



LEI DE DROGAS: CRÍTICA À CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE PARA CONSUMO PRÓPRIO A PARTIR DE UMA DOGMÁTICA CRIMINOLOGICAMENTE ORIENTADA

DRUGS LAW: CRITICISM OF NARCOTICS SELF-USE CRIMINALISATION FROM A CRIMINOLOGICALLY ORIENTED DOGMATIC

Thales Gonçalves de Assis*
Pedro Vitor da Silva Oliveira**

Resumo: O presente trabalho denunciará elementos constantes no art. 28, da Lei 11.343/06, que o tornam incompatível com um Estado Democrático de Direito, cujo princípio norteador é a dignidade da pessoa humana. Para além disso, esclareceremos de que forma essa incoerência, ao fim e ao cabo, se coaduna com o caráter seletivo da atual política criminal de guerra às drogas. Em um primeiro momento, a análise incidirá sobre a questão do bem jurídico pressuposto do dispositivo, para, então, finalizarmos a exposição debruçando-nos sobre os critérios legislativos de diferenciação entre portes para consumo e para venda de drogas. O método empregado será o dogmático, auxiliado pelo referencial teórico da criminologia crítica. As técnicas utilizadas em prol do objetivo delimitado pelo trabalho consistem em estudo bibliográfico e análise de julgados e de dados empíricos. Conclui-se, por fim, pela mais que necessária revogação do art. 28, caput, da Lei 11.343, e, em segunda instância, pela supressão de alguns elementos presentes em seu §2º, bem como, por outro lado, pela conservação de outros, sob pena de se incorrer em uma piora exponencial da atual situação já problemática.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Porte para consumo. Criminologia. Direito Penal.

*Graduando da 6ª fase do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4035796567207566>. E-mail: thalesgd.a@yahoo.com.

**Graduando da 6ª fase do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2972337964538426>. E-mail: pedrovitor309@gmail.com.

Abstract: This paper will denounce elements contained in Art. 28 of Law 11.343/06, which make it incompatible with a Democratic State of Law, whose guiding principle is the dignity of the human person. Furthermore, we will clarify how this incoherence, in the end, is consistent with the selective nature of the current criminal policy of the war on drugs. At first, the analysis will focus on the issue of the juridical good assumption of the device, so that we can finalize the exhibition by focusing on the legislative criteria of differentiation between carrying drugs for consumption or selling. The method employed will be dogmatic, aided by the theoretical framework of critical criminology. The techniques used for the objective delimited by the work consist of bibliographic study and analysis of judgments and empirical data. Finally, it is concluded by the more than necessary repeal of Art. 28, caput, of Law 11,343, and, second instance, by the suppression of some elements present in its §2, as well as, on the other hand, by the conservation of others, otherwise it will incur an exponential worsening of the current already problematic situation.

Keywords: Drugs law. Carrying for self-use. Criminology. Penal Law.

1. INTRODUÇÃO

A política de guerra às drogas moldou a forma com a qual a sociedade brasileira se manifesta. Conseguiu, de forma muito bem sucedida, criar a figura de um inimigo interno que comove massas em seu prejuízo. A seletividade desempenhada pela criminalização secundária das agências penais, conforme se desvelará no presente trabalho, estigmatiza como narcotraficante o homem não branco e destituído de poder. A conjugação de elementos de classe e de raça são fundamentais para a incidência seletiva do Sistema Penal. Para o criminólogo brasileiro Augusto Thompson, isso se dá em razão de 4 elementos:

A visibilidade da infração; a adequação do autor ao estereótipo do criminoso construído pela ideologia prevalente; a incapacidade do agente em beneficiar-se da corrupção ou prevaricação; e a vulnerabilidade à violência (THOMPSON, 1998, p. 60 apud D'ELIA FILHO, 2011, p. 18).

Além disso, a semântica de guerra às drogas obteve sucesso em seu objetivo de “satanizar” as substâncias entorpecentes (BATISTA, 1990, p. 62), conceito esse que, muito em virtude dos traços religiosos e morais que permeiam nosso corpo social, enraizou-se com certa profundidade e facilidade. Como demonstração de que a expressão “Guerra” não é uma simples metáfora, intensificou-se o processo de militarização dos setores de Segurança Pública, direcionando-os, inclusive



em sua forma operacional, ao combate belicoso do inimigo criado, computando o número de baixas como índice de eficácia do trabalho policial¹.

Consequentemente, projetou-se uma ruptura dentro das camadas que formam a base da estratificação social. Ocorre que a figura do traficante (delinquente), do policial e da vítima são oriundas das mesmas comunidades, originariamente com o mesmo poder econômico e político (ZAFFARONI, 2021, p.91). Por constituírem fileiras diametralmente opostas nessa guerra, há um impedimento à coalizão que torna difícil, senão impossível, a compreensão do “Estado de coisas inconstitucionais” sob o qual o aparato governamental opera em combate a esse narcotráfico (KARAM, 1996, p. 84). A violência institucional se legitima a partir do sentimento de aversão provocado dentro da própria comunidade alvo de violências promovidas por agências governamentais.

É dentro desse contexto caótico, persistente em nosso país há décadas, que se faz necessária a discussão de temas atinentes à legislação que sustenta esse Estado de exceção, seletivamente vigente nas comunidades mais pobres, como será feito no presente trabalho. Pretendemos explorar, ainda que não exaustivamente, as incongruências presentes na criminalização do porte para consumo de drogas, sem deixar de lado, é claro, a abordagem dos critérios que delimitam a responsabilidade do usuário e do “traficante”. É fundamental tratar de ambas as questões em uníssono, tendo em vista que a simples revogação do art. 28, *caput*, da Lei 11.343 não seria suficiente para impedir a manutenção do status quo, o qual se configura por uma seletividade estigmatizante do homem negro, pobre e favelado como traficante de tóxicos, fazendo-se necessária, portanto, a análise das ferramentas legislativas que condicionam as decisões seletivas de autoridades judiciais.

Nesse sentido, nosso trabalho consistirá em desconstruir as principais contradições constantes no art. 28, da Lei 11.343/06, que o tornam incompatível com o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, dividir-se-á em duas partes: a primeira, na qual iremos abordar a questão do bem jurídico, dissecaremos o tema sob um viés estritamente dogmático para, em um segundo plano, a partir da utilização teórica da criminologia crítica, orientarmos nossa análise sobre os critérios legais de diferenciação entre porte para consumo e para o tráfico.

¹ No último ano, a sociedade carioca testemunhou a operação policial mais letal da história da cidade do Rio de Janeiro, realizada no Jacarezinho, na qual, pelo menos, 29 pessoas foram mortas. Esse modus operandi bélico aparentemente está em vias de se intensificar, como é de se atestar pelas últimas operações policiais do Rio e quem, por óbvio, perde, é a própria população (HAIDAR; GIMENEZ; FERNANDES; PEIXOTO; COELHO, 2021).

A metodologia empregada será a dogmática, influenciada pelo repertório teórico da criminologia crítica e auxiliada pelas técnicas de estudo bibliográfico e análise de julgados e de dados empíricos. Ao final da produção, concluímos pela revogação do art. 28, *caput*, em virtude da ausência de lesividade da conduta e, principalmente, em concordância com o princípio da alteridade; bem como pela modificação estrutural dos critérios legislativos constantes do art. 28, §2º, em prol da maior segurança jurídica no momento da criminalização secundária.

2. A INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL

O primeiro apontamento a ser realizado é acerca do bem jurídico tutelado pelo art. 28 da referida lei, deste modo, é necessário efetuarmos uma análise sobre o conceito de bem jurídico. Entende-se por bem jurídico os interesses humanos que carecem de proteção do direito, sobretudo, do direito penal. Desta maneira, Winfried Hassemer (2011, p. 20) assegura que os bens jurídicos devem ser solidamente descritos, ou seja, não podendo se utilizar de expressões vagas que não determinam de forma concreta o que será objeto de proteção do direito penal. Com isso, compreende-se que a proteção à coletividade ou instituições, só devem ir até o momento que essa proteção tenha como objeto o ser humano. Nesse sentido, o autor fundamenta o conceito da teoria pessoal do bem jurídico, a qual o direito penal só deve tutelar lesões a direitos de outrem, ou seja, só deve haver punição quando ocorrer lesões a terceiros. Ainda sobre os bens jurídicos, o autor Luigi Ferrajoli, em *Direito e Razão*, apresenta critérios para legitimar proibições que tenham como objetivo tutelar bens jurídicos, assim, alude o autor:

O primeiro e mais elementar critério é o de justificar as proibições somente quando se dirigem a impedir ataques concretos a bens fundamentais de tipo individual ou social e, em todo caso, externos ao mesmo direito, entendendo por ataque não somente a dano causado, senão, também - por ser inerente à finalidade preventiva do direito penal -, o perigo causado (FERRAJOLI, 2002, p. 378).

Podemos concluir que, para que determinada conduta seja criminalizada ou objeto de proibição da norma penal, ainda que esta seja desmoralizante, e imoral, é necessário que gere um dano concreto e efetivo.

Ainda neste sentido, o Roxin entende por bem jurídico “Os dados e as finalidades necessárias para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização dos seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal base-



ado nessas finalidades” (2011, p. 186). O autor retoma o conceito de Hassemer, uma vez que entende que os bens jurídicos universais só devem ter relevância penal se eles servirem aos interesses dos seres humanos, deste modo, conclui-se que se tratando de interesse coletivo, é necessário se averiguar um grau de lesividade individual (2011). Não deve ser admitido que o responsável pelo processo de criminalização primária se utilize da abrangência dos bens jurídicos coletivos para incriminar determinadas condutas, não podendo o bem jurídico ser genérico e abstrato.

No mesmo diapasão, observando o conhecimento produzido pela doutrina brasileira, Cezar Roberto Bitencourt, renomado doutrinador brasileiro entende como bem jurídico:

Um interesse humano concreto, necessitado de proteção pelo Direito Penal. Isto é, como bens do homem, imprescindíveis para sua sobrevivência em sociedade, como a vida, a saúde, a liberdade ou a propriedade. Sob essa perspectiva, os bens jurídicos coletivos (por exemplo, a paz pública ou a saúde pública) somente serão admitidos como objeto de proteção pelo Direito penal, na medida em que possam ser funcionais ao indivíduo (BITTENCOURT, 2022, p.52).

A partir dos argumentos apresentados, podemos concluir e entender bem jurídico penal como bens que dizem respeito à existência dos indivíduos que são considerados de extrema relevância para vida livre e pacífica em sociedade e, por isso, recebem a proteção do direito penal. Acerca do objeto de análise deste trabalho, de acordo com a imensa maioria dos juristas brasileiros e tribunais, o bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei 11.343 é a saúde pública, que no âmbito penal deve ser compreendida como a soma das saúdes pessoais de cada indivíduo. Neste sentido, leciona Luís Greco (2004) “a soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente, porém, para constituir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado pelo elementar da não-distributividade, isto é, ele é indivisível”. Com isso, podemos concluir que a suposta lesão à saúde de diversos indivíduos não constitui por si uma lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 28 da referida lei. Além disso, é importante tomarmos como parâmetro, que, para que determinada conduta seja tomada como lesiva, a mesma deve gerar mudanças na realidade, o que não ocorre na criminalização da conduta descrita no artigo em questão, uma vez que, ao consumir a substância proibida, o indivíduo não modifica a realidade de um terceiro, ou seja, não lhe causa um dano direito.

Diante do exposto, faz-se necessário, para criminalizar determinada conduta, a caracterização de uma lesão a um bem jurídico solidamente descrito e concreto, tampouco devem ser considerados bens jurídicos, os objetos que apresentam conceitos gerais e abertos, por essa razão, que há tanta discordância a respeito

dos bens jurídicos saúde pública e paz pública, pois são vagos e até metafísicos. Ainda, há que se levar em consideração que, questões morais não devem ser objeto de norma penal, ainda que tais práticas possam ser consideradas imorais, não há justificativa para que as tornem uma conduta criminalizada. Por exemplo, mesmo que parcela da sociedade considere imoral a prática de incesto, não se pode criminalizar tal conduta, uma vez que não existe lesão a um bem jurídico concreto, portanto, havendo mútuo consentimento das partes, não se pode falar em lesão a terceiros. Ainda, segundo Roxin (2018, p.21) “os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal”, desde que não violem liberdades, direitos e segurança de outrem, ou seja, não lesam um bem jurídico.

Apresentado um viés crítico acerca da ideia formal da teoria do bem jurídico, faz-se necessário um olhar sobre o aspecto material da teoria do bem jurídico. Apesar da análise crítica adotada pelos autores referenciados, ainda assim o bem jurídico é utilizado de modo a conferir legitimidade para o poder estatal. Segundo Baratta,

“Define-se o direito penal como sendo um instrumento que tutela interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo direito penal” (BARATTA, 199, p 10).

Assim, constata-se que o direito penal continua reproduzindo e colocando em ação o discurso relegitimador do sistema penal.

Neste sentido, vale retrocedermos a criminalização primária pois é nesse momento que ocorre o ato de seleção do bem jurídico que será objeto de “tutela” do Direito penal e, esse processo tem ocorrido para favorecer interesses do status quo que invariavelmente é seletivo, ou seja, nem sempre irá manifestar os interesses que sejam direcionados a satisfação de direitos da sociedade; ainda que o processo de escolha do bem jurídico verifique todos os critérios supracitados, ainda assim, podem estar a serviço dos interesses de uma sociedade neoliberal que se curva aos desejos do capital. Assim, a seletividade penal presente no nosso sistema justiça, não permite que essa proteção de bem jurídicos ocorra de forma idônea e isonômica, uma vez que a sociedade tem suas especificidades, que vai de identidade gênero, raça, classe social a idade, o que se apresenta desta forma é um sistema que tutela apenas alguns setores da sociedade.

Deste modo, podemos dizer que a teoria do bem jurídico ainda que tenha como função a limitação do *lus puniendi* estado, acaba funcionando como legitimadora da punição estatal, deixando perceptível a incapacidade estrutural do sistema penal de



cumprir uma das suas funções declaradas. Desta forma, é imprescindível uma teoria materialista para que se possa observar a incidência concreta das funções do bem jurídico-penal na sociedade. Nesta linha, versa Raúl Zaffaroni (2009, p.108) “ um derecho u orden jurídico realista es el que lleva a cabo el máximo esfuerzo de captación de la realidad y trata de aportar soluciones racionales.” Portanto, é necessário que a teoria do bem jurídico se revista do realismo marginal para que possa de forma concreta e isonômica uma sociedade estratificada realizar sua dita função delimitadora do frear o devaneio punitivista do Estado. Assim, para que haja lesão ao bem jurídico, é necessário que ocorra uma sensível alteração da realidade de modo a gerar um perigo concreto de lesão ou uma lesão ao bem protegido, ou seja, uma conduta que atende ao postulado do princípio da lesividade (TAVARES, 2020).

Utilizando-se do direito comparado, é importante retomar um conceito desenvolvido pelo filósofo e economista britânico, John Stuart Mill, qual seja: *Harm principle*. Para este, o Estado só possui legitimidade para interferir aplicando punições em ações humanas, apenas em situações que essas condutas causem danos a outros, assim, ações que gerem prejuízos a si próprio, não deve ser objeto de proibição estatal (SIMESTER, A P; HIRSCH, 2011, p.35). Apesar de desenvolvido por Stuart Mill, o responsável pela sistematização do *Harm principle* foi Joel Feinberg, que entende que o referido princípio legitima duas interferências do estado nas condutas do cidadão, quando busca prevenir ofensa (*Offense principle*) e danos (*harm to others principle*) a outros. Este princípio possui duas finalidades básicas, de limitador e delimitador dos ius puniendi estatal, visto que, *Offense principle* e *harm to others principle* (FEINBERG, 1984, p. 245) representam base fundamental para que tal conduta seja criminalizada, gerando desta maneira uma proteção às liberdades individuais e às manifestações de autonomia dos indivíduos, e servindo como ferramenta política-criminal, uma vez que, ao delimitar os danos e ofensas, possibilita ao legislador, observando os princípios constitucionais, atuar na criação de normas que respeite o respectivo princípio.

Ademais, na conjuntura do *Harm principle* entende-se que quando o ofendido ou lesado consente com o dano, há uma exclusão da tipicidade. Deste modo, se o titular do bem jurídico for capaz de reconhecer os danos ao bem jurídico e os aceitar, não há motivos para aplicação de uma sanção penal, desta maneira, ainda que se faça um esforço grandioso para enxergar um bem jurídico concreto no art. 28, caput, da Lei 11.343 estar-se-ia diante de necessária exclusão da tipicidade, uma vez que ao consumir drogas, logicamente, o agente consente com tal prática.

Além disso, cabe uma breve análise do princípio da secularização do direito. Com advento do iluminismo e das descobertas científicas, junto ao desenvolvimento do empirismo, neste momento o ser humano passa a ser o centro do mundo, com isso, ocorre uma cisão entre os dogmas da religião (igreja) e a moral, e, nesse sentido, o conhecimento científico (empírico) ganha espaço. Dessa forma, Luigi Ferrajoli, entende que o princípio da secularização, apresenta uma clara separação entre moral e direito, desta forma, depreende-se que inexiste uma conexão entre direito e moral, ou seja, caminham diametralmente em lados opostos, versa o autor:

O direito, não reproduz nem mesmo possui a função de reproduzir os ditames da moral ou de qualquer outro sistema metajurídico-divino, natural ou racional -, ainda de valores éticos-políticos, sendo, somente, o produto de convenções legais não predeterminadas ontologicamente nem mesmo axiologicamente. (FERRAJOLI, 2002, p.175).

Portanto, constata-se que não é função do direito, sobretudo do direito penal, reproduzir elementos da moral, ou seja, um discurso ético moralizante, deve se ater tão somente à proteção de bens jurídicos.

Neste sentido, o princípio da secularização representa o rompimento entre a moral representada pela igreja e a forma de produção científica. Deste modo, para Salo de Carvalho, o Estado, "não deve se imiscuir coercitivamente na vida moral dos cidadãos e nem tampouco promover coativamente sua moralidade, mas apenas tutelar sua segurança, impedindo que se lesem uns aos outros" (2001, p. 1-9). Entende-se, desta maneira, que o Estado não deve interferir na livre manifestação de vontade dos jurisdicionados, com isso, não há que se punir e julgar a esfera do pensamento. Nesta Linha, Luigi Ferrajoli (2002) entende que a moral não tem lugar no direito, porém, apenas no que concerne aos atos de consciência pessoal. Logo, não pode o direito penal punir condutas consideradas imorais, pelo fato que nem todo ato imoral é um ilícito, da mesma forma que o simples fato de uma conduta ser moral, não assegura que é lícita. Ainda que tal conduta do agente seja considerada imoral, pecaminosa, escandalosa ou deplorável, não incidindo na vida de terceiros, ou seja, sendo esta conduta, uma conduta interna, que diz respeito apenas à vida privada do agente, o direito penal não deve intervir.

Ainda nesta perspectiva acerca dos problemas dogmáticos do artigo em questão, é importante nos atermos a um princípio de extrema relevância para o Estado democrático brasileiro, e, principalmente, para o direito penal: o princípio da lesividade, segundo o qual para que se tipifique um crime, em sentido material, é necessário que haja, no mínimo, um perigo concreto, efetivo e real de ofensa ou



lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito penal. Ainda nessa linha, observando este princípio, o judiciário não pode culminar e aplicar penas em condutas que geram lesões irrelevantes aos bens jurídicos. Este princípio tem como objetivo, limitar a atuação do legislador no processo de criminalização primária, e a do poder judiciário na criminalização secundária, com isso, a finalidade é limitar que direitos constitucionalmente garantidos, sejam tolhidos a fim de gerar uma maior criminalização. Desta forma, Cezar Roberto Bitencourt, destaca que “a intervenção estatal, em termos de repressão penal, só se justifica se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado” (BITENCOURT, 2015, p. 71).

O artigo objeto desta análise, é entendido pela corrente majoritária do direito penal brasileiro, como crime de perigo abstrato, ou seja, crime que não exige a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste, em iminente perigo. Neste sentido, o autor já citado, entende por inconstitucional os crimes de perigo abstrato, pois para este, só há infração penal quando há efetivo e concreto perigo a um bem jurídico (BITENCOURT, 2022, p.71). É importante salientar que, tal princípio possui dupla função no direito penal brasileiro, uma é a já explicitada, que é a função de limitador do direito penal, ou seja, destinado ao intérprete da norma penal, a outra, é a limitadora do ius puniendi estatal, que nas palavras de Luiz Flávio Gomes: “É a função que pretende ter natureza material e significa constatar ex post factum a concreta lesão ou de um perigo concreto de lesão a um bem jurídico” (GOMES, 2002, p. 99). Desta maneira, a norma penal emana um limite entre o lícito e o ilícito, como isso o legislador só deve criminalizar conduta que se enquadre no ilícito, é essa só terá relevância ilícita quando gerar, segundo Juarez Tavares (2020, p. 114) ao menos uma modificação no bem jurídico, gerando com isso uma lesão efetiva ou sua colocação em perigo.

2.1 A INCIDÊNCIA DO ART. 28 NA VIDA PRIVADA DO INDIVÍDUO

Ademais, em análise ao sistema jurídico penal brasileiro, verifica-se que não há punição à autolesão, existe, sim, punição para quem incentiva e instiga a autolesão, vide o artigo 122, do código penal: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça”. Percebe-se que a punição não é para quem pratica a automutilação, mas sim para quem a incita. Nesse sentido, a proteção de bens jurídicos tem por objetivo a proteção de direitos de outros cidadãos, e não de si próprio. Desta maneira, se existe a ideia de que algumas substâncias consideradas ilícitas causam lesão ao indivíduo, e

por isso sua criminalização, estar-se-ia diante do paternalismo estatal, ou seja, o Estado pai que intervém nas livres escolhas do cidadão, de modo a tutelar seus próprios interesses. Em decisão de extrema importância sobre o tema, a 5ª Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, decidiu:

PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSÊNCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE. (UN NIME)

- A Lei anti-tóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o “emprego constante de normas penais em branco (...) e de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas” (ver: Salo de Carvalho, “A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização”, Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33-34).

- Diante destes dados, tenho como limites ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgências punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) e da ofensividade.

- No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros.

- Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior - atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional!

- Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Kanam e Salo de Carvalho.

PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ATIPICIDADE. (POR MAIORIA)

- O porte ilegal de arma de fogo é crime formal e de perigo coletivo. A lei do porte de arma criminalizou dezessete condutas, inclusive a de fabricar arma, não deixando a mesma de ser crime por estar desmuniada (voto vencedor).

- Trata-se de delito de perigo abstrato, onde o bem jurídico tutelado não é nitidamente definido (fatores que geram arbitrariedades e estigmatizações antidemocráticas). O potencial ofensivo da arma é elemento basilar do tipo, daí parte a obrigatoriedade da realização de perícia.

- Revólver desmuniado tem o potencial de lesividade equiparado a qualquer outro objeto que se carregue consigo (voto vencido). (TJRS, 5ª Câmara Criminal, ApCr 70004802740, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 07.05.2003). (Grifamos).

O artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, assegura que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, de forma bem explícita, garante o direito à vida privada ao cidadão brasileiro. O princípio da autonomia, resguarda ao indivíduo o direito à autodeterminação, ou seja, que este tome decisões acerca da sua própria vida, seja relacionado às relações sociais, a saúde etc, desta forma, o cidadão tem direito a livres



escolhas, desde que estas não afetem terceiros. De acordo com filósofo americano, Michael Sandel, para Immanuel Kant, (1785, apud SANDEL, 2020, p. 141) para agir livremente o indivíduo deve agir com autonomia, ou seja, agir de acordo com a lei que impõe a si próprio, e não de acordo com convenções sociais. Com isso, podemos concluir que, ao decidir portar determinada droga para consumo, o indivíduo age livremente, de modo que, para respeitar o previsto no artº 5, inciso X, o Estado não deveria intervir no seu exercício de autonomia enquanto cidadão. Ainda, corroborando com tais afirmações, e retornando a ideia de autolesão, cabe mencionar brevemente, o princípio da alteridade, segundo o qual o direito só deve impor sanções em condutas que firam direitos de terceiros. Neste sentido, de acordo com Salo de Carvalho:

O espaço de liberdade individual faculta preservar e desenvolver formas de realização em todas as esferas do íntimo (planos sexual, familiar, intelectual entre outras). Neste sentido, a criminalização de opções pessoais revela tendência marcadamente moralizadora no direito penal, cujos fundamentos não guardam harmonia com os preceitos constitucionais, sendo amplamente desqualificados pela cadeia principiológica que sustenta os direitos e as garantias individuais (CARVALHO, 2016. 8ª ed. p. 402 e 403).

O já mencionado filósofo, John Stuart Mill no que diz respeito à liberdade, entende que o indivíduo deve ser livre para ter as condutas que lhe seja pertinente, desde que não interfira ou cause danos a outrem. Para o autor, a independência do cidadão “é por direito, absoluta. No que diz respeito a si mesmo, ao próprio corpo e à própria mente, o indivíduo é soberano” (MILL, 1859, p. 26). Com isso, deve-se entender que o Estado não deve interferir na vida privada, ou seja, na liberdade individual do cidadão. Desta maneira, quando o jurisdicionado opta por consumir determinada droga, não gerando danos a terceiros, não deve o Estado intervir.

Diante do exposto até aqui, há um entendimento no sentido de que não existe fundamentação jurídica que sustente a criminalização e penalização do porte de drogas para consumo pessoal, mas ainda que persista essa inconstitucionalidade, deve o legislador e o judiciário brasileiro rememorar um princípio basilar do direito penal, conhecido como princípio da intervenção mínima, o qual limita o poder incriminador do Estado, pois entende que, para a criminalização de uma conduta, esta deve ser um meio necessário para a proteção de bens jurídicos, e para que ocorra essa criminalização, deve observar se outras áreas do direito não são capazes de efetivar a proteção a determinado bem jurídico. Assim, segundo Cezar Roberto Bitencourt “se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não



recomendável” (BITENCOURT, 2015 p. 62). Deste modo, se o direito administrativo, civil ou qualquer ramo do direito for capaz de restabelecer a ordem jurídica, devem ser estas as áreas aplicadas em *prima ratio*. Sabe-se que o direito penal é norteado, também, pelo princípio da *ultima ratio*, ou seja, só deve ser aplicado quando comprovada sua necessidade, desta forma, preconizava Maurach “na seleção dos recursos próprios do Estado, o direito penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontra-se em último lugar e entra somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica” (MAURACH, 1962, p. 31). Logo, regular condutas não é função apenas do direito penal, em razão disso que o direito penal tem um caráter subsidiário, e de acordo com Bittencourt

Indica que a intervenção coercitiva somente terá lugar para prevenir as agressões mais graves aos bens jurídicos protegidos, naqueles casos em que os meios de proteção oferecidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico se revelem insuficientes ou inadequados para este fim (BITENCOURT, 2015, p. 55).

Desta maneira, antes que houvesse a criminalização da conduta prevista no art. 28, e com isso a incidência do direito penal, haveria de ter se observado a proteção do suposto bem jurídico tutelado nesse tipo penal por outros ramos do direito, assim, não o fazendo, o legislador brasileiro não utilizou o direito penal da maneira correta, observando seus princípios, mas sim, adotou-o como *prima ratio*, e não como única *ratio*.

2.2 A INSIGNIFICÂNCIA DA CONDUTA DESCRITA NO ARTIGO EM ANÁLISE

Destarte, conforme dito anteriormente, ainda que se mantenha a criminalização do artigo em estudo, deve o magistrado, na sua aplicação se ater ao princípio da insignificância. Com isso, nos cabe fazer uma breve análise deste princípio, desta forma, é importante ressaltar que este é uma excludente da tipicidade, com isso, afasta a incidência da norma penal em condutas que representem uma baixa lesão ao bem jurídico tutelado. Para analisar este princípio, é necessário retomar ao conceito de tipicidade; tipo é um modelo abrangente que descreve as condutas proibidas pelo legislador, ou seja, é a descrição concreta da conduta proibida. Em uma análise moderna acerca da tipicidade, é imperioso observar a tipicidade formal e a tipicidade material. A tipicidade formal é a subsunção da conduta a norma penal, deste modo, a ação realizada pelo agente deve representar o dispositivo penal, já a tipicidade material, tem como fundamento a teoria dos bens jurídicos, apresentada anteriormente, pois entende que para esta possa ser verificada, há necessidade de que ocorra lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito penal. Portanto, pode-se



entender que, ainda que uma conduta esteja subsumida ao tipo penal, mas não gere lesão concreta ou perigo de lesão significativa ao bem jurídico tutelado pela norma, não há configuração do tipo de injusto, assim, não havendo perigo de lesão ou lesão ao bem jurídico, não se configura a tipicidade. Desta forma, ausente a tipicidade material ou formal, não haverá a prática de um delito, para que este se caracterize é indispensável o resultado naturalístico e nexos de causalidade diretamente conectados com a ação do agente.

3. SOBRE OS CRITÉRIOS DO ART. 28, §2º, DA LEI 11.343

3.1 DROGAS, AMÉRICA LATINA E SELETIVIDADE

A criminalização do consumo e do comércio de substâncias entorpecentes não é algo novo na história do Brasil, redações legais nesse sentido já constavam nas Ordenações Filipinas, em épocas de Império (CARVALHO, 2011, p. 54). Na intenção de evitar eventuais desvios do objetivo traçado pelo presente trabalho, nos ateremos a uma breve exposição do cenário mais recente, dentro do qual o discurso médico-jurídico contra as Drogas ascendeu. Ainda, é fundamental destacar o caráter sintético que pretendemos impor nessa parte do trabalho, sem a intenção de delinear o progresso histórico como algo invariável. Sua principal função é estabelecer o contexto que deu origem à atual política de drogas e seu caráter seletivo.

Em um primeiro momento, até a década de 50, podemos compreender o uso de substâncias entorpecentes como quase restrito às camadas marginais das sociedades – aqui, incluímos a estadunidense e latino americana como um todo. Em virtude disso, o discurso ético-jurídico consolidou-se na perspectiva sobre a questão das Drogas. Tanto o consumidor quanto o comerciante eram vistos como depravados, indivíduos subversivos e destituídos de moral. À Droga, em si, eram associadas inúmeras qualidades pejorativas de cunho moral e, principalmente, criminoso. Chega a influir, inclusive, no conceito de periculosidade atribuído aos indivíduos (OLMO, 1990, p. 30).

Já na década de 60, momento de intensa truculência na América Latina – revolução cubana e surgimento das guerrilhas -, assim como de irrompimento de ditaduras brutais no continente. No contexto estadunidense, as Drogas já não se restringem mais aos guetos urbanos, popularizaram-se entre as classes médias e altas, bem como dentro dos movimentos políticos de resistência e de contracultura (OLMO, 1990, p. 33-34). Dessa forma, sendo a Droga instrumentalizada como ferramenta política pelo movimento hippie nos EUA, ela passou a ser identificada



no país como espécie de inimigo interno, tão merecedora de repressão quanto os movimentos aos quais a instrumentalizam (OLMO, 1990, p. 36).

Em virtude da popularização das substâncias entorpecentes, um novo discurso médico-sanitário passa a ganhar evidência dentro do campo político. Agora, tornou-se interessante distinguir o tratamento estatal para consumidores e comerciantes. Ao consumidor, configurou-se um status de dependente, doente, alguém que precisava de acompanhamento médico; enquanto que, para o comerciante, reservou-se todo o estigma desmoralizante contido no antigo modelo ético-jurídico. A figura estigmatizada é a mesma: as camadas mais vulneráveis da sociedade, às quais o consumo de drogas era imediatamente associado. Dessa forma, o discurso médico-jurídico não enfrentou muita resistência, muito em virtude da sua capacidade de lidar de forma distinta com os diferentes atores envolvidos na questão, a depender, é claro, da sua origem social (OLMO, 1990, p. 34).

Na América Latina, as Drogas – também associadas aos movimentos políticos de resistência – começavam a configurar uma ameaça aos olhos das ideologias de segurança nacional empregadas pelos governos ditatoriais, despertando seu interesse em uma repressão mais rigorosa do que aquela empregada até o momento. Em virtude disso, já nos anos 70, movimentos de Lei e Ordem, responsáveis por qualificar a Droga como novo inimigo interno, são implementados no Brasil (BATISTA, 2003, p. 88).

Nesse ínterim, a década de 70 é marcada pela problemática atinente à heroína em território estadunidense. A droga começou a alavancar graves problemas sociais, de saúde e criminais. Proveniente da Ásia, seu principal exportador, popularizou-se ainda mais entre os setores militares que retornavam da guerra do Vietnã (OLMO, 1990, p. 39). O aumento dos índices de criminalidade – muito em razão dos casos de dependência química – colocou em xeque a política de Segurança Pública dos EUA e, por consequência, fez com que Richard Nixon empregasse a nova política de Lei e Ordem. Estava declarada uma nova guerra, em um novo fronte: contra o inimigo externo, exportador das substâncias entorpecentes responsáveis por corromper o público interno (OLMO, 1990, p. 40).

A partir de inúmeras movimentações políticas internacionais dos EUA a fim de difundir esse novo discurso entre países aliados, os países latino-americanos, quase que simultaneamente, introjetaram, na forma de Lei, a ideologia de Lei em Ordem – no Brasil, isto se verifica com a promulgação da lei nº 5.726/71 (OLMO, 1990, p. 44). Essa rápida inserção da questão das Drogas no cotidiano Latino-Americano deveu-se muito em razão do pânico alavancado pelas grandes mídias,



responsáveis por, de forma análoga ao que ocorrera nos EUA, associar essas substâncias à criminalidade em crescimento.

A cocaína, ainda na década de 80, é incorporada à questão das Drogas, movimentando ainda mais o mercado ilícito com a circulação de valores astronômicos. Nos EUA, o discurso de Lei e Ordem chega ao seu auge, corroborando para a política de Guerra às Drogas. Na América Latina, por seu turno, embora a ideologia de Segurança Nacional esteja em contínuo descrédito, tem-se ascensão a ideologia de Defesa Social – dentro da qual o medo é elemento crucial, recorrentemente estimulado por aparelhos midiáticos. Ambas, em uníssono, formam a política criminal atinente à questão das drogas que vigora até os dias de hoje. O conceito de inimigo interno deslocou-se da criminalidade política para a criminalidade comum (D'ELIA FILHO, 2007, p. 103). Para o delegado Orlando Zaccone,

A atuação do poder punitivo na questão das drogas ilícitas revela historicamente o controle social sobre as classes perigosas através da associação entre determinadas drogas e grupos sociais. Chineses e ópio; irlandeses e álcool; mexicanos e maconha; colombianos e cocaína; chegamos, com o fenômeno da globalização, à associação das drogas aos miseráveis (...) (D'ELIA FILHO, 2017, p. 129).

Portanto, evidencia-se a natural tendência seletiva do Poder punitivo: incidir-se sobre o indivíduo conforme seu grau de vulnerabilidade (ZAFFARONI, 1996, p. 57). Na América Latina, o vulnerável marginalizado, cujo aderência do estigma é extremamente elevado, sempre foi o não branco destituído de poder. No Brasil, contexto do nosso trabalho, pensar no inimigo interno, na figura sobre a qual o Poder Punitivo se debruça com maior rigor e, portanto, exerce sua faceta seletiva, envolve, invariavelmente, pensar no negro, pobre e morador de favela.

3.2 SOBRE O ART. 28, §2º, DA LEI 11.343

O dispositivo em questão condiciona a classificação da conduta à análise de elementos internos (circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes) e externos (natureza da substância, quantidade apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação) para discernir entre o porte para consumo e o porte para a venda. A razão da imprescindibilidade dessa previsão reside justamente nas “descrições de condutas empíricas idênticas nos tipos dos arts. 28 e 33” (CARVALHO, 2016, p. 314). Preliminarmente, já é possível atestar o demasiado grau de subjetividade atribuído a certos conceitos, como, por exemplo, as “circunstâncias pessoais e sociais”. É indubitável que a figura estigmatizada no inconsciente po-



pular influirá na aferição do magistrado acerca de qual indivíduo será selecionado como traficante, e qual, como usuário.

Em vista disso, destacar-se-á a violação de um dos mais relevantes princípios constitucionais do Direito Penal, senão o mais valioso: o princípio da presunção de inocência, o qual inviabiliza a responsabilização penal do indivíduo com base apenas em critérios objetivos. Conforme Juarez Tavares, o princípio da presunção de inocência

Incide tanto na etapa cognitiva de interpretação, **quando serão analisados os elementos do delito em face de sua definição legal**, quanto na fase de justificação ou decisão, na qual se promove o assentamento definitivo da relação entre proibição ou determinação e permissão. (TAVARES, 2020, p. 96). (Grifamos).

Nesse sentido, identificamos uma grave falha presente no art. 28, §2º da Lei 11.343: os critérios objetivos de interpretação da norma criminalizante elencados pelo legislador substituem muitas vezes a demonstração do dolo do agente, ou, ainda pior, acabam por inverter o ônus da prova para a defesa do acusado. Essa permissibilidade atribuída pelo artigo representa uma violação grave do princípio da presunção de inocência, como já mencionado.

Atestar a natureza da droga, sua quantidade apreendida, o local e as condições da ação, assim como as circunstâncias sociais, pessoais e os antecedentes do agente deveriam servir apenas como fatores de indiciamento (CARVALHO, 2016, p. 320). Na prática, ocorre que a simples atestação desses elementos é suficiente para ensejar uma responsabilização do acusado não por consumo, mas por tráfico, o que, em realidade, alteraria a responsabilidade penal do art. 28º para a do art. 33º, cujas penas não só são mantidas, como são extremamente agravadas.

Em outras palavras, a apreensão da substância com o indivíduo que tenha circunstâncias pessoais e sociais desfavoráveis, Antecedentes criminais e esteja em local de grande atividade varejista de drogas, por exemplo, converte o ônus da prova do Estado, que deveria provar o elemento subjetivo do agente em traficar, para a defesa do acusado, que deve provar seu dolo em não traficar, ou seja, que a substância apreendida é pra uso próprio.

Ainda nesse contexto, em conformidade com Maria Lúcia Karam, em certas ocasiões, a simples averiguação do status de desemprego ou de subemprego do proprietário das substâncias apreendidas já é suficiente para qualificar sua conduta como tráfico (KARAM, 1991, p. 58). É dito, de outras formas, que o indivíduo, por ser pobre, não pode deter tais substâncias para recreação própria, mas



apenas para comercializá-las e gozar dos lucros oriundos da prática criminosa.

O que se verifica em doutrina e jurisprudências é que a incerteza acerca da condição do agente como consumidor torna-se suficiente para configurar a responsabilização pelo art. 33, na dúvida, prevalece a ideia de “defesa da sociedade” – *in dubio pro societate*. Então, o Art. 28, §2º é utilizado de forma a violar um dos principais valores inerentes à questão da presunção da inocência: o *in dubio pro reo* (CARVALHO, 2016, p. 324).

Assim, ainda que com um suporte probatório carente de profundidade, consistente apenas em elementos objetivos, sem abordar necessariamente a subjetividade do agente, pelo menos de forma apropriada, o acusado pode ter sua conduta de consumo descaracterizada para o tráfico. De acordo com relatório atinente às sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro, divulgado pela Defensoria Pública do estado (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 87), os antecedentes do agente são utilizados como fundamento em quase 65% das sentenças condenatórias pelo art. 33, caput, precedendo apenas a quantidade de substância (82,49%) e pelas condições em que se desenvolveu a ação (95,86%). Assim, a carência probatória por parte da acusação muitas vezes é compensada pelo simples histórico do agente, que, dentro do contexto em análise, será, aos olhos do sistema penal, rotulado como traficante, não mais como usuário.

Afasta-se, por conseguinte, a possibilidade do indivíduo de gozar de direitos e garantias processuais, como, por exemplo, a transação penal (Art. 28, I, II e III, Lei 9.099/95), a suspensão condicional do processo (Art. 89, Lei 9.099/95) e a possibilidade de se responder ao processo em liberdade. É importante destacar nesse ponto a perversidade legislativa na elaboração da Lei 11.343 que, mesmo “despenalizando” o porte para consumo, elevou a pena mínima do porte para a venda de 3 – como constava na antiga Lei de Drogas (6.368/76) – para 5 anos, o que inviabiliza, em tese, o início do cumprimento da pena em regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos. Além disso, é claro, também há a equiparação do tráfico com crimes hediondos, no sentido de torná-los insuscetíveis de fiança, graça, anistia e indulto.

Ademais, essa “substituição de etiquetas penais” possibilita ao órgão jurisprudencial decretar a prisão preventiva (arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal) do acusado, o que não ocorreria se a sua conduta fosse devidamente enquadrada como porte para consumo. Essa estratégia de política penal acaba por corroborar com a alarmante quantidade de presos provisórios no país: em torno de 41,5% da população

carcerária não possui uma sentença condenatória em seu desfavor (BARBIÉRI, 2019).

Dessa forma, há muito em risco no que tange à diferenciação por parte do magistrado acerca de ambas as condutas – porte para consumo e para venda –, não sendo possível, nesse sentido, preservar os critérios delimitadores na forma em que se encontram no texto do art. 28, §2º. Dessa forma, local, circunstâncias sociais e pessoais do agente, assim como seus antecedentes, são elementos extremamente abstratos e subjetivos que abrem margem para decisões arbitrárias e permeadas por preconceitos e irregularidades, flertando, inclusive, com uma espécie de direito penal do autor, e não do fato.

Diante do exposto, torna-se flagrante a violação ao princípio da legalidade, além do postulado da taxatividade (TAVARES, 2020, p. 71), que é completamente dilapidado pelo §2º e sua subjetividade atribuída ao magistrado. Pode-se atestar, por outro lado, a atuação *contra legem* dos juízes. Dito isso, sob o respaldo de sua subjetividade e do texto legal do dispositivo em análise, aplicadores do direito podem penalizar condutas que evidentemente não se enquadram na figura típica do art. 33, *caput*, da Lei 11.343 por falta de elementos probabilísticos – hipótese na qual, como já mencionado, a dúvida deveria, pelo menos, ensejar em prevalência dos interesses do réu – como se tráfico fossem. Um bom exemplo dessa insegurança, a partir da apreensão de uma quantia irrisória de substância irrisória consigo, pode ser exemplificada a seguir

“EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. **6,61G DE MACONHA**. BUSCAS PESSOAL E DOMICILIAR. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA BUSCA E APREENSÃO. CONCRETOS FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA O ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO. DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006, NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. 1. Houve justificativa e motivação para a revista pessoal do paciente, já que, no momento em que estava prestes a realizar a venda de entorpecentes a um usuário, ao avistar a viatura da Polícia Militar, o réu tentou fugir do local, momento em que foi alcançado e revistado, e foram apreendidas **duas porções** de maconha e certa quantia em dinheiro. Na frente da residência, foram encontradas duas pessoas que disseram ter ido ao local para comprar drogas, portanto, houve fundada suspeita para a busca pessoal e domiciliar. 2. Inviável a desclassificação do delito, por demandar o reexame fático-probatórios dos autos. 3. Razão assiste à defesa quando afirma que o fato de terem duas pessoas na frente da casa para comprar as drogas, não pode ser motivo para reduzir a fração de redução da pena para 1/3. De fato, deverá a pena ser reduzida na fração máxima de 2/3 já que o paciente é primário e a quantidade de drogas não se mostra excessiva.



4. Agravo regimental provido em parte, para reconsiderar a decisão agravada e conceder a ordem de habeas corpus, a fim de redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa, substituída a privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da execução” (AgRg no HC 693434-SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJ de 10/05/2022). (Grifamos).

Percebe-se que a ínfima quantidade de droga apreendida conciliada com provas testemunhais são suficientes para determinar a traficância sob a perspectiva de certos magistrados. Há uma dilapidação completa da presunção de inocência, a dúvida acerca da traficância deveria determinar uma decisão favorável ao acusado, e não o contrário. Por sorte, ainda restam bons exemplos do correto entendimento e aplicação dos princípios constitucionais

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVAS INEQUÍVOCAS DE COMÉRCIO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante das circunstâncias fáticas, a forma como foi apreendida a droga não demonstra inequivocamente a sua destinação para a comercialização, além de não afastar a circunstância de ter sido apreendida quantidade não relevante.

2. Quanto ao material encontrado na posse no acusado, que afirmou ser usado na sua profissão de tatuador, também não restou categoricamente comprovado que fosse usado para o tráfico e não para a sua profissão. **A quantidade de droga apreendida não é expressiva, tratando-se de 11g de cocaína e 9g de maconha o que caracteriza mais o consumo do que a traficância.**

3. Considerando a apreensão de **quantidade não expressiva de droga e a ausência de juízo de certeza quanto aos elementos indicativos da comercialização do entorpecente**, afigura-se mais razoável, **considerando-se o princípio da presunção de inocência, adotar-se a interpretação mais favorável ao imputado.**

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 701456-SC, Rel. Ministro Olindo Menezes, DJ de 29/03/2022). (Grifamos).

Dessa forma, a manutenção do texto legal do art. 28, §2º da Lei 11.343 determina uma insegurança jurídica em demasia que influi na conservação de um sistema punitivo essencialmente seletivo e discriminador. A imprevisibilidade de critérios mais objetivos permite que o juiz pondere sobre a condição do acusado de forma a seguir suas diretrizes subjetivas permeadas por preconceitos estigmatizantes, além de toda a problemática já elencada acerca dos critérios objetivos externos e internos. Os mecanismos de criminalização secundária implacavelmente selecionam a clientela dos dispositivos em conformidade com os estigmas estabelecidos (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

Tendo em vista a atuação das agências estatais como responsáveis por atribuir filtros às condutas criminalizadas pelo texto normativo, depreende-se que a subjetividade inerente ao parágrafo em análise contribui e muito para que juristas prossigam à responsabilização das camadas mais pobres da sociedade pelo tráfico de drogas (art. 33) e não pelo porte para uso próprio (art. 28, caput). É de se destacar que a qualidade desse filtro, pelo menos em nossa região, é determinado por séculos de escravidão em nossa sociedade com critérios raciais e pelo atual regime socioeconômico, que precisa, de alguma forma, lidar com as camadas de excedentes periféricos que não se adequam ao sistema.

O “saber” instituído pela colônia culminou nos anos positivistas de influência das obras de Cesare Lombroso em nossa sociedade que, de forma muito conveniente para os interesses oligárquicos de nosso corpo social, etiquetou o criminoso de forma esteticamente condizente com os corpos negros e pobres. Em virtude da forte aderência do rótulo, como bem comentado por Orlando Zaccone, à figura do traficante popularmente imaginada, há um rosto pré-estabelecido, de cor e condição social bem definidos (D’ELIA FILHO, 2011).

Em outras palavras, para Alessandro Baratta, a criminalidade

Não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a **seleção de indivíduos estigmatizados** entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é (...) um “**bem negativo**”, distribuído desigualmente conforme a **hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos**. (BARATTA, 2011, p. 161). (grifamos).

Assim, em virtude dessa consciência colonial de grandes proporções, é comum observar a seletividade sendo exercida a partir de manifestações extremamente desproporcionais. Os critérios subjetivos do art. 28, §2º são examinados com maior recrudescimento por parte de autoridades judiciais quando o réu consiste em indivíduo pobre, de maior vulnerabilidade diante do sistema, negro e marginalizado do que em relação aqueles pertencentes de classes mais altas na sociedade².

² A autoridade judicial atua com maior receio ao decidir sobre a responsabilidade de acusados de níveis sociais mais altos, receio esse que não se encontra quando a apreciação é feita sobre os pobres periféricos. Há receio em se comprometer a reputação e vida profissional dos agentes melhor beneficiados economicamente - empresários, estudantes universitários, etc. Notoriamente o mesmo receio não aflige o magistrado quando diante daqueles corpos que já tem o estigma de criminoso, não haverá prejuízo da atual situação do acusado,



Nas palavras de Howard Becker, “o mesmo comportamento (...) pode ser uma infração quando cometido por uma pessoa, mas não quando cometido por outra (...)” (BECKER, 1977, p. 64). A rotulação estigmatizante possui essa funcionalidade negativo, quando um indivíduo oriundo de estratos superiores e médios – portanto, não rotulado – comete o ato tipificado, ele pode assim não ser reconhecido pela sociedade e pelo magistrado. Por incompatibilidade entre agente e rótulo, não se associa sua imagem ao fato. A professora Maria Lúcia Karam, em seu turno, denuncia o maior zelo empregado por magistrados ao sentenciar réus por tráfico ou não

Os juízes costumam experimentar um sentimento de incômodo, uma maior preocupação em aplicar a pena, preocupação que não se manifesta quando se trata de indivíduos dos estratos inferiores, aos quais a pena é aplicada sem hesitações, pois menos comprometedora para seu status social, já baixo. Isto explica um número significativo de absolvições de consumidores de drogas por “política criminal”, que já foram muito comuns, na prática da Justiça Criminal no Brasil, servindo para livrar réus pertencentes aos estratos superiores e médios, de boa aparência, bem empregados ou estudantes universitários, como também explica o fato de que tais absolvições, não obstante sua notória impropriedade técnica, nunca provocaram os mesmos questionamentos suscitados pela tese, universalmente aplicável, da inadmissibilidade da punição da posse de drogas para uso pessoal, seja pela inafetação do bem jurídico protegido (a saúde pública), seja por sua contrariedade com um ordenamento jurídico garantidos da não intervenção do Direito em condutas que não afetem terceiros (KARAM, 1993, p. 60)

A conservação desse dispositivo na forma em que se encontra permite o crescente número de presos pelo crime de tráfico de drogas em nosso país – mais de 200 mil homens e mulheres, em sua imensa maioria negros, conforme dados divulgados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do ano de 2021 (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2021) - com notórios traços de discriminação e desigualdade no tratamento ofertado pelo sistema penal, manifestações evidentemente inconstitucionais, por infligirem os princípios da igualdade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana.

Impressionante é o crescimento percentual do número de presos por crimes atinentes às drogas (CRUZ, 2016), de 15%, em 2006 – ano da promulgação da Lei 11.343³ –, para 29% - equivalente a quase 204 mil detentos – em 2021. Houve, nes-

em caso de condenação por tráfico. (KARAM, 1991, p. 60). Esse fator desmente qualquer discurso falacioso no sentido de imputar às drogas a qualidade de objeto dessa política de guerra, a verdadeira intenção do poder punitivo é controlar determinadas camadas sociais (BATISTA, 2003, p. 134), facilmente etiquetadas como traficantes e perigosas, sendo, a partir disso, improvidas de direitos.

3 Descartou-se uma oportunidade única de se alterar a política genocida, disfarçada de política criminal, adotada pelo Brasil de forma acrítica ainda nos anos 70. (BATISTA, 2019).

se sentido, um aumento de 228% no número de presos pela Lei de drogas. Dessa forma, a diferenciação entre consumo e venda de substâncias entorpecentes não serviu para diminuir a interferência penal, como pretendiam, pelo menos em tese, os elaboradores do novo conjunto normativo. Pelo contrário, a diferenciação da conduta típica de consumidor apenas serve, em grande maioria, aos interesses daqueles indivíduos originários das classes sociais menos vulneráveis, enquanto que, para os não brancos e destituídos de poder, subsiste a repressão seletiva do poder punitivo.

Além disso, a utilização oportunista dessa permissão legislativa para condenar um mero consumidor por tráfico e, conseqüentemente, colocá-lo em contato com o sistema penitenciário é suficiente para estigmatizá-lo ainda mais diante da sociedade. Nesse sentido, ainda que o indivíduo não fosse dedicado à “carreira criminosa”, sua inserção no sistema penitenciário tem potencial em demasia para garantir sua regressão ao sistema, inclusive, pelo mesmo delito, uma vez que, como mencionado anteriormente, os antecedentes do agente exercem certo protagonismo para a sentença que discernirá entre responsabilização por consumo ou por tráfico.

Como bem exposto pelo ex-ministro da Suprema Corte Argentina, “a prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a regressão, o que não é difícil de explicar” (ZAFFARONI, 2001, p. 135). Tendo em vista as péssimas condições penitenciárias em nosso país – superlotação carcerária de 160% (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2019) - o indivíduo é submerso em um contexto dominado por facções criminosas, sem uma alimentação decente e muito menos uma segurança garantida pelos policiais penais – não só apenas em virtude, claro, da superlotação, mas também por essa aversão incrustada. É evidente que diante deste cenário de selvageria, para sobreviver, o indivíduo é condicionado à imersão na vida do crime. O Sistema penal, dessa forma, tem na atual Lei de drogas seu principal instrumento de controle, produção e reprodução da sua “clientela”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, como mencionado anteriormente, defendemos a revogação do art. 28, caput, da Lei de drogas, tendo em vista sua contrariedade a diversos princípios fundamentais do direito penal, especialmente o princípio do bem jurídico e da lesividade, uma vez que a conduta prevista na referida norma penal não representa



uma lesão ao bem jurídico de terceiro e, menos ainda, da coletividade⁴. Mesmo que houvesse qualquer lesão, estaríamos diante de um caso de autolesão.

Por outro lado, ainda que se entenda que não há condições de realizar a descriminalização em questão, é necessária uma mudança objetiva na lei de drogas vigente em solo brasileiro, sobretudo no artigo e parágrafos objetos desta análise. Apesar de terem sido massivamente criticados, é necessário se utilizar de critérios objetivos, como os adotados pelo art. 28, §2º, da Lei 11.343 para realizar a distinção entre o usuário de drogas e o varejista de drogas. Contudo, é extremamente importante que esses termos sejam adotados como limitadores do poder punitivo, e não como simples legitimadores do poder punitivo, forma sob a qual são utilizados hodiernamente. Neste sentido, é fundamental a exclusão de alguns critérios previstos no art. 28, §2º, quais sejam: o local, as circunstâncias sociais e pessoais, sob pena de sobrepujar o direito penal do autor, visto que a punição se fundamenta em razão das condições pessoais do agente.

Desse modo, em um país no qual historicamente se criminaliza a pobreza, em que o Estado busca constantemente controlá-la através do poder exercido pela polícia, podemos observar nos índices do sistema carcerário nacional que desses guetos que saem os clientes do direito penal, sobretudo no que diz respeito à lei de drogas. Ainda, se faz necessária a inclusão de um critério quantitativo no que diz respeito à distinção entre consumidor e traficante de drogas, ou seja, a adoção de um referencial para nortear a magistrado no momento da sentença e, até mesmo, agente de segurança pública que, em um primeiro momento, é o responsável pela prisão do indivíduo, suprimindo, com isso, a discricionariedade na interpretação do tipo penal por parte dos agentes. A utilização deste método é extremamente valioso para que se mitigue a seletividade punitiva sob critérios subjetivos. Nesse sentido, por fim, a mudança legislativa que se propõe à lei 11. 343 tem como objetivo único a limitação da seletividade penal e da violência física que recai sobre os mesmo indivíduos – pobres, negros e periféricos –, que, dentro da conjuntura intrínseca à história brasileira, é o inimigo declarado do Estado, tendo em vista sua rotulação como perigosos, responsáveis pelos riscos que maculam a sociedade, e, por isso, indignos de terem seus direitos fundamentais respeitados. Desta maneira, é imperioso que ocorra uma mudança no art. 28, caput e §2º, da Lei 11.343, a fim

4 Hipótese a qual já está em tramitação no Supremo Tribunal Federal, infelizmente, paralisado há anos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. RE 635659 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 08-03-2012 PUBLIC 09-03-2012 RT v. 101, n. 920, 2012, p. 697-700)

de impedir a manutenção da principal ferramenta produtiva de clientela do sistema penal atualmente.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Pena: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª edição. Rio de Janeiro, 2011.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. *CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação*. G1, Brasília. 17 de jul. de 2019. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Acesso em: 02 de jul. de 2022.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro, Revan: 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. *Ainda uma vez, drogas*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 10, n. 319, p. 3-4, jun. 2019.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECKER, Howard. *Uma teoria da ação coletiva*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral - arts 1º a 120º*. 21ª edição - São Paulo: SaraivaJur, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral - arts 1º a 120º*. 28ª edição - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 de ago. de 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

BRASIL. *Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l5726.htm#:~:text=L5726&text=LEI%20n%205.726%2C%20DE%2029%20DE%20OUTUBRO%20DE%201971.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20medidas%20preventivas%20e,ps%C3%ADquica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

BRASIL. *Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.



BRASIL. *Lei. Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20 de ago. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. RE 635659 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-050 DIVULG 08-03-2012 PUBLIC 09-03-2012 RT v. 101, n. 920, 2012, p. 697-700

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p.01 e 09.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 03 de jul. de 2022.

Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal. In: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos; CAICEDO TAPIA, Danilo (ed.). *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 99-121. (Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad) Disponível em: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/118641-opac>. Acesso em: 30/09/2022

CRUZ, Elaine Patricia. *Após quase dez anos, Lei de Drogas aumentou número de pessoas encarceradas*. Agência Brasil, São Paulo, 20 de set. de 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-09/apos-quase-dez-anos-lei-de-drogas-aumentou-numero-de-pessoas-encarceradas>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório final: pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento nacional de informações penitenciários*. Disponível em <<https://app.powerbi.com/>>

FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. New York: Oxford University Press, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

GRECO, Luís. "Princípios da ofensividade" e crimes de perigo abstratos - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 115, jul-ago. 2004.

H Aidar, Diego; Gimenez, Elza; Fernandes, Filipe; Peixoto, Guilherme e Coelho, Henrique. *Operação no Jacarezinho deixa 28 mortos, provoca intenso tiroteio e tem fuga de bandidos*. Rio de Janeiro, 06 de maio de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/06/tiroteio-deixa-feridos-no-jacarezinho.ghtml>. Acesso em: 12 de ago. de 2022.

Hassemer, Winfried. Greco, Luís. Tórtima, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação Estatal de Incriminar*. 2ª ed. Lumen Juris, 2016.

Karam, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam Ed., 1991.

Karam, Maria Lúcia. *Esquerda punitiva*. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 79–92, jan/jun. 1996.

Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962.

Mill, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Pedro Madeira. - [Ed. especial]. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

Olmo, Rosa del. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro, Editora Revan, 1990.

Rio Grande do Sul. TJRS, 5ª Câmara Criminal, ApCr 70004802740, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 07.05.2003. No mesmo sentido:“(…) II. Porte de substância entorpecente para uso próprio (conduta ‘trazer consigo’). Art. 16 da Lei 6.368/76. Violação dos princípios da dignidade, humanidade e ofensividade. Absolvição (art. 386, iii, do CPP (...))” (TJRS, 6ª Câmara Criminal, ApCr 70010579944, Rel. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. 03.03.05).“I. Porte de substância entorpecente para uso próprio (conduta ‘guardar’) cannabis sativa apreendida na residência do acusado. Art. 16 da Lei 6.368/76. Violação dos princípios da dignidade, humanidade e ofensividade. Absolvição mantida (art. 386, III, do CPP)” (TJRS, 6ª Câmara Criminal, ApCr 70008952129, Rel. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. 12.08.04).

Roxin, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*/Claus Roxin; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli - 2. ed. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

Sandel, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?*. tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Maximo. – 31ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

Simester, A P; Hirsch, Andreas von. *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalization*. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011.

Tavarez, Juarez. *Crime, crença e realidade*. Rio de Janeiro, Da Vinci Livros, 2021.



TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 2ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro: a criminologia do ser-aqui*. Rio de Janeiro, Da Vinci Livros, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado: uma categorização frustrada*. In: Discursos sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, nº 1. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996, p. 45-67

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª edição. Rio de Janeiro, Editora Revan, 2001.