = 0,001394 no teste do qui-quadrado.

As Tabelas 12 e 13 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 12: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DO TIPO DE DROGA POR ÓRGÃO JULGADOR – DF

DROGA	DF		FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
	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%
<i>Crack</i>	8	-	8	2,4%
Haxixe	3	-	3	0,9%
Outras	3	-	3	0,9%
<i>Ecstasy</i>	-	-	-	-

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.

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

TABELA 13: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DE COMBINAÇÕES DO TIPO DE DROGA – DF

MACONHA	COCAÍNA	MERLA	OUTROS	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
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 14: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DO TIPO DE DROGA POR ÓRGÃO JULGADOR – RJ

DROGA	RJ		FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
	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 15: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DE COMBINAÇÕES DO TIPO DE DROGA – RJ

MACONHA	COCAÍNA	MERLA	OUTROS	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
	x			145	37,1%
x	x			105	26,9%
x				77	19,7%
x	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 16: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DA QUANTIDADE DE MACONHA – VC DO

DF

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1 g	1	0,9%	0,9%
De 1 g a 10 g	16	13,9%	14,8%
De 10 g a 100 g	62	53,9%	68,7%
De 100 g a 1 kg	17	14,8%	83,5%
De 1 kg a 10 kg	10	8,7%	92,2%
De 10 kg a 100 kg	9	7,8%	100,0%
Mais de 100 kg	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 17: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DA QUANTIDADE DE MACONHA – VC DO RJ

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1 g	2	1,1%	1,1%
De 1 g a 10 g	12	6,7%	7,9%
De 10 g a 100 g	75	42,1%	50,0%
De 100 g a 1 kg	56	31,5%	81,5%
De 1 kg a 10 kg	24	13,5%	94,9%
De 10 kg a 100 kg	6	3,4%	98,3%
Mais de 100 kg	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 18: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DA QUANTIDADE DE COCAÍNA – VC DO DF

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1 g	2	3,4%	3,4%
De 1 g a 10 g	12	20,3%	23,7%
De 10 g a 100 g	14	23,7%	47,5%
De 100 g a 1 kg	17	28,8%	76,3%
De 1 kg a 10 kg	11	18,6%	94,9%
De 10 kg a 100 kg	3	5,1%	100,0%
Mais de 100 kg	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 19: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DA QUANTIDADE DE COCAÍNA – VC DO RJ

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1 g	13	8,6%	8,6%
De 1 g a 10 g	40	26,5%	35,1%
De 10 g a 100 g	59	39,1%	74,2%
De 100 g a 1 kg	23	15,2%	89,4%
De 1 kg a 10 kg	16	10,6%	100,0%
De 10 kg a 100 kg	0	0,0%	100,0%
Mais de 100 kg	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 20: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DA QUANTIDADE DE COCAÍNA – VF DO RJ

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1 g	0	0,0%	0,0%
De 1 g a 10 g	3	3,4%	3,4%
De 10 g a 100 g	0	0,0%	3,4%
De 100 g a 1 kg	18	20,2%	23,6%
De 1 kg a 10 kg	64	71,9%	95,5%
De 10 kg a 100 kg	4	4,5%	100,0%
Mais de 100 kg	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 21: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DA QUANTIDADE DE MERLA – VC DO DF

QUANTIDADE	FREQUÊNCIA	PERCENTAGEM	PERC. ACUMUL.
Até 1 g	1	1,4%	1,4%
De 1 g a 10 g	6	8,5%	9,9%
De 10 g a 100 g	17	23,9%	33,8%
De 100 g a 1 kg	31	43,7%	77,5%
De 1 kg a 10 kg	15	21,1%	98,6%
De 10 kg a 100 kg	1	1,4%	100,0%
Mais de 100 kg	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 22: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DA SITUAÇÃO PROCESSUAL DO RÉU

ÓRGÃO JULGADOR	SITUAÇÃO PROCESSUAL DO RÉU				
	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 23: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DA TIPIFICAÇÃO NA DENÚNCIA

ÓRGÃO JULGADOR	Art. 33, <i>caput</i>	Art. 33, § 1º, I	Art. 33, § 1º, III	Art. 33, § 3º	Art. 35	Lei n. 6.368/76	NI	Total
DF VC	325	3		1	1	1	3	334
	(97,3%)	(0,9%)		(0,3%)	(0,3%)	(0,3%)	(0,9%)	(100,0%)
DF VF	5							5
	(100,0%)							(100,0%)
RJ VC	293	1	1		1	2		298
	(98,3%)	(0,3%)	(0,3%)		(0,3%)	(0,7%)		(100,0%)
RJ VF	93							93
	(100,0%)							(100,0%)
Total	716	4	1	1	2	3	3	730
	(98,1%)	(0,6%)	(0,1%)	(0,1%)	(0,3%)	(0,4%)	(0,4%)	(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 24: 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 25: 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 26: 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 24 e 26 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 27: 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 28: 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.

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

TABELA 29: 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 30: 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 31: 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%
Mediação 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 32: 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 33: 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 34: 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 35: 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 36: 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 37: 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 38: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DA RAZÃO PARA A DENEGAÇÃO DA REDUÇÃO DA PENA – DF

RAZÃO 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 39: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DA RAZÃO PARA A DENEGAÇÃO DA REDUÇÃO DA PENA – RJ

RAZÃO 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 examinadas⁶⁶, 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.

66. Ref. questionários número 463 e 464, do RJ.

TABELA 40: 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 ocorrido nas Varas Criminais do DF, onde prevaleceu a aplicação de penas acima do mínimo.

TABELA 41: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DO TIPO DE PENA APLICADA

ÓRGÃO JULGADOR	Privativa de liberdade sem substituição	Substituição por restritiva de direitos	<i>Sursis</i>	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.

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

TABELA 42: DISTRIBUIÇÃO DA NACIONALIDADE DO RÉU

ÓRGÃO JULGADOR	FREQUÊNCIA PERCENTUAL			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 43: 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 44: 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.

Aqui nessa tabela, apesar do relevante percentual de falta de informações, o que demonstra que os juízes não registram a nacionalidade do réu nas sentenças, destaca-se que as nacionalidades mais presentes nos processos perante a Justiça Federal do RJ sejam a angolana e a colombiana, as quais são as mais presentes entre os refugiados e buscadores de asilo no Brasil, segundo as últimas estatísticas do UNHCR – *Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*⁶⁷, o que pode identificar a maior vulnerabilidade desses imigrantes na busca de melhores condições de vida.

67. Cf. <http://www.unhcr.org/464183690.html>. As estatísticas mais atualizadas disponíveis são de 2005.

2.3 ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO RIO DE JANEIRO E DE BRASÍLIA

Nesse item, analisar-se-ão os acórdãos coletados nas respectivas cidades:

TABELA 45: 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 46.

TABELA 46: DISTRIBUIÇÃO DO NÚMERO DE ACÓRDÃOS POR TIPO DE DECISÃO COLEGIADA

DECISÃO COLEGIADA	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Condenatória	107	83,6%
Outros, quais?	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 47: 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 48: INFORMA OUTROS ACUSADOS – QUANTOS

OUTROS ACUSADOS	ÓRGÃO JULGADOR				TOTAL	
	TJ RJ	TRF 2	TJ DF	TRF1	Frequência	Percentual
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 49: 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 50: 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 51: 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 socioeducativa	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 52: 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 53: 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

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

TABELA 54: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DO TIPO DE CONCURSO MATERIAL NA SENTENÇA

CONCURSO MATERIAL	FREQUÊNCIA	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 55: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DO TIPO DE CONCURSO MATERIAL – OUTROS CRIMES

CONCURSO MATERIAL – OUTROS CRIMES	FREQUÊNCIA	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.

TABELA 56: 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 57: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DO RESULTADO DO RECURSO – POR ÓRGÃO JULGADOR

ÓRGÃO 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 TRF-2, 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 58: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DA DECISÃO COLEGIADA

ORGÃO 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.

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 59: 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

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

TABELA 60: 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, mantém-se praticamente a mesma situação encontrada na Tabela 54, 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.

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

TABELA 61: 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 62: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DO TIPO DE DECISÃO

DECISÃO	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 63: 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 64: 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 66.

TABELA 65: 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

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

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 66: 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

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

A Tabela acima indica que não há orientação comum aos juízes no estabelecimento de quantidades de aumento, sendo pulverizadas as incidências.

TABELA 67: 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 68: 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

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

TABELA 69: 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

Obs.: A eventual diferença entre soma de parcelas das porcentagens e respectivo total é proveniente de arredondamento.

TABELA 70: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DA RAZÃO PARA A DENEGAÇÃO DA REDUÇÃO DA PENA

RAZÃO 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, Lei n.11.343, 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 se considera que tal situação pode ser declarada inconstitucional, pelo princípio da presunção de inocência, pela necessidade de comprovação nos autos de tal circunstância.

TABELA 71: 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 72: DISTRIBUIÇÃO DE FREQUÊNCIA DO TIPO DE PENA APLICADA

QUANTIDADE DE PENA DE PRISÃO	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Privativa de liberdade sem substituição	116	90,6%
Medida socioeducativa	1	0,8%
Sem informação/não se aplica	11	8,6%
TOTAL	128	100,0%

2.4 ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

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.

2.5 ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.5.1 Aspectos quantitativos

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

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 à coação ilegal restritiva de sua liberdade de locomoção.

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.

Verificou-se 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 73: 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%
TOTAL	103	100,00%

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 74: DISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS RELATIVAMENTE AO SEXO DO ACUSADO

SEXO	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Masculino	82	79,61%
Feminino	21	20,38%
TOTAL	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 75: DISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS POR TIPO DE DEFENSOR

DEFENSOR	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL
Advogado Particular	59	57,28%
Defensor Público	39	37,86%
Em causa própria (<i>habeas corpus</i>)	02	1,94%
Outros	03	2,91%
TOTAL	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, o que revela a atuação de Defensorias Públicas estaduais no âmbito do STJ.

TABELA 76: 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%
TOTAL	103	100,00%

TABELA 77: 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%
TOTAL	82	100,00%

TABELA 78: 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%
TOTAL	21	100,00%

A distribuição é justificada, em grande parte, pela vedação legal de liberdade provisória imposta pelo art. 44 da Lei n. 11.343/06⁶⁸, 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

⁶⁸ 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."

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.

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 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 79: 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%
TOTAL	103	100,00%

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

TABELA 80: 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%
TOTAL	82	100,00%

TABELA 81: 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%
TOTAL	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, o que confirma os achados nas pesquisas em sentenças e acórdãos estaduais antes analisados.

TABELA 82: 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%
TOTAL	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.

TABELA 83: 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%
TOTAL	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 84: 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	-	-
TOTAL	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 85: 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. 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	-	-
TOTAL	69	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 86: 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, <i>caput</i> , Lei n. 6.368/76)	45	66,66%
Tráfico de entorpecentes com causa de aumento de pena (art. 12, <i>caput</i> 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, <i>caput</i> , 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, <i>caput</i> , 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, <i>caput</i> , 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, <i>caput</i> , c/c art. 18, ambos da Lei n. 6.368/76, e art. X, na forma do art. 69, CP)	01	1,44%
TOTAL	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 87: 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, <i>caput</i> , Lei n. 11.343/06)	13	38,23%
Tráfico de drogas com causa de aumento de pena (art. 33, <i>caput</i> 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, <i>caput</i> , 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, <i>caput</i> , 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, <i>caput</i> , 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, <i>caput</i> , 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, <i>caput</i> , 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, art. 69, CP)	01	2,94%
TOTAL	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 88: 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%
TOTAL	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 subjetivo⁶⁹.

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. 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.

69. GOMES, *op.cit.*, 2007, p. 204.

TABELA 89: 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, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva	01	0,97%
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	-	-
TOTAL	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, inócurrenente 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 90: 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%
TOTAL	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 91: 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		Não		Crime praticado mediante associação (art. 35, Lei n. 11.343/06)	
	Frequência	Porcentagem	Frequência	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
TOTAL	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 de 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]”.⁷⁰

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.

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.

70. GOMES, *op. cit.*, p. 197.

TABELA 92: 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 HOUE 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.

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 semiaberto 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 93: 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 semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade	14	7,29%
Nulidade da ação penal	10	5,20%
Revisão da dosimetria da pena ⁷¹	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%
TOTAL	192	100,00%

71. 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.

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:

TABELA 94: 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 semiaberto 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.

2.5.2 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.

Um 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”⁷². 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 HC 90350/SP.

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

72. BITTENCOURT, 2006, p. 71.

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 configuração.⁷³ Inúmeros julgados do STJ apontaram a mesma dificuldade constatada na categoria anterior, como o HC 88407.

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 auferes 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 recorreram minuciosamente sobre os seus parâmetros

73. 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.

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.

Quanto à 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 justificção 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.

CONCLUSÃO

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 moderado, 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 delicto 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 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. 2, 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.

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 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?

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 frequência, 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, Espanha.⁷⁶

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.⁷⁷

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.⁷⁸

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.

Conforme o modelo português sugere-se a *descriminalização do uso e da posse não problemáticos*⁷⁹ 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*

76. Cf. EMCDDA. *Illicit drug use in the EU: legislative approach*. Lisbon: EMCDDA, 2005, p. 26.

77. CARVALHO, Salo de. *A política...*, op. cit., p. 214.

78. 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.

79. 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 freqüentados por menores. É previsto em várias legislações européias, como a belga e a espanhola.

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 drogas⁸⁰. 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.

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 ideia 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.

80. 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.

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, Patricia 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 Iório 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: teoría 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 Criminais*, 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 politica 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, Sólton (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: Allyn 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 Juizes 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.

ZACCONI, 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.

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

_____. 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

