

PRETO NO BRANCO: A FALTA DE TAXATIVIDADE DO CRIME DE USO DE DROGAS COMO FATOR DE AUMENTO DAS CONDENAÇÕES POR TRÁFICO NOS PROCESSOS CRIMINAIS DE DELMIRO GOUVEIA-AL DURANTE O ANO DE 2017

Júlio Kevin Coelho Silva, Caio Humberto Ferreira Dória de Souza

Graduando em Direito pela Faculdade Sete de Setembro (FASETE), Paulo Afonso, Brasil
Professor da cadeira de processo penal da Faculdade Sete de Setembro (FASETE), Paulo Afonso, Brasil

juliokevin@live.com

Resumo: O presente trabalho procura analisar as diferenças do tipo de tráfico de drogas (art. 33) e uso de drogas (art. 28) da lei 11.343/06, buscando em seguida (re)classificar de forma crítica os processos de tráfico na comarca de Delmiro Gouveia-AL no ano de 2017. A hipótese é a de que a falta do princípio da taxatividade dificulta a diferenciação objetiva daqueles que incorrem nos crimes de uso e de tráfico de entorpecentes. Quanto a metodologia utilizada, trata-se de uma Coleta e análise quantitativa e qualitativa de dados de 21 processos sobre tráfico de drogas na comarca de Delmiro Gouveia. Além da análise tipológica crítica do crime de uso de entorpecentes. Foi observado que as bases racistas e proibicionistas iniciadas no período o império ainda influenciam a política de drogas atual, além da influência estrangeira, em especial dos EUA, no que concerne a política de guerra às drogas. Foi possível constatar, conforme a hipótese, que a ausência de distinção clara e do princípio da taxatividade nos crimes em análise, acaba por aumentar a subsunção de indivíduos no tipo de tráfico de drogas.

Palavras-chave: Entorpecentes. Taxatividade. Tráfico. Proibicionismo. Política de drogas.

PUTTING THINGS STRAIGHT: The lack of certainty of the offense of drug use as a factor of increase in convictions for drug trafficking in criminal trials from Delmiro Gouveia-AL in 2017

Abstract: This paper aims to analyze the differences between drug trafficking (art. 33) and drug use (art. 28), in order to (re)classify, in a critical way, the trafficking trials in the district of Delmiro Gouveia-AL in 2017. The hypothesis is that the lack of the principle of Legal Certainty hinders the objective differentiation of those that commit the crimes of using and trafficking drugs. In what concerns the methodology, this paper conducts a qualitative and quantitative analysis of the data of 21 trials related to drug trafficking in the district of Delmiro Gouveia, besides a critical typological analysis of the crime of drug use. It was observed that racist and prohibitionist biases, whose origins date from the times of the Empire, still influence the current drug policies, as well as foreign influences, particularly from the USA, in what concerns the idea of war on drugs. It was possible to infer, according to the referred hypothesis, that the lack of a clear distinction and of the Principle of Legal Certainty in the crimes analyzed, results in the subsumption of more individuals in the category of drug trafficking.

Keywords: Drugs. Certainty. Trafficking. Prohibitionism. Drug Policy.

1. Introdução

O presente artigo tem como tema a falta de taxatividade do crime de uso de drogas como fator de aumento das condenações por tráfico nos processos criminais de Delmiro Gouveia-AL durante o ano de 2017. Para desenvolver tal temática, buscou-se entender até que ponto a falta de uma distinção clara e objetiva entre os tipos de tráfico de drogas, art. 33 da lei 11.343/06, e o de uso de drogas, art. 28 da mesma lei, pode aumentar a incorrência de indivíduos no crime de tráfico.

Para elucidar os possíveis problemas, foi necessário estabelecer e referenciar as bases históricas que culminaram na lei de drogas atual. Bem como realizar uma análise crítica dos verbos presentes no corpo dos crimes estudados, buscando, em seguida, (re)classificar de forma crítica os processos classificados inicialmente como tráfico na comarca. Além disso, é também objetivo analisar os núcleos dos tipos citados.

Além do estudo histórico teórico disponível, foi preciso também fazer a análise crítica de casos práticos, para isso, foi

realizada uma coleta e análise de 21 processos criminais de drogas ocorridos no ano de 2017 na comarca de Delmiro Gouveia-AL. Essa coleta de dados foi realizada no ano de 2018 e durou cerca de 6 meses, pois além do estudo das principais peças acusatórias do processo, foi criada ainda uma máscara responsável por transformar as informações obtidas dos processos judiciais, sobretudo das denúncias e inquéritos policiais, em dados estatísticos.

Foi verificada também a tipologia crítica do crime de uso de entorpecentes. Fora observado que as bases racistas e proibicionistas iniciadas no período o império ainda influenciam a política de drogas atual, sobretudo no que se refere à ausência de técnica legislativa e na forma como a legislação de entorpecentes dificulta o acesso do acusado à ampla defesa. Pode-se notar também a influência estrangeira, em especial dos EUA, no que concerne a política de guerra às drogas reproduzida no país. É possível constatar, conforme a hipótese, que a ausência de distinção clara e do princípio da taxatividade entre os tipos analisados, acarreta o aumento considerável da subsunção de indivíduos no tipo de tráfico de drogas, quando poderiam ser aplicadas medidas alternativas menos violentas e mais eficazes.

2. Como o estigma, o preconceito e políticas públicas exclusivamente repressivas moldaram a política de drogas atual

A análise parte de 1834, quando aproximadamente 44,4% da população total era negra no Rio de Janeiro, a demanda por escravos havia aumentado desde 1808 com a chegada da corte. Estava sendo construída a cidade africana, uma quantidade imensa de escravos e negros livres nas ruas ajudaram a justificar o começo do que hoje conhecemos como política de drogas (KARASCH, 2000, p. 129). A quantidade de escravos forros e negros nas ruas causava muita insegurança para os senhores da época. Existiam há época milícias privadas, criadas e controladas pela elite da época para controlar as insurgências e submeter a ‘ralé’ ao trabalho, porém elas não davam mais conta do serviço, por isso foi necessário pensar uma força policial estatal que pudesse dar conta das rebeliões que estavam eclodindo no Brasil (BATISTA, 2003, p. 134).

O clima nacional do lado da classe dominante era de insegurança, e do outro lado, dos pretos libertos ou fugidos, de revolta. Importante apontar que o parlamento que promulgou o Código de 30 foi completamente marcado pelo medo das insurreições, contradições entre liberalismo e escravidão, e expectativa de que à nação, independente de 1822, sobrevivesse aos direitos plenos de seu povo mestiço. O congresso responsável por aprovar a nova legislação foi composto de 11 militares, 6 bacharéis, 15 sacerdotes, 2 médicos, 1 advogado, 3 doutores. Demonstrando um raio-x de uma nação agrária patriarcal e escravista (BATISTA, 2000, p.135-136). No liberalismo à brasileira o escravo era coisa (seu sequestro correspondia a um furto), mas era pessoa diante do direito penal, com a pena de morte assustadoramente facilitada para o escravo, competindo com a invulnerabilidade dos senhores à ela (BATISTA, 2000, p.137).

A década de 30 no Rio de Janeiro, em pleno processo de formação do Estado Imperial, foi marcada pelo medo e a insegurança devido ao grande número de revoltas e insurreições escravas e a construção de uma nova figura de pavor, os inimigos inconciliáveis, indivíduos considerados maus por natureza e por isso seriam incapazes de viver em sociedade (MATTOS, 1987, p. 2). Além de enfrentar à época a escassez de trabalhadores nas fazendas, os proprietários tinham que lidar com a insegurança de uma possível invasão em suas terras a qualquer momento. Eram temidos principalmente os movimentos abolicionistas, pois com a proibição do tráfico de escravos em 1831, aqueles teriam condão legal para levantar revoltas e insurgências de negros agora legalmente livres (BATISTA, 2000, p. 127).

O medo foi o principal instrumento utilizado na estratégia conservadora do período, eram temidas conspirações, rebeliões e insurreições nas fazendas, o Rio de Janeiro de 1830 era uma cidade africana com ruas tomadas por escravos e pretos forros. A ocupação dos corpos negros em espaços que anteriormente eram ocupados exclusivamente por brancos livres gerou muita insegurança e medo nas classes mais abastadas da sociedade da época. Esse medo foi o principal instrumento de promoção de uma política proibicionista (BATISTA, 2000, p. 132). O medo foi peça fundamental para a expansão dos monopólios fundadores dos interesses da classe senhorial, pois sem um motivo plausível não seria possível justificar as atrocidades feitas aos negros. Foram nomeados temores para garantir a população que se tratava de legítima defesa contra as insurgências, violência e doenças, tudo isso foi fundamental para a expansão do projeto conservador proibicionista (GONÇALVES, 1995, p. 12).

A legalidade prevista na Constituição de 1824 ficou apenas no âmbito da teoria, pois em 1835 o medo branco das insurreições escravas provocou a edição de uma lei que permitia a pena de morte para qualquer delito praticado por escravo contra seu senhor, feitor ou seus familiares, transferindo para a polícia poderes da magistratura. Para Batista e Zaffaroni (2003) é nessa conjuntura histórica, onde desde a movimentação de pretos forros e escravos era punida (punia-se com multa ou quatro dias de prisão os donos de tendas, botequins ou tavernas que permitissem em seus estabelecimentos a demora de escravos por mais tempo que o necessário para as compras) e a graduação dos açoites era feita ‘conforme a idade e a robustez do réu’; alugar uma casa a escravo dava 8 dias de prisão, que enraizaram as matrizes do autoritarismo policial e do vigilantismo brasileiro (BATISTA, 2003, p. 136-137).

A criminalização do uso, porte e comércio de entorpecentes aparece ainda no império, sob influência das ordenações filipinas (Livro V, Título LXXXIX - “que ninguém tenha em caza rosalar, nem o venda, nem outro material venenosa”). Como se pode perceber, ainda de forma tímida comparado com a legislação atual municiada com assustadores 18 verbos nucleares somente no caput do art. 33 da lei de drogas. Com a consolidação das Leis Penais em 1932, houve o primeiro lampejo da nossa violenta política de drogas. Ao art. 159 do Código de 1890 (Código Penal Republicano) são adicionados

12 parágrafos, onde foi acrescentado à pena de prisão celular a pena de multa. Há além da pluralização dos verbos, a substituição do termo substâncias venenosas por entorpecentes (CARVALHO, 2016, p. 57-59).

Assim é lícito afirmar que, embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir da década de 40 é que se pode verificar o surgimento de política proibicionista sistematizada. Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito (CARVALHO, 2016, p. 59-60).

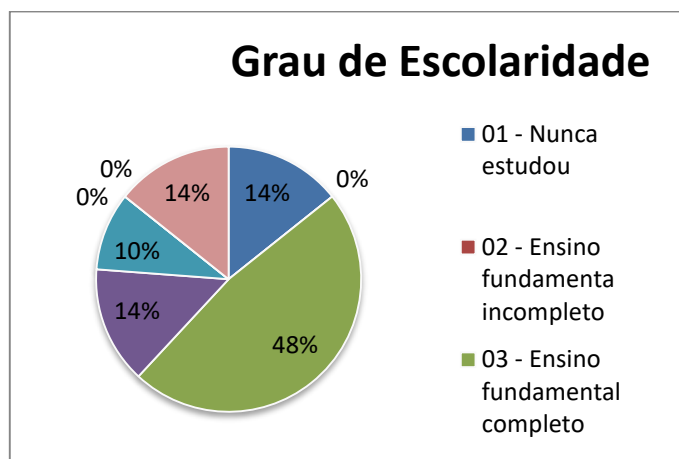
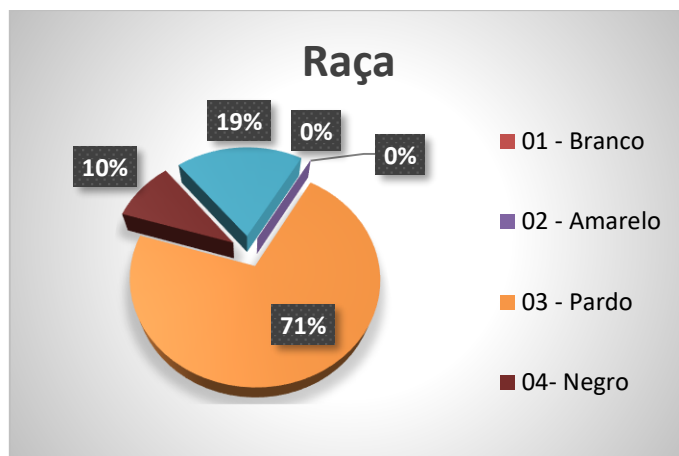
É nesse momento que passa a ser gestado o modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com drogas. Um discurso dúplice que tinha como principal característica a diferenciação entre o consumidor e traficante, como doente e delinquente. Sobre o traficante, delinquente, deveria recair o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor moral e da saúde pública, ou seja, o verdadeiro bandido, aquele que gera e pratica violência sem escrúpulos contra a sociedade, uma verdadeira ameaça à ordem e a paz social. E sobre os consumidores, usuários, doentes, deveria recair o discurso médico-psiquiátrico, que difundiu o estereótipo de dependência (CARVALHO, 2016, p. 64).

Apesar de ter um motivo aparentemente plausível para a manutenção ou criação de certos tipos penais, o que se percebe é uma constante expansão desenfreada do direito penal que objetiva aumentar cada vez mais o controle estatal sobre as mentes, corpos e vida privada dos indesejados (BATISTA, 2000, p. 124). Na década de sessenta com os movimentos de contracultura a todo vapor, tendo o uso de entorpecentes como maconha e LSD associados diretamente às posturas reivindicatórias e libertárias, acabou por compor um quadro de manifestações estéticas que, contrário ao que havia acontecido nas décadas anteriores, gerou visibilidade e pânico moral, pânico este que impulsionou a intensa produção legislativa em matéria penal sobre drogas (CARVALHO, 2016, p. 62).

Nesta esteira, campanhas realizadas por empresários e movimentos sociais moralistas repressivos aliados aos meios de comunicação justificaram os primeiros passos para a transnacionalização do controle sobre entorpecentes. Em outras palavras, importamos um modelo, em especial A convenção Única sobre Estupefacientes, aprovada em Nova Iorque em 1961. Um modelo que envolvia combate armado aos traficantes e usuários, pois os consumidores são agora os verdadeiros culpados pela existência da droga na sociedade, tendo em vista que não existiria oferta sem a demanda, era preciso afastar os dependentes da droga, nem que para isso fosse preciso usar o braço forte do estado como *prima ratio*. Porém, como bem aponta Rosa Del Olmo, a globalização do combate às drogas era uma tentativa de acabar com as fronteiras do controle social, utilizando-se do pretexto de combate à criminalidade (CARVALHO, 2016, p. 63).

Porém, no Brasil ao final do túnel brilhava uma luz, o dispositivo do art. 281 do Código Penal de 1940, em decorrência do princípio da taxatividade, possibilitou a punição exclusiva do traficante, segundo o entendimento do STF, porém a descriminalização judicial do uso levantou preocupações no âmbito repressivo. Não era possível aceitar que um consumidor, que usa seu dinheiro para financiar práticas ilícitas, fique livre e não seja punido por isso. Dessa forma, contrariando orientação internacional e rompendo com o discurso da diferenciação, o Decreto-Lei 385/68 modificou o art. 281, garantindo pena idêntica à imposta ao traficante (CARVALHO, 2016, p. 66).

Na legislação atual existe a diferença de tratamento legal entre usuário e traficante, entretanto, apesar da consolidação da ideologia da diferenciação, a criminalização do uso dos entorpecentes, mesmo como sendo crime de menor potencial ofensivo, tem mostrado ao longo do tempo um uso político dos entorpecentes para denominar os inimigos do Estado (CARVALHO, 2016, p. 65). Não se vê na prática uma diferenciação objetiva, mas sim, subjetiva. Tal afirmação se torna clarividente ao se analisar os dados coletados e constatar que 81% dos encarcerados são tratados como pardos ou negros, sendo 19% não identificado com raça/cor no flagrante, 76% não chegaram nem a adentrar o ensino médio e 90% vivem em bairros periféricos (KEVIN, 2017).



Fonte: Júlio Kevin (2017).

Apesar de se tratar de escolha pessoal, o uso de drogas, tem sido alvo de um processo eminentemente moralizador fruto de ressentimentos próprios das formações culturais judaico-cristãs ocidentais. Tendo como pressuposto que a criminalização é fruto de vontades particulares moralizadoras e normalizadoras, sua origem se torna volátil, portanto, não pode ser encontrada (CARVALHO, 2016, p. 56). Podemos enxergar ainda hoje as raízes do discurso ético-jurídico da década de 50, que além de potencializar as leis penais repressivas, criava o estereótipo moral do consumidor (CARVALHO, 2016, p. 61).

Embora perceptíveis substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descaracterização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a lei 6.368/76, reforçando-o (CARVALHO, 2016, p. 140).

A prisão da ameaça incalculavelmente perigosa, o “traficante”, é aclamada pela moral social, por isso conhecemos um direito penal sem limites e uma ordem jurídica intolerante, com a tortura como regra e a execução como espetáculo. É só ligar a TV em um desses jornais sensacionalistas para ver: ‘mais um jovem negro preso com alguns gramas de droga’. A sociedade aplaude e os agentes são condecorados (BATISTA, 2000, p. 124).

O pêndulo estabelecido entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a sutil implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes manifestam a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstinências (ideal da abstinência). Assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas (CARVALHO, 2016, p. 141).

Apesar de formalmente impossibilitar a aplicação de pena privativa de liberdade para o agente que incorre no art. 28, crime de uso, a política de drogas atual mantém mecanismos penais de controle (penas restritivas de direito e medidas de segurança inominadas), com similar efeito moralizador e normalizador utilizado no crime de tráfico, obstruindo assim a implementação de políticas públicas saudáveis e preventivas (CARVALHO, 2016, p. 142). Como bem ensina Marcos Rolim (2006), experiências de redução de danos acabam por encerrar verdades básicas que, no nosso meio, têm sido enterradas pelo discurso moralista que domina.

“Por esses e outros efeitos, nunca foi tão evidente a necessidade de se mudar a política de drogas em nosso país” (Marcos Rolim, 2006). As políticas de drogas no Brasil têm seguido os passos da sangrenta “guerra contra as drogas” iniciada pelos EUA. Mesmo após décadas de experiência em que essa política recolheu retumbante fracasso, essa abordagem bélico-repressiva tem sido a única utilizada desde então. Como bem afirmou Marcos Rolim (2006, p. 174) “Mesmo assim os seus adeptos não se cansam de propor doses mais fortes do mesmo remédio”.

O resultado disso é a ‘vegetação vingadora’ das quadrilhas, das chacinas nos morros, da superlotação carcerária, da ausência de tratamento para os dependentes e, também, da corrupção que afeta a polícia e se alastra por todas as instâncias de poder. Cabe agora a análise crítica do tipo penal de uso de entorpecentes.

3. Tipologia crítica do crime de uso de drogas

Não cabe aqui exaurir doutrinariamente todos os aspectos a respeito do tipo de uso de entorpecentes (arts. 28 da Lei 11.343/06), porém necessário se faz analisar de forma crítica o crime, principalmente no que se refere a ausência do princípio da taxatividade para diferenciar os agentes que incorrem no crime de tráfico e de uso de drogas. Inicialmente leia-se o artigo propriamente dito para, em seguida, passarmos às reflexões.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

A objetividade jurídica proposta é a proteção à saúde pública, e esse bem jurídico é atingido com o mero porte da droga, independentemente de sua quantidade. O que o torna um crime de perigo abstrato, sendo prescindível a ocorrência de dano, como ensina o Professor Jayme Walmer Freitas (2006). É possível enxergar as raízes moralizadoras e normalizadoras que impedem o avanço e implementação de políticas públicas saudáveis de que falava Rolim (2006, p. 174) e a dupla face de uma política de drogas que quer distinguir traficante de consumidor, delinquente de doente, para que sobre aqueles incida o controle penal mais violento dispensado pelo Estado, e sobre estes, o discurso médico-psiquiátrico da década de 70, demonizando e patologizando o consumo de entorpecentes (CARVALHO, 2016, p. 141).

O objeto material do crime é a droga em si, logo, sua ausência ou não previsão na Portaria da Anvisa conduz à atipicidade da conduta. É um crime comum, então qualquer pessoa pode praticar sem nenhuma exigência ou condição especial para tal prática. Os sujeitos passivos ou vítimas do crime são primariamente o Estado, a coletividade, e em segundo plano o sujeito ativo que provoca danos à própria saúde (FREITAS, 2006, p. 4-7). Difícil é provar o dano de forma concreta, ou seja, o dano que o porte ou consumo de drogas ilícitas pode causar à coletividade, o que torna mais absurda a criminalização de uma conduta que só tem potencial de danos à saúde do agente ativo da conduta.

O tipo penal conta com cinco verbos-nucleares, são eles: adquirir, que significa conseguir através de compra ou troca, obter; guardar, quer dizer ter sob cuidado a droga, estar sob sua vigilância, pôr em lugar apropriado, reservar; ter em

depósito, no sentido de conservar, reter a droga à sua disposição; transportar que é o mesmo que levar ou carregar a droga; e trazer consigo, que acontece quando o agente transporta a substância junto ao corpo ou no próprio corpo. É interessante ressaltar que esses cinco verbos também se encontram no caput do art. 33 da lei de drogas, o que torna nebulosa a possibilidade de diferenciação objetiva entre usuário e traficante.

Cada uma das condutas descritas pelos verbos nucleares do tipo precisam, necessariamente, serem praticadas com o fim específico de consumo pessoal e qualquer desvirtuamento poderá subsumir a conduta ao tipo de tráfico, justamente porque suas condutas típicas se encontram dentro das condutas do crime do art. 33 da lei 11.343/06. O que favorece a realidade lamentável que nosso sistema carcerário apresenta, onde toxicômanos, usuários, tornam-se traficantes usuais ou pequenos traficantes para sustentar seu vício e acabam sendo abarcados pelo tipo mais duro.

Apesar de a lei oferecer parâmetros para que o magistrado distinga no caso concreto entre usuário, dependente e traficante (§2º do art. 28), é tarefa demasiado complexa tendo como base apenas os depoimentos dos policiais que conduziram o indiciado ou a droga supostamente encontrada com o mesmo. Querendo os policiais, é impossível que o magistrado interprete de forma favorável à situação apresentada para sua análise. Fato comprovado pelos dados contidos nos processos investigados no ano de 2017 em Delmiro, os quais apontaram que em 76% dos casos as testemunhas dos processos de drogas são apenas os Policiais Militares que participaram da abordagem.

O elemento normativo do tipo consiste na expressão sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Que estão presentes no tipo para identificar a licitude ou não da conduta, de forma que se há autorização ou determinação legal a conduta será atípica. É o caso de algumas poucas pessoas que têm conseguido através de processos judiciais autorização para cultivar a fabricar medicamentos a partir da *cannabis sativa*, maconha, para uso terapêutico.

O crime se consuma quando o indivíduo pratica qualquer das condutas apresentadas no *caput* do artigo ou seu parágrafo primeiro, sendo assim, considerado crime de mera conduta ou instantâneo, portanto, geralmente, não admite a forma tentada. A doutrina, porém, apresenta exceção à regra na conduta de adquirir, levando em conta que a modalidade pode ser fracionada, e o agente surpreendido antes de conseguir, ou no ato de aquisição da droga. As penas do tipo têm caráter educativo e (res)socializador, ou como diria Salo de Carvalho (2016), efeito moralizador e normalizador que obstrui a implementação de políticas públicas saudáveis e preventivas.

As penas podem ser de advertência, prestação de serviços à comunidade, ou ainda comparecimento a programa ou curso educativo. Eles visam à conscientização do usuário do mal que a droga causa a si próprio, buscando sua inserção social e procurando afastar o usuário das drogas. O que é de certa forma um ato contraditório, se o legislador sabia da necessidade de medidas de educativas quanto às drogas, deveria ter investido em políticas preventivas contra o uso de drogas e não repressivas, como o caso do uso do braço armado do estado para tratar uma questão de saúde pública. É válido notar que as penas restritivas de direitos sempre tiveram natureza substitutiva no Direito Penal Brasileiro, aqui, contudo, adquiriram natureza autônoma (FREITAS, 2006, p. 6).

A primeira medida a ser aplicada será a de advertência ao usuário pego praticando qualquer das condutas presentes no *caput* do artigo, que consiste na admoestação verbal do agente sobre as consequências do consumo de drogas para sua saúde e danos abstratos à sociedade. As penas de prestação de serviços comunitários e medida educativa têm prazo máximo de 5 meses. Sendo que em caso de reincidência as penas podem ser dobradas chegando ao máximo de 10 meses. A prestação de serviço ocorrerá em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

O descumprimento de qualquer das penas impostas dará ao juiz a possibilidade de escolher submeter o sujeito a uma nova advertência verbal cumulada, dependendo da necessidade, com pena de multa. Para calcular a multa deverá o magistrado levar em consideração a reprovabilidade da conduta e fixará o número de dias-multa, nunca inferior a quarenta e não superior a cem. Em segundo momento deverá também o juiz levar em conta a condição financeira do agente para fixar o valor do dia-multa entre o mínimo de um trinta avos até o máximo de três vezes o valor do salário mínimo vigente. Esses valores serão depositados no Fundo Nacional Antidrogas (FREITAS, 2006, p. 7).

O tipo penal tem sua pretensão punitiva e pretensão executória prescritas em dois anos após a *notitia criminis*. Os eventos que interrompem a prescrição são os mesmos previstos no Código Penal de 1940 em seu artigo 117, a saber:

pelo recebimento da denúncia ou da queixa, pela pronúncia, pela decisão confirmatória da pronúncia, pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, pelo início ou continuação do cumprimento da pena, pela reincidência.

Vê-se então uma legislação voltada para a condenação de toda e qualquer conduta que se relacione com entorpecentes, visando encarcerar massivamente os indivíduos, independente de apresentarem ou não problemas de dependência com a droga, em outras palavras, varrer para debaixo do tapete um problema social inquestionável.

4. Análise da incidência de verbos que poderiam se subsumir ao crime de uso, mas foram subsumidos ao tráfico

A pesquisa de campo foi realizada através da coleta e análise de 21 processos criminais de drogas ocorridos no ano de 2017. Essa coleta de dados foi realizada no ano de 2018 e durou cerca de 6 meses, pois além do estudo das principais peças acusatórias do processo. Foi criada ainda uma máscara responsável por transformar as informações obtidas dos

processos judiciais, sobretudo das denúncias e inquéritos policiais, em dados estatísticos.

Os dados gerados pela pesquisa de campo mostraram que os verbos mais utilizados nas denúncias de tráfico analisadas são: ter em depósito (25,7%); preparar/produzir/fabricar (20%); transportar (17,1%); e guardar (17,1%). Portanto, do vasto rol de dezoito verbos-nucleares disponíveis no tipo de tráfico de drogas, coincidentemente, três dos cinco constantes no *caput* do tipo de uso de entorpecente, tipo penal mais brando, são os que representam maior subsunção nas denúncias, representando juntos mais de 50% dos casos.

O princípio da taxatividade, ou a fórmula latina *nulla poena sine lege certa*, consiste na determinação para que o legislador redija os tipos penais de forma clara, certas e determinadas. Essa regra proíbe, portanto, o legislador, ao elaborar as leis, de utilizar expressões ambíguas, indeterminadas e vagas, capazes de causar confusão no entendimento do tipo. Sem essa regra, não se pode alcançar a função do princípio da legalidade, pois de nada adianta que o crime seja previamente previsto se não se sabe ao certo qual a conduta está proibida ou como diferenciá-la de outro tipo penal semelhante (SILVA, 2012, p. 19).

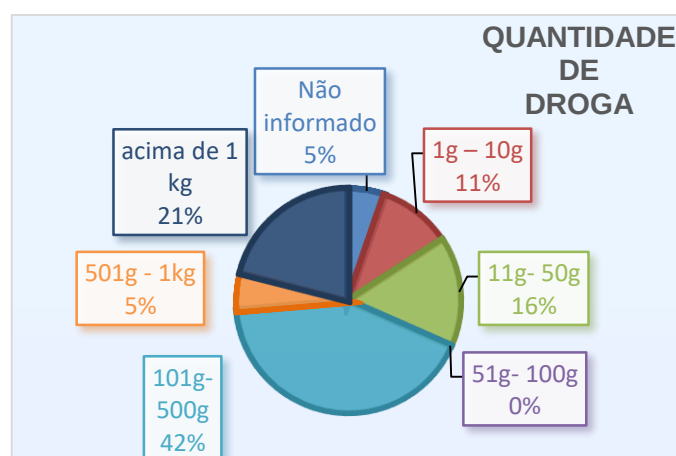
O uso de tipos penais genéricos, vazios, que se valem de cláusulas gerais ou conceitos abrangentes e indeterminados, equivalem a nada formulado, porém são nefastos para o uso político da lei, pois os agentes aplicadores da legislação se veem com o aparato armado mais perigoso do Estado a sua disposição para se utilizar dele de forma que bem entender correto, pois não há definição clara do tipo. Não é por acaso que ao longo da história países totalitários, ao editar legislações voltadas à repressão e controle político, se utilizaram dessa fórmula abrangente e incerta para alcançar seus objetivos, conforme os ensinamentos de Nilo Batista (2011, p. 78).

A legislação de drogas sob análise é um modelo legal inspirado pelas doutrinas substancialistas que se proliferaram com a reação anti-iluminista do século passado, quer dizer, caracterizada por tipos penais elásticos e indeterminados, abertos à analogia *in malam partem*, principalmente no que se refere aos agentes aplicadores, pelo caráter atribuído às investigações acerca da pessoa do acusado, bem como ao juízo sobre a “periculosidade” do agente. A lei 11.343/06 tem semelhanças assustadoras com ordenamentos penais totalitários embasados por doutrinas antiformalistas. A falta do princípio da taxatividade entre os crimes de uso e tráfico de drogas gera uma enorme insegurança jurídica (FERRAJOLI, 2013, 346).

A proibição de tipos e penas indeterminados justifica-se nos fins do princípio da legalidade: uma lei indeterminada ou imprecisa não protege o cidadão contra a arbitrariedade, porque implica uma falta de limitação ao *ius puniendi* estatal. Além disso, é contrário ao princípio da divisão dos poderes, pois permitiria ao juiz fazer a interpretação que quisesse e, com isso, invadir o terreno legislativo; não produziria eficácia preventivo-geral, já que o indivíduo estaria impedido de reconhecer na norma o que se quer proibir e, devido a isso, a existência de lei indeterminada não proporcionaria a base para um juízo de reprovabilidade (GOMES, 2003. p. 33).

O que gera essa obscuridade na diferenciação dos tipos de uso de tráfico de drogas é o fato de o primeiro ter seus verbos nucleares engolidos pelo segundo, ou seja, as mesmas condutas cometidas por um usuário podem ser cometidas pelo traficante, e essa diferenciação será feita, oficialmente, pelo juiz e, extraoficialmente, pelo agente policial na hora da abordagem.

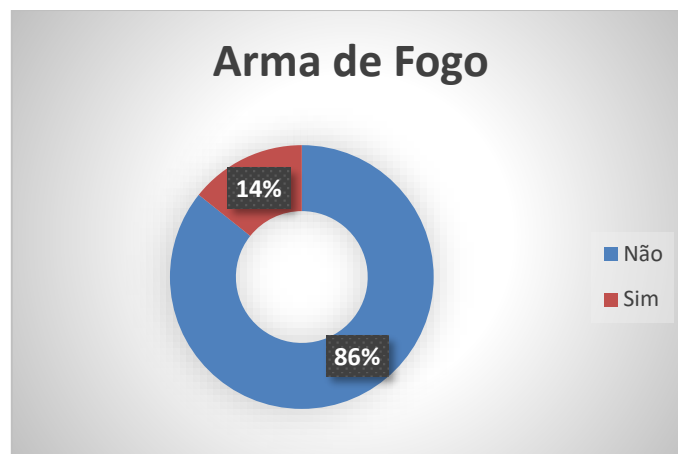
O resultado da ausência de clareza na diferenciação dos tipos se mostra quando ao analisarmos os dados coletados na pesquisa realizada na comarca de Delmiro Gouveia-AL no ano de 2017. Os dados apurados apontaram que 74% dos acusados possuía 500g ou menos de droga no momento da prisão.



Fonte: Júlio Kevin (2017).

A pesquisa mostrou ainda que nos casos analisados 86% dos acusados não possuíam arma de fogo no momento do flagrante, ou seja, não apresentavam indícios de que estariam defendendo alguma área de tráfico ou ainda que vivessem

da prática de delitos. A estatística mostra, na verdade, que o único indício de que os acusados estavam incorrendo na prática do crime de tráfico de drogas era a posse da droga.



Fonte: Júlio Kevin (2017).

Se houvesse uma clara distinção entre os tipos, com critérios como a ausência do porte de arma de fogo e a quantidade mínima, somente nos casos analisados teríamos uma redução de quase 80% nas prisões por tráfico. Poderia ao menos reduzir a incorrência daqueles toxicômanos ou usuários traficantes que vendem pequena quantidade de droga para suportar seu vício.

5. Considerações Finais

O início da legislação penal está marcado com arbitrariedades, seletividade, racismo e injustiças. Todas essas heranças acarretaram a formação da atual política de drogas que apresenta erros crassos no que se refere a sua técnica legislativa no momento de diferenciar os tipos de uso de drogas (art. 28) e tráfico de drogas (art. 33).

Essa obscuridade criada pelo legislador acarreta um aumento considerável nas incorrências do art. 33. Sendo que na maioria dos casos esses 'traficantes presos' são apenas toxicômanos ou usuários traficantes, que vendem a droga para sustentar a dependência e não possuem sequer arma de fogo no momento do flagrante. Portanto, temos todo o aparato bélico estatal apontado para pessoas que na verdade necessitam de tratamento de saúde e não do cárcere.

Portanto, a ausência da taxatividade do crime de uso de drogas é um dos fatores de aumento da incorrência de agentes no crime de tráfico de drogas, abarrotando o sistema carcerário com pessoas que necessitam de acompanhamento médico-psicológico e não de penas privativas de liberdade. A política repressiva de drogas se mostra a cada dia menos eficiente, é preciso parar de insistir em um método reconhecidamente falido e começar a pensar em políticas preventivas e saudáveis para lidar com a questão das drogas.

Referências

Livros e obras completas

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: Dois tempos de uma história**. 1ª edição. Brasil: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. – Brasil : Revan, 2011.

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

KARASCH, Mary C. **A vida dos escravos no Rio de Janeiro (1808-1850)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 129.

MATTOS, Ilmar Rohloff de. **O tempo saquarema: a formação do estado imperial**. São Paulo: Hucitec, 1987.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI**. Brasil : ZAHAR, 2006.

Artigos em periódicos

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 4ª ed. – Brasil : **Revista dos Tribunais**, 2013.

FREITAS, Jayme Walmer de. Aspectos penal e processual penal da novíssima lei antitóxicos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1209, 23 out. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9074>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da Proporcionalidades no Direito Penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003.

Dissertações e teses

GONÇALVES, Márcia de Almeida. Ânimos temoratos: uma leitura dos medos sociais na corte no tempo das regências.

Tese de mestrado em História. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1995.

Publicações eletrônicas

BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Brasília, DF, 1940.

SILVA, Louise Trigo da. Legalidade e taxatividade: a necessidade de definições e os tipos abertos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2o quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.