

A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE USO DE DROGAS SEGUNDO O ART. 28, §2º, DA LEI 11.343/2006: UM CONVITE À ARBITRARIEDADE^{1*}

*Juno Barbosa Leite^{2**}*

Resumo: O presente trabalho versa sobre a questão da tipificação do uso de drogas, que se pauta em critérios eivados com uma arriscada carga de subjetividade, conforme se depreende do art. 28, §2º da lei nº 11.343/2006. No sentido de esclarecer e compreender a questão, inicialmente será realizado um sucinto retrospecto da legislação de drogas no Brasil. No mesmo intuito, serão abordados temas como os princípios envolvidos e o processo de criminalização inerente ao sistema penal. Nesta linha, será debatida a polêmica acerca da conduta de uso de drogas, se esta foi descriminalizada ou despenalizada. O papel do juiz, bem como dos demais agentes que participam do processo, terão merecida atenção ao longo do trabalho. Finalizando, serão expostas algumas balizas sobre a atuação do estado nesse cenário.

Palavras-chave: legalidade, imparcialidade, tipificação, drogas, criminalização.

INTRODUÇÃO

A ideia de escrever sobre este tema surgiu a partir da vivência prática com a questão das drogas – uso e tráfico -, estagiando na Defensoria Pública do Estado, com atuação na Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas. No dia-a-dia do estágio, ficou constatado que grande parte das penas ali

1 *Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, apresentado, em 2011.1, como requisito parcial à obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Centro Universitário Jorge Amado.

2 ** Aluno do curso de Direito no Centro Universitário Jorge Amado.

executadas são provenientes do crime de tráfico de drogas. Aliado a isto, vem o fato de que atualmente a maior parte das pessoas que estão presas, se encontram nesta situação por terem se envolvido com o tráfico de drogas. Fato este, que há 15 anos não existia. Já que, eram os crimes contra o patrimônio (furto e roubo, em especial) os “responsáveis” por encher as prisões.

Apenas com este dado fica nítida a importância que merece o tema. Um delito que apresenta tamanha incidência como o tráfico de drogas, merece atenção especial do Direito e daqueles que o operam. E da mesma forma, deve ser com o crime de uso de drogas. Que, devido à atual conjuntura do ordenamento jurídico, apesar de ser diferente do crime de tráfico, encontra-se extremamente próximo deste, sendo tratado muitas vezes como se o fosse. Ocorre que, este tratamento equivocado origina-se de uma imprecisão na lei. Logo, discutir esta questão é, sem dúvida, procurar entender e colaborar para a solução de um problema que atinge uma parcela da sociedade, majoritariamente desfavorecida – principal alvo do sistema penal seletivo.

Assim, basta analisar a legislação específica, no caso a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), para perceber que há na lei uma lacuna. Lacuna esta, responsável por permitir ao magistrado, no momento da tipificação do crime de uso de drogas, exercer eventual arbitrariedade. Essa imprecisão e esse vazio da Lei em estudo configuram, nada mais do que uma desatenção do legislador justamente ao princípio mais importante do direito penal, o princípio da Legalidade – seguido por outros, também imprescindíveis.

Dessa forma, o réu fica à mercê de um juiz que se valerá de suas convicções e preconceitos, e, que dará decisão influenciado – necessariamente – por uma grande carga axiomática e emotiva. Assim, resta a indagação: teria o juiz condições suficientes para julgar, respeitando direitos e garantias, valendo-se dos critérios expressos no artigo 28 da referida lei?

Este questionamento vem à tona, pois, para decidir se o indivíduo é usuário ou traficante – condições estas, totalmente distintas e que ensejam em penas diametralmente opostas: de um lado a advertência, por exemplo, e do outro, a tão acertadamente criticada, prisão – o juiz se vale de critérios extremamente subjetivos e genéricos, permitindo, assim, desvios de finalidade. Não é a toa que, em muitos casos, tais decisões de 1º grau são fruto de apelações para os Tribunais de Justiça afora.

Logo, pretendo analisar a opção político-criminal na edição do referido dispositivo, focando nas repercussões de tal escolha no processo decisório do julgador, bem como nas conseqüências possíveis para o acusado. Para tanto, será necessário realizar um levantamento sobre o histórico do tratamento dado pelo legislador às drogas no Brasil, com o fim de demonstrar o avanço na legislação específica, comparando as mudanças. Nesta mesma linha, será salutar levantar uma discussão sobre a referida opção e o princípio da Legalidade, que acabou por ser esquecido quando na edição da lei – ou, pelo menos, no dispositivo em questão.

Far-se-á, também imprescindível, avaliar, explicando conceitos relacionados – tais como imparcialidade e criminalização-, a questão central do trabalho: o processo decisório do juiz, que é direcionado por uma previsão legal subjetiva e que pode acarretar em uma arbitrariedade. Como também, analisar o processo desde o início, para que possa-se entender – com a ajuda da transdisciplinariedade – o contexto processual e quais fatores influenciam o juiz no ato decisório.

Neste ponto, com o intuito de ajudar a entender a questão, será realizado um estudo de caso, para então, considerando-o como fonte, avaliar e tentar compreender melhor algumas decisões que interessem ao tema. Este estudo será voltado para a figura do Juiz e tentará identificar pontos em comum no entendimento de magistrados, com atuação em varas especializadas de tóxicos, acerca da questão ora trabalhada. E, por último, mas não menos importante, será necessário estudar e examinar diversas produções literárias sobre o tema e afins, visando demonstrar as imperfeições presentes na norma penal.

Desta forma, o que se pretende com o presente trabalho não é solucionar o problema - seria muita audácia. E sim, chamar a atenção para um problema que está diante de nós, mas que continua sem atenção. Assim, não há como deixar de lado essa questão da tipificação do crime de uso. Uma vez que, se mal feita, colabora para um aumento da atual estatística prisional. Portanto, o objetivo aqui, é trazer uma eventual contribuição prática para esse fenômeno jurídico que é o Direito, visando o seu saudável, e intermitente, desenvolvimento.

SÍNTESE HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO DE DROGAS NO BRASIL

Antes de iniciar as exposições acerca do tema em questão, é importante fazer um breve apanhado histórico das legislações anteriores vigentes no Brasil, para que se possa compreender melhor o contexto geral do tratamento dado às drogas na nossa sociedade.

Conforme nos ensina Salo de Carvalho (2006), a criminalização do uso de substâncias entorpecentes no Brasil aparece já no século XVII, através das Ordenações filipinas. Após a edição das Ordenações Filipinas, a questão das Drogas volta à tona com o advento do Código de 1890, o qual passou a regulamentar o tema, sob o título de “Dos crimes contra a Tranqüilidade Pública”. No início do século XX, frente ao aumento do consumo de ópio e haxixe, em sua maioria pela aristocracia e nos círculos intelectuais, houve um incentivo para a edição de novas normas sobre o uso e a venda de substâncias psicotrópicas.

Em 1932, com a Consolidação das Leis Penais, houve uma densificação e complexificação das condutas. Houve o incremento da pena de multa, junto à de prisão. Mais tarde, com os Decretos 780/36 e 2953/38, surge um novo modelo de gestão impulsionando a política de Drogas, que passou a ser formalizada pelo Departamento Nacional de Saúde Pública. A esta altura, as políticas de Drogas começam realmente com um proibicionismo sistematizado.

Mais tarde, em 1938, é editado o Decreto-Lei 891/36, que se fundamenta em um modelo internacional de controle, segundo as disposições da Convenção de Genebra de 1936, quando, então, inúmeras substâncias passam a ser consideradas entorpecentes. Com a publicação do Código Penal de 1940, as hipóteses de criminalização são preservadas. Posteriormente, na década de 50, debates sobre as drogas ilegais e a necessidade de um controle repressivo, fazem surgir “um discurso oficial que pode ser denominado de discurso ético-jurídico, o qual, não obstante potencializar leis penais repressivas gerava o estereótipo moral do consumidor” (Carvalho, 2006, p.8).

Seguindo esta linha, surge no Brasil uma “Ideologia de diferenciação”, segundo a qual, sobre os traficantes passava a incidir o estereótipo do criminoso corruptor da saúde pública. Sob os usuários, por sua vez, recaía

o estereótipo da dependência. Dessa forma, surgiu por força das agências repressivas – em meio a um contexto político-repressor característico da Ditadura Militar (1967 a 1985) –, a idéia de “inimigo interno”. Com o advento da Lei 6368/76, no que se refere ao plano político-criminal, ela

[...] manterá o histórico discurso médico-jurídico, com a diferenciação entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante-delinquente (...) à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exacerbações de pena. (Carvalho, 2003, p.15/16)

Em 2002, adveio uma tentativa de revogar este estatuto repressor, vigente já há 26 anos. Foi, então, criada a Lei nº 10.409 com o intuito de adequar a legislação ao novo contexto social. Porém, as lacunas deixadas foram tantas, que, em 2006, foi editada nova Lei, a de nº 11.343/2006, revogando a anterior. Nesta oportunidade, foi também alterada a nomenclatura dada, passando de “Lei de Tóxicos”, para “Lei de Drogas” (Lourido Junior, 2007). Sobre este novo diploma, será discutido de forma mais específica em momento oportuno, mais adiante.

PRINCÍPIOS ELEMENTARES

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Direito Penal tem como alicerces alguns princípios que norteiam e delimitam a sua atuação. Esta principiologia visa defender direitos fundamentais, comuns ao Estado em que vivemos - o Estado Democrático de Direito.

À frente deste esquadrão de princípios está o líder, o princípio da legalidade ou reserva legal. Encabeçando a nossa carta normativa penal figura, em seu artigo 1º, assim disposto: *Não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal*. Previsão esta, amparada de forma similar pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXIX, quando diz que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Ademais, vale ressaltar que o princípio da legalidade está presente na Constituição brasileira desde a primeira delas, a Constituição Imperial de 1824.

Tal princípio teve origem no século XIII, como consequência da “Magna Charta Libertatum”, outorgada pelo Rei João Sem Terra. Esta, por sua vez, foi um acordo

Entre esse Rei e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses, em face do que se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais. Em face desse acordo histórico, foram reconhecidas garantias a liberdade e inviolabilidade aos direitos da igreja e certas liberdade aos homens livres do reino inglês. Mais do que isso, a Magna Carta deixa implícito pela primeira vez na história política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculados pelas próprias leis que edita. (CUNHA JUNIOR, 2009, p.559)

Nesta, estava disposto que “*nenhum homem livre podia se submeter à pena não prevista em lei local*”. Porém, somente em época posterior o princípio se tornaria mais conhecido, através do seu grande expoente Beccaria, em sua obra Dos delitos e das penas. Contudo, foi Feuerbach quem formulou o brocardo referencial do “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, o qual sempre é lembrado em se tratando de legalidade.

Como foco, este princípio tem a salvaguarda de garantias fundamentais e a limitação ao poder punitivo do Estado. Justo por isso costuma-se conectá-lo ao memorável dito latim que diz: *Nullum crimen, nulla poena sine lege previa, scripta et stricta*. Neste, a idéia passada é a de que há “limitação das fontes formais do Direito Penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão” (PRADO, 2000, p.131). Tamanha é esta limitação, que a Constituição reserva ao poder legislativo a competência exclusiva para tratar sobre a normatização penal, tendo em vista a peculiar relevância dos bens jurídicos em questão.

É neste sentido que leciona com maestria Cláudio Brandão (2002, p.71/72), quando diz que:

O Princípio da Legalidade é o estudo da lei penal em sua natureza intrínseca. Isto se dá porque dita natureza intrínseca, versa sobre a substância de lei, isto é, versa sobre a essência da mesma lei. É através do princípio da legalidade que o Estado encontra o pressuposto e a fonte para o exercício da potestade de repressão penal. De outro lado, parafraseando Florian, é também através do mesmo Princípio da legalidade que termina o reino de arbítrio, porque alguém somente pode ser tido como criminoso após a prévia e solene declaração da conduta qualificada na lei como crime.

Diante disso, percebe-se o peso que exerce o princípio da legalidade no momento da criação e interpretação das normas penais, como fator essencial ao equilíbrio do sistema. Pois, como se sabe, este referido sistema compõe-se de um lado pelo Estado e do outro pelo homem, e, plantado entre ambos está o princípio da legalidade, de forma a garantir um processo justo. Uma vez que, de um lado, limita a atuação do Estado e, do outro, assegura os direitos do homem durante o desenvolvimento da lide.

Seguindo a mesma linha, compondo outra dimensão do princípio da legalidade, está o princípio da taxatividade. Este, também visa assegurar garantias, fornecendo segurança jurídica aos atos do Estado, ao passo em que deixa clara a definição jurídica do fato criminoso. Constituindo, assim, uma limitação ao poder de punir, bem como uma garantia de igualdade de tratamentos. É neste sentido que acerta Claus Roxin (apud. Bitencourt, 2009, p.), ao afirmar que “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer.”

Para tanto, o legislador, no momento da edição da norma, deve descrever o fato típico de forma clara e objetiva, evitando os conceitos “vagos ou valorativos de duvidosa precisão” (ZAFFARONI, 2003, p.207). Ou seja, deve fazê-lo estabelecendo margens que vinculem o julgador, visando sempre impedir desvios de finalidade e limitar o *arbitrium iudicis*. Pois, pelo contrário, estaria dando ensejo à arbitrariedade, que, por sua vez, pode mostrar-se até mesmo na própria lei. Sobre esta taxatividade, que deriva da legalidade, assim escreveu Bitencourt (2009, p.11/12):

Não se desconhece que, por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de indeterminação, visto que, como regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem várias interpretações. O tema ganha proporções alarmantes quando o legislador utiliza excessivamente conceitos que necessitem de complementação valorativa, isto é, não descrevem efetivamente a conduta proibida, requerendo, do magistrado, um juízo valorativo para complementar a descrição típica, com graves violações à segurança jurídica e ao princípio da reserva legal.

Neste ponto, a título de exemplo de desatenção ao princípio da legalidade, vale trazer à tona alguns conceitos presentes em tipos penais vigentes. No

código penal, em seu artigo 234, está presente o seguinte tipo: “*Fazer, importar, exportar, adquirir, ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno*” (grifo nosso). Aqui, cabe a indagação do que vem a ser “objeto obsceno”. A resposta, nesse caso, encontra-se nas mãos do juiz, pois será ele quem irá decidir o que caracteriza ou não tal tipo, não existe aí uma margem, um limite.

O mesmo erro legislativo ocorreu na Lei de Drogas, mais especificamente no artigo 28, em seu § 2º. Que, por sua vez, trata da tipificação do crime de uso de drogas. Segundo o referido dispositivo:

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e à condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (grifo nosso)

Erro pior não poderia ter cometido o legislador. Temos aí, um perfeito exemplo de uma norma criada sem a menor atenção ao princípio da legalidade. Nestes casos, de uso de drogas, o agente fica à mercê do livre arbítrio do juiz. No momento em que se edita uma lei, cujos critérios de definição do tipo são extremamente subjetivos, resta ao juiz definí-los.

Porém, há de se ter cuidado nesses casos. Como exemplo: um indivíduo negro, pobre, que foi flagrado consumindo crack em uma boca de fumo e um advogado, de reputação nacionalmente respeitada, flagrado na mesma situação, com a mesma quantidade, ambos sem passagem pela polícia. Como julgar os dois agentes de forma igualitária – segundo reza a Constituição? Ao longo deste simplório trabalho, serão empreendidos esforços no sentido de entender melhor a questão para tentar extrair uma resposta.

O fato de o homem tomar suas decisões, seja qual forem estas, recorrendo, inevitavelmente, aos seus pré-conceitos e crenças é um dos mais preponderantes na composição da resposta à indagação supra. Em um exemplo como este, exige-se do magistrado pensar nos dois indivíduos como sendo pessoas iguais – como defendido pela CF, ao dizer que “todos são iguais perante a lei [...]”. Daí a importância do princípio da legalidade para o Direito Penal, é ele quem vai delimitar esta atuação punitiva e ajudar no cumprimento das garantias fundamentais do homem, defendidas pelo nosso Direito.

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Seguindo a linha de garantias da legalidade, o princípio da proporcionalidade vem presente na Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos XLVI e XLVII, por exemplo, ao tratar de individualização da pena e da proibição de determinadas sanções penais. Reza que a pena deve ser proporcional, adequada à intensidade da lesão ao bem jurídico, diga-se, ao delito. E, assim como ensina Molina, “o mandado de proporcionalidade implica um juízo lógico ou ponderação que compara, valorativamente, a gravidade do fato anti-jurídico e a gravidade da pena, a entidade do injusto e a de sua punição” (Molina, Apud Prado p. 140/141).

Desta forma, ao prever a cominação de uma pena a determinado delito, a lei deve dispor de critérios para tanto. Tendo em vista que tais critérios devem relacionar-se de forma harmônica e conectadas, sempre, por um liame axiológico entre o fato e a consequência. Daí a importância de “existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal, e a pena cominada ou imposta” (PRADO, 2000, p.141).

Ao tratar do tema, Alberto Silva Franco (p.67, Apud Greco, 2008, p. 77), preleciona que:

O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Há de se observar, todavia, que, como nos ensina Humberto Ávila (2009, p.161/162),

O postulado da proporcionalidade [...] se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o

da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados? E o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)

Tais ponderações, por conseguinte, trazidas para o âmbito da discussão em tela, nos remete à noção de que o legislador deve proceder de forma que promova um fim, o fazendo de forma adequada para tanto, restringindo-se ao necessário e de forma proporcional. Sobre a adequação, deve-se atentar para os aspectos da intensidade, qualidade e certeza do meio escolhido. No que diz respeito à necessidade, analisa-se, dentre os meios existentes, se todos promovem igualmente o fim e qual restringe menos os direitos fundamentais. E, no exame da proporcionalidade – em sentido estrito –, pondera-se a vantagem obtida em prol da desvantagem, daquele meio.

Logo, convém aqui ressaltar, que este princípio cria um vínculo constitucional que, como leciona Bitencourt (2009), limita os fins do ato estatal, bem como os meios escolhidos para atingir tal finalidade. Tendo em vista que o princípio ora tratado incide, como defende Franco, no legislativo e no juiz, no momento em que estes dão início aos seus respectivos atos competentes – ato de legislar e ato de julgar. Para tanto, estes atos devem ser adequados e necessários àquele fim pretendido.

Como lição, é possível extrair do referido princípio, que este é mais um componente basilar do Estado Democrático de Direito, que visa garantir não só a aplicação da norma de forma justa, como também, e antes mesmo disso, a sua criação. Não é em vão quando o Ministro Gilmar Mendes diz que “a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade” (MENDES, 2009, p.47).

PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Como se sabe, todo processo subentende uma questão a ser decidida, uma controvérsia a ser esclarecida. E, em se tratando de processos no âmbito penal, haverá sempre três partes: um juiz, um acusador e um réu – conforme manda o sistema acusatório. Nesse meio, sobressai a figura do julgador. Pois,

será ele quem irá dar a resposta à questão ali discutida. Para tanto, o juiz deve apresentar-se de forma “neutra”, não pode interessar-se por nenhuma das partes. Ou melhor, o juiz deve agir imparcialmente. Lembrando sempre que, no nosso sistema acusatório, o juiz deve portar-se como um mero espectador. Justo por isso está expresso na Constituição Federal que a ação penal é exclusiva do Ministério Público.

É neste sentido que se manifesta brilhantemente Werner Goldschmidt (La imparcialidad como principio básico del proceso, p.4):

La justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa. Excepto las partes en sentido material, respecto a las cuales la parcialidad es condición esencial, todas las demás personas deben ser tan imparciales como sea posible y en razón directa de su influencia legal sobre el contenido de la resolución. Por ello, hace falta más imparcialidad en el juzgador que en el fiscal o en el perito; más en el fiscal o en el perito que en el testigo. He aquí la raíz del instituto de la recusación. Esta no tiene la función de garantizar el debido reparto de trabajo entre los diferentes juzgadores (como los conflictos de competencia territorial), categorías de juzgadores (conflictos de competencia objetiva).³

O que Goldschmidt nos passa, é a idéia de que a parcialidade é condição essencial das partes, diga-se, a acusação e o réu. Pois, no que diz respeito ao magistrado, este deve ser o mais imparcial face à sua influência exercida na decisão final. E continua, ao afirmar que é esta a raiz do instituto da suspeição, que permite às partes (acusação e defesa) rejeitarem determinado julgador, desde que fundamentada a suspeita acerca da parcialidade deste.

Diante disso, tem-se a imparcialidade do juiz como um princípio basilar, que exerce um papel de extrema importância no âmbito das relações jurídico-penais. Do contrário – em não sendo recepcionada esta garantia –, o processo estaria arruinado, tendo em vista que a imparcialidade compõe o conjunto

3 Tradução nossa: A justiça se baseia na imparcialidade das pessoas que intevem legalmente na resolução da causa. Exceto as partes em sentido material, em respeito às quais a parcialidade é condição essencial, todas as demais pessoas devem ser tão imparciais quanto seja possível e em razão direta de sua influencia legal sobre o conteúdo da resolução. Devido a isso, a imparcialidade faz mais falta no julgador do que no promotor ou no perito, mais no promotor ou no perito, do que na testemunha. Aqui esta a raiz do instituto da suspeição. Esta não tem a função de garantir a devida repartição de trabalho entre os diferentes julgadores (como os conflito de competência territorial), categorias de julgadores (conflitos de competência objetiva).

de regras do jogo, que permitem o desenvolvimento normal do processo, fornecendo segurança jurídica ao mesmo.

Visando o fiel atendimento a este princípio, o ordenamento cobre o magistrado com um manto protetivo, que o permite desenvolver suas funções sem riscos. É neste sentido que leciona Paulo Rangel (2001, p.18):

Juiz imparcial pressupõe juiz independente e independência pressupõe garantias constitucionais que visem dar segurança ao juiz de que, no exercício de suas funções, não sofrerá coações políticas ou funcionais, constrangimentos que possam ameaçá-lo da perda do cargo.

Assim, esta imparcialidade visa evitar possíveis influências externas ao processo e que podem acarretar em um prejuízo para as partes. Logo, assim como nos ensina Jacinto Coutinho (Revista de estudos criminais, 2001, nº1) “o princípio da imparcialidade funciona como uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, razão por que se busca criar mecanismos capazes de garanti-la.”

Sobre essas garantias, Aury Lopes Jr., (2009, p.132), divide a imparcialidade em subjetiva e objetiva. Em relação à primeira, entende-se que versa sobre “a convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, deste modo, a sua falta de pré-juízos”. Já sobre a imparcialidade objetiva, aduz que é “aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim de sua relação com o objeto do processo.”

Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade).

Por conseguinte, tem-se a imparcialidade como um dos princípios mais difíceis de ser seguido. E, da mesma forma, um dos mais importantes. Pois, constitui uma arma imprescindível no combate aos resquícios inquisitoriais presentes no ordenamento.

PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como forma de legitimação das decisões, imprescindível é a fundamentação destas. Para que a presunção de inocência – garantia

fundamental - seja derrubada, há de existir na sentença, uma fundamentação segundo os ditames constitucionais. Assim reza o artigo 93, IX da Carta Magna, ao dizer que *“Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”*

“Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, e, principalmente se foram observadas as regras do devido processo legal” (LOPES, 2007, p.205). Pois, como bem defende o doutor Aury Lopes Jr., esta é uma garantia fundamental e está diretamente conectada com a legitimação do “poder contido no ato decisório”, uma vez que este poder não está auto-legitimado, precisa atender a alguns requisitos trazidos pelo devido processo legal.

O que se busca com a motivação das decisões é um por que daquela escolha feita, daquele entendimento, evitando-se, assim, possíveis arbitrariedades. É fator determinante e indispensável ao contraditório e à ampla defesa. Pois, uma vez não motivada a decisão – ou motivada de forma precária - restará impossibilitado o pleno exercício do contraditório. Daí a sua estrita relação com o princípio da imparcialidade - como se verá a seguir.

É neste sentido que ensina Elmir Duclerc (2009, p.52/53), ao dizer que:

A exigência de fundamentação racional das decisões, reforço da garantia da imparcialidade, depende, necessariamente, da existência de mecanismos que permitam às partes e à própria sociedade ter acesso aos argumentos invocados pelo juiz e conferir a coerência desses argumentos com os elementos de prova colhidos na instrução, o que apenas se alcança se a atividade instrutória e a própria decisão forem públicas.

Logo, a necessidade de fundamentação das decisões se relaciona diretamente com o exercício do contraditório e da ampla defesa, funciona como uma espécie de fiscal do processo. Pois, é através da observância da regra proposta por este princípio que se pode entender a lógica utilizada para decidir.

Portanto, a motivação das decisões visa garantir um julgamento justo, diga-se, imparcial, por parte do órgão julgador. Aqui, entende-se por julgamento justo aquele que profere decisão fundamentada conforme os parâmetros constitucionais. Porém, com base na discussão que se segue, será possível extrair que não é tão simples quanto soa parecer.

A LEI 11.343/2006 E A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE USO DE DROGAS

DESCRIMINALIZAÇÃO X DESPENALIZAÇÃO

Com as mudanças trazidas pela nova Lei de Drogas⁴, em 2006, para o crime de uso de drogas foi extinta a pena de prisão, ficando, assim, vedada a detenção do agente. Devido a esta alteração, surgiram no âmbito jurisprudencial e doutrinário discussões sobre a consequência desta alteração: seria esta uma descriminalização ou uma despenalização, da posse de droga para consumo pessoal?

Antes, contudo, cabe-nos esclarecer sobre os respectivos conceitos dos processos mencionados. Senão vejamos:

Descriminalizar é abolir a criminalização (tipificação) tornando a ação jurídico-penalmente irrelevante; já a despenalização – expressão um tanto imprópria – é a substituição (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza (restritiva de direito etc.). Portanto, se com a descriminalização o fato deixa de ser infração penal (crime ou contravenção); com a despenalização a conduta permanece criminosa. (QUEIROZ, 2008)

Pois bem. Aqueles que defendem que houve uma descriminalização se pautam no entendimento de Luiz Flávio Gomes. Inicialmente, essa corrente defendia que houve uma descriminalização formal, ou seja,

[...] o fato continua sendo ilícito (proibido), não se afasta do Direito penal, porém, deixa de ser considerado formalmente “crime”. Passa a ser um ilícito *sui generis* (como é o caso do art. 28).

Ocorre que, frente às críticas sofridas pela teoria e diante das decisões versando sobre a matéria, Gomes incorporou a ideia de que

[...] paralelamente também se pode afirmar que o art. 28 retrata uma hipótese de despenalização. Descriminalização “formal” e despenalização

4 A Lei 11.343/2006, diante da sua dependência de outra norma que lhe ajude a incriminar a conduta tipificada, caracteriza-se por ser uma Norma Penal em branco. Ou seja, “é um tipo penal incompleto, carente de aplicação por si só, que busca sua completude em outra norma”. Cf. MODESTO, 2005. No caso, a norma complementadora é a Portaria nº344/98 da ANVISA, que regulamenta as substâncias tidas como proibidas.

(ao mesmo tempo) são os processos que explicam o novo art. 28 da lei de drogas (houve um processo misto [...]) (GOMES, 2006)

Em entendimento contrário, foi a decisão do STF no sentido de que “[...] o que houve foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento [...] da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.” (RE 430105 QO Relator(a) Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007).

Nesta senda, tem-se como o mais plausível o entendimento de que houve apenas a despenalização. Pois, assim como defende Paulo Queiroz, o conceito de infração penal é formal, de forma que crime se caracteriza pelo que a lei declara como o sendo, independente da pena cominada. E continua afirmando que “o que realmente interessa, para a definição legal de crime, não é propriamente a espécie de pena cominada, mas os seus pressupostos legais formais” (QUEIROZ, 2010, p.1)

Diante disto, a definição de crime condicionada à previsão de pena privativa de liberdade, perde o seu fundamento. Ademais, a própria Lei de Drogas trata a conduta do uso como sendo crime, ao dispor da matéria no Capítulo III (“dos crimes e das penas”). Aliado a este fato, ressalte-se que o rol das penas previsto na Constituição Federal é meramente exemplificativo. Todo o exposto, por conseguinte, leva a crer que a ora discutida alteração não resultou na *abolitio criminis* – como defendido por Gomes. A criminalização continua, porém, ficou vedada a aplicação de pena na modalidade privativa de liberdade – despenalização.

O TRAFICANTE E O USUÁRIO

Frente à impossibilidade de detenção do agente, foi adotado novo procedimento para esses casos. O usuário – que é pego praticando a conduta típica – é encaminhado à Delegacia, assina um termo circunstanciado e se compromete a voltar para a audiência no Juizado Especial Criminal, oportunidade em que o Ministério Público deverá propor Transação Penal. Pelo que, percebe-se, houve um abrandamento do tratamento dado ao usuário. O traficante, por sua vez, passou a sofrer punições mais rigorosas.

Ocorre que, apesar da mudança no que se refere à punição dada aos crimes em questão – tráfico e uso -, a Lei de Drogas carrega uma falha grave: [...] apesar de a nova lei tentar separar ao máximo o uso do tráfico de drogas, aplicando tratamentos repressivos opostos a cada um desses crimes, na prática essa distinção está longe de ser clara. [...] Isto acontece porque a própria legislação não fornece uma definição clara e objetiva do que seja um traficante e um usuário. Uma simples consulta ao texto da lei permite observar que as ações que caracterizam o uso são praticamente idênticas às do tráfico. Essas fronteiras borradas entre a definição de um e outro talvez se aproximem mais do que de fato acontece no dia-a-dia: um rapaz usuário que junta o dinheiro dos colegas e compra drogas para todos ou de um rapaz que vende drogas e também fuma um baseado. O problema, contudo, é a aplicação de tratamentos repressivos muito diferentes a cada um deles. (MENDONÇA FILHO, 2008)

Desta forma, a diferenciação entre uso e tráfico resta prejudicada. Esta “ausência de critérios precisos capazes de promover a necessária distinção entre usuário e traficante” (BOITEUX, 2011), reflete uma deficiência legislativa e conduz a um quadro geral de “insegurança jurídica, mas também reforça o preconceito social com que atuam as instâncias repressivas de controle social, levando à criminalização da pobreza” (BOITEUX, 2011) – tema que ficará guardado para um momento posterior deste trabalho.

Assim, a base da diferenciação das condutas, será formada pelo contexto da situação. Ou seja, devido à falta de critérios objetivos, a subjetividade predomina. Por isso, tem-se, nestas situações, o momento do flagrante como sendo de suma importância. Pois é através dos dados obtidos do flagrante que o juiz poderá, antes e para poder pautar a tipificação, atentar para “*a natureza e a quantidade apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais [...]*” (art. 28, §2º, Lei 11.343/06). Aqui, considera-se primeiro o contexto e então, tipifica-se a conduta.

Por conseguinte, tal análise a ser feita pelo magistrado guarda um potencial convite à arbitrariedade. No ora discutido texto repressivo, o uso e o tráfico encontram-se em posições temerariamente próximas, a linha que as separa é tênue. Deste modo, a Lei de Drogas acaba por colocar lado a lado, duas condutas distintas. Para tal conclusão basta lembrar que o tráfico de drogas

é comparado a crime hediondo, enquanto o uso é um crime, porém punido com medidas que não envolvem a privação de liberdade do agente, face à sua menor gravidade.

Neste ponto, cumpre atentar para a participação da polícia no processo. Tendo em vista que é esta a instituição responsável pelo ato que dá início a todo o processo, qual seja o flagrante delito. Será este o órgão do Estado que irá propiciar ao magistrado um lastro probatório que lhe permitirá tirar suas conclusões acerca do contexto e tipificar a conduta. Tem-se, então, aqui como o início do potencial de arbítrio que acompanhará todo o processo, tendo em vista que, diante de um sistema penal seletivo e criminalizador, é a polícia a responsável pelas rotulações iniciais da conduta em apreço.

Neste sentido, aduz o artigo 52, I, da Lei 11.343/2006, que trata da fase investigatória, referindo-se a autoridade policial, a qual: *relatará sumariamente às circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram a classificação do delito, indicando a quantidade e a natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente.*

Diante disso, resta clara a importância deste referido relatório policial. Porém, como bem defende Tourinho Filho (2000, p.279) “*esse relatório não encerra, não deve nem pode encerrar qualquer juízo de valor*”. Ressalte-se que, ainda que seja exigida a justificativa da classificação pelo delegado responsável, não significa necessariamente que tal classificação deve ser aceita pelo Ministério Público e posteriormente pelo juiz, pelo simples fato de estar justificada. Já que, deverá também atender às regras do jogo.

Neste ponto, é interessante lembrar-se do papel do Ministério Público, na sua função de fiscal da lei. Pois, é este o órgão que tem o poder de filtrar os casos em que tenha ocorrido equívoco da autoridade policial no que diz respeito à classificação do delito. Impedindo assim, que chegue às mãos do juiz um lastro probatório viciado.

O ARTIGO 28, §2º E SUA SUBJETIVIDADE: O RÉU NAS MÃOS DO JUIZ

Ante o que fora exposto nos tópicos antecedentes, compreende-se que, assim como em qualquer outro processo, a decisão final é a mais importante,

contudo, no caso do artigo 28, devido à falta de auxílio legal exige-se do juiz um empenho individual maior para resolver o caso. Frente à falta de critérios objetivos que permitam ao magistrado tipificar a conduta, a subjetividade entra em cena, tendo em vista que não há outra forma de fazê-lo.

Com o intuito de buscar na prática o que se discute na teoria - confrontando ambas realidades para compreender melhor a questão - foi realizada pesquisa de campo, na qual foi aplicado um questionário com perguntas envolvendo o tema. Os questionários foram aplicados diretamente aos (às) juízes (as) da Varas Privativas de Tóxicos de Salvador.

Ficou constatado que, para a maioria dos entrevistados, os critérios dispostos no art.28, § 2º, da Lei de Drogas (natureza e quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes) não são suficientes para determinar se a droga destina-se a uso pessoal. Dentre os que concordaram neste ponto, por um foi salientado que apesar de serem bons, é necessária uma transcendentalidade no momento da análise.

Outro fato importante extraído do questionário foi que existe, sim, semelhança entre o delito de tráfico de drogas e uso. Neste sentido, foi dito até mesmo que são “idênticos”. Entre esta maioria, é consenso que a conduta tipificada - de uso de drogas - é a mesma de uma das figuras do art. 33. Justo desta temível semelhança, no momento da decisão deve ser levada em consideração, além da análise conjunta dos critérios do art. 28, a questão da transdisciplinariedade para entender todos os aspectos envolvidos.

Dentre os quesitos do questionário, um se referia ao subsídio mais utilizado para proferir a sentença. Foi encontrado um ponto em comum: pela maioria dos entrevistados, foi afirmado que nestes casos que envolvem tráfico e uso de drogas, o depoimento juntamente com o laudo pericial, são os mais utilizados. Sobre este aspecto, é imperioso lembrar, que, como bem dito por um dos entrevistados, a quase totalidade desses depoimentos são de policiais. Pois, há, por parte da população, medo de depor nos casos que envolvem drogas.

Diante das informações colhidas através da pesquisa, pode-se afirmar que a Lei realmente carece de critérios; que existe risco de erro na diferenciação do uso e do tráfico de drogas - uma vez que são bastante parecidos; e, que o principal meio de prova utilizado na condenação tem grande potencial

para carregar uma carga de criminalização que possa influenciar de forma considerável a decisão do magistrado.

Nesta senda, restam ao juiz, a responsabilidade, e a perspicácia, de transcender aos fatos dispostos nos autos. Ele deve entender o conflito e não se ater à lógica e à razão da Lei, pois, o Direito, por si só, não está apto para solucionar as questões cotidianas, ele necessita de amparo nas outras ciências do homem. O Direito, sozinho, não consegue decifrar o comportamento do homem. Caso o juiz não possua esta capacidade e esse senso crítico, o réu estará fadado aos efeitos maléficos do processo criminalizatório, que é inerente ao sistema penal seletivo, como se verá adiante.

O JUIZ E A DECISÃO

A CRIMINALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS NO ATO DECISÓRIO

Neste ponto, o tema a ser abordado é de fundamental importância para melhor entender o processo decisório do julgador. Pois, conforme se verá a seguir, a criminalização aparece como um resultado de um conjunto de atos, sociais, políticos e jurídicos, que compõem o sistema penal e está diretamente ligada ao poder punitivo do Estado.

Para iniciar a exposição do tema, cumpre esclarecer os conceitos que versam sobre a criminalização e suas espécies. Não há como desprezar esse processo, uma vez que ele se faz presente em toda e qualquer sociedade que confere ao Estado, através do Direito, o poder de controle sob a sociedade – Estados Democráticos de Direito.

A partir do momento em que se cria uma lei, defini-se ali um rol taxativo de condutas que, se levadas a cabo, permitem uma punição por parte do Estado. Dessa forma, o que acaba por ocorrer é a seleção de determinados indivíduos que sofrerão as consequências previstas na lei – determinados, porque apenas uma parcela minoritária da sociedade pratica crimes. Entretanto, aqui cabe uma ressalva no que diz respeito às cifras ocultas, que, como ensina Sandro Cesar Sell (2007, p.1/2) são nada mais do que “a constatação de que há muito mais condutas praticadas contra o direito criminal do que o sistema penal tem condições de investigar e processar. Isso significa que muitos cometem crimes, mas apenas alguns serão ditos criminosos.”

Sobre essa espécie de criminalização, esclarece Oscar Mellim Filho, quando diz que

O direito, portanto, entendido como um conjunto de normas (direito positivo) é seletivo por sua própria natureza operacional, pois, do universo infundável de ações humanas que podem resultar em conflitos, resolve apropriar-se de um pequeno número delas, para o fim de definir-lhes uma especial natureza e consequências, estabelecendo proibições e permissões. Deve ser visto, pois, como um importante dispositivo de dominação, disciplina e controle. (MELLIM FILHO, 2010, p.47)

E é neste sentido que nos ensina o brilhante Zaffaroni (2003, p.43), ao dizer que “criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”.

Ocorre que, na oportunidade de criação da lei, os valores levados em consideração serão os intrínsecos àquele grupo responsável por esta. Mesmo considerando que aqueles que formulam as leis – o legislativo, composto pelos políticos – são, em tese, os representantes da vontade do povo, no final das contas o que predomina é o interesse particular deste reduzido grupo. Apesar do poder emanar do povo, a palavra final, nesse aspecto, é do legislador. Tem-se aí, por conseguinte, a criminalização primária.

Tratando com maestria sobre o tema, ensina Maria Lucia Karam, que

A seleção e definição de bem jurídicos e comportamentos com relevância penal se faz de maneira classista, tendendo a privilegiar os interesses das classes dominantes, tendência que vai levar a que o processo de criminalização se oriente, fundamentalmente, contra comportamentos característicos das camadas mais baixas e marginalizadas, excluindo ou minimizando comportamentos socialmente danosos, característicos das classes dominantes e ligados a acumulação do capital. (KARAM, 1993, p.99)

Ao referir-se a “comportamentos característicos”, Karam acaba por versar sobre a teoria do etiquetamento ou *Labeling Approach*. Nesta, o crime é contemplado como mero subproduto do controle social (NÓBREGA, 2009). Ou seja, o sistema penal seleciona certos indivíduos baseando-se em um estereótipo criado por um processo longo⁵, com auxílio de toda a sociedade.

5

Este processo longo, não nada mais do que o processo de criminalização – primária e secundária

Neste sentido é o entendimento de Zaffaroni (2003, p.46), quando afirma que:

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por estas como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquentes com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos.

Na passagem supra, o mestre Zaffaroni expõe uma característica inerente ao sistema penal, que é a seletividade advinda da criminalização secundária. Pois, estes estereótipos a que se refere o mestre, são utilizados como parâmetros no momento da seleção. Fato este, que termina por ser usado como regra geral da criminalização secundária, ao priorizar aqueles fatos grosseiros – de fácil detecção – e praticados por pessoas que causem menos problemas – aquelas com menos capacidade de acesso ao poder político, econômico ou à comunicação de massas.

Aliado a este fator, aparece o caráter criminógeno do sistema penal, que propicia um ambiente facilitador para o desenvolvimento de condutas criminosas. É neste sentido que nos ensina Paulo Queiroz (2006, p.105), ao afirmar que

Exemplo disso é a política de repressão à contravenção do jogo do bicho e ao tráfico ilícito de entorpecentes, pois, se, por um lado, o direito penal não inibe tais comportamentos, por outro lado, ao condená-los à clandestinidade, torna-os extremamente atraente do ponto de vista econômico-financeiro, estabelecendo-se, em consequência, entre os seus exploradores, uma concorrência violenta e sanguinária, exatamente porque criminalizados. Nesse sentido, pois, o direito penal não evita a criminalidade; ao contrário, fomenta-a, revelando-se criminógeno.

-, que acaba por condicionar o funcionamento do sistema penal. Sistema este, que por natureza já é seletivo.

Destarte, passada a etapa de edição – fase em que incide a criminalização primária -, inicia-se a fase em que a Lei entra em vigor. Nesta segunda etapa, o primeiro contato daquele indivíduo que pratica a conduta criada pelo legislador - e agora prevista em Lei como sendo crime – com o sistema penal seletivo, se dá perante a autoridade policial.

A polícia é o órgão responsável por fazer o primeiro filtro das ações praticadas e tidas como típicas. Ressalte-se que, esta filtragem inicial realizada pela polícia é de grande incidência. Pois, este órgão possui uma margem de ação extensa e que lhe permite selecionar, mesmo que informalmente, dentre as situações-problema cotidianas, aquelas que merecem prosperar no sistema. Tendo em vista que, há casos em que o próprio delegado pode dar um desfecho à questão, de forma a desonerar o sistema judiciário. Mais especificamente, naqueles casos que não necessitam de um provimento judicial para serem resolvidos.

É nesse sentido o entendimento de Lemgruber (2009, p.41) ao afirmar 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.

Ainda seguindo a mesma linha de raciocínio e trazendo a discussão para o âmbito de incidência da Lei de Drogas, conclui Alba Zaluar (2004, p.33):

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 [...]

Assim, resta cristalino o fato de que a atuação policial possui grande peso no processo, gerando, inclusive, influência sob a decisão final do juiz. Porém, o processo continua após essa etapa de cunho policial. Passada esta fase de filtragem inicial, as conclusões obtidas pela autoridade policial – formadoras do inquérito -, serão remetidas para o Ministério Público, para uma nova filtragem.

Uma vez com o Ministério Público, os autos serão analisados e, então, será decidido acerca da denúncia ou do arquivamento do feito em questão. Pode, ainda, entendendo ser errônea a classificação dada ao delito pela autoridade policial, desclassificá-la para delito diverso. Neste ponto, o *Parquet* irá realizar uma nova filtragem do caso e manifestará o seu entendimento acerca. De forma que, para chegar-se a tal conclusão, levará em consideração o lastro probatório fornecido pela polícia⁶.

É esta a etapa que dá início, formalmente, a ação penal. A denúncia feita pelo Ministério Público representa a acusação por parte do Estado, é uma peça que exerce grande poder sob a ação penal, pois, configura a intenção deste em ver processado e condenado o agente que praticou o ato previsto na Lei como sendo típico. Ademais, cumpre também salientar, que esta denúncia quando feita, será subsidiada quase que exclusivamente pelas informações constantes no inquérito policial. Excepcionam-se apenas uma minoria.

Tendo continuidade a ação, os autos serão encaminhados para o juiz, para que este possa, de acordo com o que está disposto nos autos, analisar os fatos e interpretar a lei, de forma a subsumi-la àquele, chegando-se então a uma sentença.

Nesta altura do processo, a criminalização continua incidindo sob o indivíduo. Ao ter contato com os autos, o juiz irá se deparar com uma situação a qual desconhece, não tem interesse, mas precisa resolver. Nesta fase, o magistrado tem o poder de reduzir a seleção sofrida anteriormente no decorrer do processo, já que, será ele quem irá individualizar o *ius puniendi*.

Porém, face à criminalização – primária e secundária - já anteriormente suportada pelo agente do delito, o seu processo já chega às mãos do juiz, de certa forma, carregado de valorações advindas de outras fases processuais e incorporadas a este. Dessa forma, pode influenciar diretamente na decisão final. Pois, mesmo diante da obrigatoriedade de fundamentação das sentenças, expondo os seus motivos, o que o juiz levará em conta são informações fornecidas por outros, que não ele, salvo nos casos em que há depoimento em juízo.

6 É importante ressaltar, que no inquérito policial – instrumento que irá subsidiar o promotor na oportunidade da denúncia e o juiz quando na decisão (conjuntamente com outras provas) – não há a garantia constitucional do contraditório. Por este motivo, é tido como peça meramente informativa do processo. Todavia, apesar desta condição, a sua influência no decorrer do processo é inegável.

Diante disso, ainda que se valha de um discurso legitimador na decisão final, o magistrado, por se encontrar nesta fase da ação – no final –, estará indissociavelmente conectado às cargas valorativas, pré-conceituosas e a diversas interpretações dadas a diferentes situações. Daí surge o temor de incidir em erro o douto magistrado. Ou melhor, ao juiz resta uma responsabilidade muito grande, pois deverá proferir decisão de forma imparcial e lembrando-se das garantias constitucionais. Contudo, para tanto disporá de autos já antes valorados e, como acontece na Lei de Drogas (art. 28), terá nas mãos uma Lei que não ajuda muito no desenvolver da tipificação na sentença.

Como resultado deste processo de criminalização, sucintamente exposto nas linhas anteriores, ficou constatado, através de uma séria de pesquisas empíricas chamadas de “Pensando o Direito”, encomendadas pelo Ministério da Justiça e realizadas pela UNB em parceria com a UFRJ, que a seleção do sistema penal se faz de forma nítida. Na pesquisa, buscou-se verificar quem, como e quando era processado por tráfico de drogas. Ao final, o que se constatou foi:

“i) pobres eram mais condenados do que ricos e suas penas eram mais altas; ii) negros estavam mais representados do que brancos no cometimento de crimes de tráfico pelo principal fato de serem negros; iii) a discriminação social era permanente na esfera da justiça desses Estados (algo que ocorre em todo o Brasil). Quem era pobre/negro era visto como traficante. Quem era branco de classe média era visto como usuário. Assim, **a rotulação individual acabava produzindo criminosos, conforme as representações sociais assim o determinassem. Traficantes não eram traficantes, mas aqueles que pareciam traficantes.**” (Boletim IBCCRIM, Nº220) (grifo nosso)

Diante do exposto, torna-se mais difícil negar a influência do processo de criminalização na decisão final do juiz, tendo em vista que, em face de um sistema penal que se faz de forma estruturalmente seletivo, esse risco é real e não pode ser negado. Justo por isso, o Direito deve se precaver. As Leis devem ser editadas de forma a garantir os direitos fundamentais e, sua aplicação, deve ir no mesmo sentido.

A ILUSÃO DA NEUTRALIDADE NA DECISÃO

Inicialmente, convém esclarecer sobre o significado – gramatical - da palavra neutro, uma vez que esta terminologia será versada algumas vezes ao longo deste capítulo. Para tanto, se faz imprescindível trazer as sábias definições de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, para quem o termo significa: **neutro**. [Do lat. Neutru.] *Adj.* 2 g. **1.** Que não toma partido nem a favor nem contra, numa discussão, contenda, etc.; **neutral**. **2.** Que julga sem paixão; imparcial, neutral.

Na mesma linha, vale, também, expor o significado do termo sentença, qual seja: do latim *sententia*, *sentiendo*, gerúndio do verbo *sentire*; nela o juiz declara o que sente (CARMO, 2004).

Como se percebe dos conceitos alhures expostos, a imparcialidade aparece como sendo sinônimo de neutro. Porém, *data vênia*, há distinção clara entre as duas terminologias. Assim como define com clareza Portanova (1992, p.41/41):

a neutralidade diferencia-se da *imparcialidade*, pois aquela revela-se na figura do juiz enquanto cidadão-social, contextualizado na comunidade e na ciência como sujeito isento de valoração e de ideologias, esta, por sua vez, está ligada ao instituto do *juiz natural* e à condição pessoal do juiz enquanto homem e indivíduo.

Portanto, o que se extrai da referida distinção é que a imparcialidade configura uma regra a ser obedecida, imposta em decorrência da observância de princípios fundamentais e assegurados na Constituição. A neutralidade, por sua vez, representa a idéia de que o juiz é um ser humano, como qualquer outro, porém que não carrega consigo valores e emoções. Desta forma, um juiz neutro nada mais do que um corpo que apenas raciocina, contudo este raciocínio se dá de forma pura, ou seja, não sofre influência de absolutamente nenhum fator externo.

Sobre essa possibilidade, afirma o seguinte, Pamplona (2001, p.4):

é impossível para qualquer ser humano conseguir abstrair totalmente os seus traumas, complexos, paixões e crenças (sejam ideológicas, filosóficas ou espirituais) no desempenho de suas atividades cotidianas, eis que a manifestação de sentimentos é uma dos aspectos fundamentais

que diferencia a própria condição de ente humano em relação ao frio “raciocínio” das máquinas computadorizadas.

Arrematando o tema, ressalta Carreira Alvim (sem data, p.4):

A neutralidade do juiz, antes do que um princípio, não passa de um mito que não encontra mais eco no moderno direito processual. O processo atual, ao contrário, é campo fértil ao ativismo judicial, enquanto atividade de um julgador atuante e consciente de que a administração da justiça não se compraz com a inércia do juiz.

Diante disto, compreende-se que, no momento da sentença – quando o juiz “declara o que sente”- o desligamento da realidade das crenças e emoções, idéia associada à neutralidade, se torna impossibilitado. Ao manifestar-se no processo, o juiz estará obrigatoriamente se inclinando para uma das teses perante ele apresentadas. Pois, diante do caso concreto, ao tomar a decisão, o magistrado precisa posiciona-se sobre a matéria em questão e, para tanto, necessita conhecer sobre a matéria anteriormente – afinal de contas, não há como julgar sem saber qual o objeto. Assim, ao conhecer previamente, o ser humano juiz acaba por formar seus valores referentes ao tema.

Nesta senda, ao por em tela o art. 28 - que deixa certa margem de discricionariedade para o juiz, exatamente por carregar certa subjetividade -, tem-se, então, um “convite à arbitrariedade”. Não que esta arbitrariedade seja a regra, mas a lei, por ser carecer de critérios robustos, termina por criar esta possibilidade, a qual deve ser evitada, ao máximo.

Por conseguinte, valendo-se do questionário aplicado, pode-se afirmar que, como dito anteriormente, os critérios que dispõe o referido artigo, são insuficientes, e, que a autoridade policial, influencia, de fato, a decisão. Pois, como extraído da pesquisa, o depoimento policial é o subsídio mais utilizado na sentença, em se tratando dos crimes que envolvem drogas. Portanto, unindo-se esta “pseudo neutralidade” à insuficiência legal e a esta influência probatória policial, tem-se uma fórmula um tanto convidativa para equívocos. Tendo em vista que, o magistrado para conhecer da questão, levará em consideração as provas presentes nos autos, que por sua vez, compõem-se, em sua maioria, de depoimentos policiais – estes, vale lembrar, carregam invariavelmente as marcas do processo criminalizatório secundário, conforme exposto no tópico anterior.

OS LIMITES DO ESTADO

A vida em sociedade subentende, obrigatoriamente, a existências de regras delimitando condutas e liberdades. Esta é a condição necessária para que a convivência entre os homens se dê de forma organizada e pacífica. Logo, cabe ao Direito reger esta sociedade, através de suas normas, o que, consequentemente, acaba por instituir um controle sob o homem. Contudo, é importante estabelecer limites para esta atuação do Direito perante a sociedade.

No nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal é a referência para os diversos ramos do Direito no que diz respeito a essa limitação. Pois, é nesta onde encontramos, de forma expressa, os princípios limitadores da atuação estatal e as garantias fundamentais do homem. Nesse sentido, é o posicionamento de Paulo Bonavides (2001, p.260) ao afirmar que “os princípios, enquanto valores fundamentais que informam a Constituição, não são apenas a lei, mas o próprio direito, em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.”

Ademais, o Direito constitui um instrumento de auxílio para o Estado, no desempenho de suas funções e na proteção dos bens jurídicos selecionados como sendo os essenciais à sociedade. É neste momento que entra em cena o Direito Penal, com a sua finalidade protetiva de bens jurídicos.

Sobre essa finalidade, nos ensina Greco (2008, p.4), quando diz que “com o Direito Penal, objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito”.

Cumpré, porém, esclarecer o porquê de se levar em consideração o ponto de vista político na seleção dos bens a serem protegidos. Isto se dá porque, conforme mudam os tempos, a sociedade evolui e o Direito - não há como ser diferente - deve acompanhar tal mudança. Por isso, o que ontem era considerado essencial, hoje pode não ser mais. A título de exemplo, citemos o adultério, que antes era previsto como crime, porém, com a evolução da sociedade e de sua forma de pensar, caiu em desuso a criminalização desta conduta.

Entretanto, há de ser lembrado que o Direito penal, conforme ensina Paulo Queiroz (2006, p.21/22), constitui um subsistema, no que tange ao regramento e, consequentemente, controle da sociedade. Pois, este

subsistema penal como um todo ocupa e há de ocupar, dentro do sistema social, um papel menor, secundário, já que sua função é subsidiar a vigência, em última razão, de outras instâncias de controle. [...] motivo pelo qual somente deve ser utilizado quando se revelarem insuficientes as demais instâncias de controle social; utilizado, enfim, só *in ultima ratio*.

Ocorre que, em prol da proteção dos bens jurídicos essenciais, o Estado dispõe de um poder punitivo, pronto para ser aplicado contra aquele que comete fato típico que afete um bem jurídico protegido. A este poder, dá-se o nome de *ius puniendi*. Entretanto, este poder punitivo do Estado também sofre suas limitações. Assim como aduz Luiz Flávio Gomes (2007), o *ius puniendi* possui limites “formais” e “materiais”. Aqueles se referem à possibilidade do Estado em somente aplicar e executar penas quando previstas na normativa penal, objetivamente. Já os limites materiais, pesam sobre a faculdade ou direito do Estado e ditar normas penais – é justo nesta espécie de limitação que está incluída o caráter subsidiário do direito penal, que prega a intervenção mínima frente à sociedade.

Seguindo essa linha de proteção de bens jurídicos e limitação do *ius puniendi*, faz-se mister trazer à tona o subtema abordado no início do trabalho, que diz respeito aos princípios elementares, enfatizando-se o princípio da legalidade. Pois, é através deste que o Estado deve nortear sua atuação perante a sociedade, de forma que constitui, também, uma limitação ao poder punitivo. Estando, inclusive, previsto na própria Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXIX), motivo pelo qual, percebe-se a tamanha importância conferida ao mesmo.

Todavia, este princípio parece ter sido esquecido no momento da edição da Lei de Drogas. Uma vez que, como reza o princípio da taxatividade, que compõe uma dimensão da legalidade, o fato típico deve ser descrito de forma clara e objetiva, evitando os conceitos “vagos ou valorativos de duvidosa precisão” (ZAFFARONI, 2003, p.7). Corroborando essa falta de clareza, aparecem os dados extraídos do questionário aplicado aos juízes: além dos critérios existentes para a tipificação do uso de drogas serem tidos como insuficientes, a semelhança entre o crime de tráfico e uso é inegável.

Logo, o que resta prejudicada é a limitação do poder punitivo, que acaba sendo mitigada, pela desatenção ao princípio basilar do Direito⁷.

Diante desta questão, resta chamar atenção para outro fato: o papel que se espera do juiz na sociedade em que vivemos. Afinal, é ele o sujeito que irá exercer, de fato, o poder punitivo, no momento em que aplica a sanção. Sobre este papel, Jacinto Coutinho (2000, p.12/13) acertadamente nos ensina que:

[...] o juiz não é mero 'sujeito passivo' nas relações de conhecimento. Como todos os outros seres humanos, também é construtor da realidade em que vivemos, e não mero aplicador de normas, exercendo atividade simplesmente recognitiva. Além do mais, como parece sintomático, ele, ao aplicar a lei, atua sobre a realidade, pelo menos, de duas maneiras: 1º, buscando reconstruir a verdade dos fatos no processo e, 2º, interpretando as regras jurídicas que serão aplicadas a esse fato ou, em outras palavras, acertando o caso que lhe é posto a resolver.

Ao tratar das maneiras de atuação do juiz sob a realidade, Coutinho transmite a idéia de que este sujeito da relação processual deve buscar penetrar no mundo do processo, deve estar imerso na realidade e ser conhecedor dos valores envolvidos por esta dita realidade. Pois, em não dispondo desta capacidade, o que ocorrerá será um distanciamento do Direito em relação à sociedade. Continuando a lição, Coutinho afirma que se exige do juiz que este não

[...] seja tomado completamente por neutro, mas que procure, à vista dos resultados práticos do direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais. Exige-se não mais a neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, isto é, que sejam retiradas as máscaras hipócritas dos discursos neutrais, o que começa pelo domínio da dogmática, apreendida e construída na base da transdisciplinarietà.

Neste ponto, vale relembrar o que foi defendido sobre a atuação do magistrado na decisão, no tópico 3.3, e, que é afirmado, no mesmo sentido,

⁷ Não se pode, contudo, ater-se somente a este princípio no momento da limitação punitiva. Já que, os outros princípios trazidos – imparcialidade, proporcionalidade e necessidade de fundamentação das decisões – colaboram diretamente neste sentido; e não unicamente no momento da edição normativa, mas também durante todo o desenrolar do processo decisório.

por Jacinto Coutinho. Caso o juiz não se desapegue de uma atuação, única e exclusivamente, pautada na Lei, a corda partirá para o lado mais fraco. Podendo, assim, incorrer em uma injustiça contra o réu.

CONCLUSÃO

Assim, feitos os breves esclarecimentos acerca da temática, o que se espera é que uma melhor compreensão do tema tenha sido atingida. O que se buscou foi abrir os olhos do leitor para uma questão que pode, *a priori*, passar despercebida. Porém, apesar de aparentar ser inofensiva, as potenciais consequências são bastante danosas.

Quanto à indagação feita no início do trabalho, sobre as condições que dispõe o juiz para julgar, respeitando direitos e garantias, valendo-se dos critérios expressos no artigo 28 da Lei de Drogas, a resposta desta deve ser cautelosa. Depois da explanação acerca do processo de criminalização – primária e secundária -, da atuação dos órgãos repressores – a polícia -, do processo de formação da convicção do juiz, enfim, dos principais fatores determinantes na decisão final, a resposta aparece de forma mais simples.

Para se chegar a respostas, porém, foi imprescindível o cumprimento dos objetivos propostos no início do trabalho. Inicialmente, foi feita uma breve síntese histórica da legislação de drogas no Brasil, no capítulo 2. Em seguida, nos capítulos 2 e 5, foram feitas considerações acerca do princípio da legalidade e sobre a sua mitigação quando na edição da Lei de Drogas. A análise da opção político-criminal e suas repercussões no processo decisório do julgador foram expostas nos capítulos 4 e 5. Isso só foi possível a partir do momento em que foram abordadas, respectivamente, as mudanças trazidas pela nova Lei, e a forma como se dá o processo de criminalização – primária e secundária – passando, assim, por todo o processo e versando sobre os fatores que influenciam o juiz no ato final, que é a decisão.

Também como proposto, foi realizada pesquisa de campo, na qual foi aplicado um questionário com questões tratando sobre o tema da tipificação do crime de uso, bem como sobre o tráfico de drogas. Disposta no capítulo 4, a pesquisa veio como forma de corroborar a hipótese proposta no trabalho, conduzindo, dessa forma, a uma melhor compreensão da temática ora tratada

e da problemática em tela.

No decorrer do trabalho, conforme iam sendo atingidos os objetivos propostos ficou constatado que o sistema penal é, de fato, seletivo; que existe, sim, um alvo pré-determinado do Direito Penal. Portanto, a conclusão que se chega é que um juiz está, sim, apto a julgar respeitando direitos e garantias, pelo menos é o que se espera de todos eles (as).

Todavia, a referência aqui, é feita àquele juiz que está ciente do seu dever, aquele juiz que está disposto a descer da sua torre que o distancia daquele que está *sub judice*. Por se tratar de um tema complexo, que é o tema das drogas, exige-se uma maior dedicação. O magistrado deve transcender os fatos dispostos à sua frente, para que possa, assim, entender o contexto real da situação, e, julgar de forma justa. Pois, como dito anteriormente, o Direito, por si só, não anda, é como se fosse um bebê aprendendo a andar, precisa da ajuda de outros e toda e qualquer ajuda é bem vinda.

O que se espera, é que o Direito seja aplicado juntamente com as outras ciências sociais e não somente com aquela lente estritamente legal. Quando se fala em contexto de um crime, não significa aquele contexto momentâneo, do processo. Uma pessoa que comete um crime tem motivos para isso. Motivos estes, que muitas vezes são desprezados, por conta de uma mera interpretação da lei.

Por fim, vale ressaltar que não existe, no presente trabalho, a menor intenção de esgotar o tema. Pelo contrário. Ainda há muito a ser questionado, discutido e mudado. Mas, se apenas uma linha foi compreendida e assimilada, da forma crítica que é a ora proposta, já é um bom começo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Neutralidade do juiz e ativismo judicial**. Disponível em http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/artigos/processo_civil/28%20J%20E%20Carreira%20Alvim%20-%20NEUTRALIDADE%20DO%20JUIZ.doc Acesso em: 03.05.11 às 20h50min.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 9.ed., 2009.

BOITEUX, Luciana. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. **Boletim IBCCRIM** - ano 18 - n°

217, dezembro, 2010.

BOLETIM IBCCRIM. Consagração da cultura punitiva (editorial). Ano 18 – n° 220, março, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 11. ed., 2001.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1.ed.,2002

Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo. Ano 18, n° 217, dezembro, 2010

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil** (Estudo Criminológico e Dogmático). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CARMO, Suzana J. de Oliveira. **Sentença**: último pronunciamento de sua excelência, o Juiz. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1486/Sentenca-ultimo-pronunciamento-de-sua-excelencia-o-Juiz>> Acesso em: 03.05.11.

COLLI, Maciel. **Decisão Judicial, influência do inconsciente e ilusão de neutralidade da prestação Jurisdicional**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, 01.10.2010

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. In: **Separata ITEC**, ano 1, n° 4 – jan/fev/mar 2000, p. 3.

Consagração da cultura punitiva. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo. Ano 18, n°220, março, 2011.

CUNHA, Ana Luiza Barbosa da. **A nova lei de drogas e o tratamento processual dispensado ao usuário**. Disponível em: <http://www.blogdoflg.com.br>. Acesso em: 13.02.2011.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 3.ed., 2009.

DUCLERC, Elmir. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2.ed., 2009

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2.ed., 1986.

GOLDSCHMIDT, Werner . **La imparcialidad como principio básico del proceso** (la partialidad y la parcialidad). Disponível em:http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf . Acesso em: 17.03.2011.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de tóxicos não prevê prisão para usuário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1141, 16 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8790>>. Acesso em: 20.04.2011, às 19:00hr

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9180>>. Acesso em: 20.04.2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Limites do “ius puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal**. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br> Acesso em: 28.04.2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ: Luam Ed., 1993.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganosa: as drogas tornadas ilícitas**. RJ: Lumen Júris Ed., 2009.

LEMGRUBER, Julita. Apud. Relatório de pesquisa “Tráfico de drogas e constituição”. UFRJ/UNB. Rio de Janeiro/Brasília, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5.ed., 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3.ed., 2008.

LOURIDO JUNIOR, João Evaldo dos Santos. **Drogas: A Classe Média Frente à Lei 11.343/2006**. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/28116/3> . Acesso em 02.05.2011. MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCCRIM. 1.ed., 2010.

MENDONÇA FILHO, Frederico Policarpo de. **O Usuário e a Nova Lei de Drogas: apontamentos preliminares para pesquisa**. Disponível em: < http://www.neip.info/upd_blob/0000/219.pdf> Acesso em 16.04.2011, às 18:40h

MJ propõe discussão sobre condenação por tráfico de drogas no Brasil. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/1D83D0F1ITEMIDD941FE887D29464380494517E79A0D5EPTBRIE.htm>.> Acesso em: 15.04.2011, as 20:20h

MODESTO, Danilo Von Beckerath. **A norma penal em branco e seus limites temporais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 817, 28 set. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7345>. Acesso em: 7 de maio de 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Aspectos procedimentais da nova lei de tóxicos** (Lei 11343/06). Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9075> em 26.10.2010

NEVES, Eduardo Viana Portela. **A Lei de Drogas: Primeiras reflexões críticas sobre o art. 28**. Disponível na internet <http://jusvi.com/artigos/24164/1>, acesso em 30.09.2010.

NÓBREGA, Izanete de Melo. **Labeling Approach - A Teoria do Etiquetamento Social**. Disponível em: < <http://www.investidura.com.br/sobre-investidura/3368>> Acesso em: 01.05.2011 às 10:30h.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2052>. Acesso em: 15.02.2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2.ed., 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Anotações sobre a função garantística do bem jurídico-penal. Disponível em: <<http://www.direitofba.net/artigos/artigo013.doc>> Acesso em: 07.05.2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?**. Disponível em: < <http://pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao/print/>> Acesso em 02.05.2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva. 3.ed., 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2.ed., 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 5.ed., 2001

REGHELIN, Elisângela Melo. **Breves considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação brasileira**. Disponível na internet www.ibccrim.org.br, 17.10.2006

SAMPAIO, Denis. **Inovação legislativa do uso de drogas diante de uma visão processual: nova medida descarcerizadora**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 170, p. 7-8, jan. 2007.

SELL, Sandro Cesar . A etiqueta do crime considerações sobre o “labelling approach”. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10290/a-etiqueta-do-crime>> Acesso em: 03.05.11.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 22. ed., 2000.

Zaffaroni ER, Batista N, Alagia A, Slokar A, *et al.* **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 2.ed. RJ:Revân, 2003.

ZALUAR, Alba. **Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

APÊNDICE

Questionário científico*

Este questionário tem como finalidade fundamentar artigo científico sobre o tema da tipificação do crime de uso de drogas. Artigo este, que por sua vez, visa trazer contribuições e esclarecimentos para a sociedade como um todo, tendo em vista que a questão suscita discussões, tanto em âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial. Ademais, os nomes dos entrevistados não serão mencionados no artigo.

Instruções: As perguntas devem ser respondidas apenas marcando um “X” na opção escolhida; cada pergunta terá apenas uma resposta; o tempo de resolução é livre.

Como avalia a alteração trazida pela nova Lei de Drogas, no que diz respeito à vedação da possibilidade de detenção do agente que pratica o fato previsto no art. 28?

- Ruim
- Razoável
- Boa
- Muito boa

Os critérios disposto no art. 28, §2º (natureza e quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes) da Lei de Drogas são suficientes para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal?

- Sim
- Não

Em respondendo positivamente escreva sucintamente o que leva em consideração para definir o uso de drogas; Sendo negativa a resposta, escreva o que entende faltar:

Sobre o tráfico de drogas, existe semelhança entre este delito e o de porte de drogas, no momento da tipificação?

- Sim
- Não
- Justifique:

Na aplicação da pena, ao valorar os motivos, enfatiza-se algum?

- Sim

Não

Justifique:

Ainda sobre o tráfico, dentre os motivos que levam o agente a cometer este crime, existe algum que seja corriqueiro?

Sim

Não

Se a resposta for “Sim”, escreva ao lado qual o motivo, explicando-o:

Sobre o procedimento adotado (assinatura de termo circunstanciando-comparecimento em audiência no JECRIM/ propositura de transação penal) para o agente incurso no crime de porte de drogas, concorda com o processamento perante os Juizados Especiais?

Sim

Não

A função de “avião”, corriqueira em regiões pobres onde há o comando por parte do crime organizado do tráfico, deve ser considerada como sendo tráfico de drogas?

Sim

b) Não

Justifique sucintamente:

Qual o principal critério utilizado para distinguir o usuário do traficante?

Na fundamentação da sentença – seja por condenação no art. 33 ou no art. 28 – qual o subsídio mais utilizado?

Inquérito policial

Depoimento

Outro. Qual?

Na condenação por tráfico, àqueles agentes que desenvolvem a função de “avião”, aplica-se a causa de diminuição prevista no §4º do art. 33, sendo o réu primário?

Sim

Não

Cite a atividade de reinserção social do usuário que entende ser mais eficaz no tratamento deste:

Nome:

*Aplicado por Juno Barbosa Leite, estudante de Direito, 9º semestre do Centro Universitário Jorge Amado. Em / /