

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

CAROLINE MARÓSTICA

**SUBSTITUIÇÕES DE PENA DENTRO DA LÓGICA DA ‘GUERRA ÀS DROGAS’:
O TRÁFICO PRIVILEGIADO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NA
COMARCA DE PORTO ALEGRE**

Porto Alegre
2019

CAROLINE MARÓSTICA

**SUBSTITUIÇÕES DE PENA DENTRO DA LÓGICA DA ‘GUERRA ÀS DROGAS’:
O TRÁFICO PRIVILEGIADO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NA
COMARCA DE PORTO ALEGRE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Paula Motta
Costa

Porto Alegre
2019

CAROLINE MARÓSTICA

**SUBSTITUIÇÕES DE PENA DENTRO DA LÓGICA DA ‘GUERRA ÀS DROGAS’:
O TRÁFICO PRIVILEGIADO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS NA
COMARCA DE PORTO ALEGRE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do
Rio Grande do Sul como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 08 de julho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Ana Paula Motta Costa (orientadora) – UFRGS

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva – UFRGS

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva – UFRGS

AGRADECIMENTOS

Nos últimos meses, eu, que sempre cobre tanto de mim mesma – e, conseqüentemente, dos outros – passei a repetir uma frase como um mantra: fazemos o que nos é possível diante das circunstâncias que nos são dadas. Poucas pessoas falam do quão incrivelmente solitário pode ser escrever um trabalho acadêmico, e o quanto é necessário ser honesto perante o espelho. Assim, chego ao final dessa jornada de trabalho de conclusão de curso e de graduação fazendo as pazes comigo mesma.

Há um provérbio africano que diz que “é preciso uma aldeia inteira para educar uma criança”. Longe de querer comparar a tarefa hercúlea de ser mãe à escrita de uma monografia, faço aqui a reflexão de que, sem a nossa comunidade, não somos nada. Por isso, é necessário agradecer à minha.

A Isadora e Luiza, obrigada por terem feito eu me sentir em casa desde a noite um, proporcionando a segurança e o ambiente de que eu necessitava para escrever esse trabalho, inclusive o colo para chorar. Vocês são mulheres incríveis e foram fundamentais nesse processo.

A Vitória, Maria Paula, Valentina, Júlia, João, Pedro, Conrado, Leonardo e Victor. Obrigada por ouvirem minhas angústias, colorirem meus dias e serem meus exemplos de coragem. Com vocês, sinto que é possível sair um pouco da minha cabeça, pensar menos e olhar mais o mundo lá fora. Se hoje eu me reconheço enquanto um ser político, é porque há quatro anos conversávamos sobre isso no intervalo da aula.

A João Pedro, Matheus, Júlia e Luiza (de novo): obrigada por terem me ajudado na busca do material para esse trabalho. Alguns me emprestaram livros, outros se dispuseram a pegá-los em bibliotecas às quais eu não tinha acesso. Sem vocês, a bibliografia desse estudo seria muito menos interessante.

A Ana Paula, de professora de criminologia no primeiro semestre da faculdade à orientadora: obrigada por ter acreditado em mim quando nem eu mesma acreditei. Obrigada pela sensibilidade perante minhas mudanças de ideia de última hora. Ainda sinto que aproveitei muito pouco do que tu me ofereceste enquanto grande pesquisadora que és.

A Virgínia, Vitor, Aury, Janaína, Antônio, Vitória (novamente) e, mais recentemente, Samuel e Maria Luísa: obrigada por tornarem o ambiente de trabalho

um lugar em que é possível rir das tristezas da vida. Todos os dias eu aprendo com vocês, seja processo penal, seja como sobreviver ao inverno em um escritório em que não entra sol.

A Martim, por ser Martim. Dentre todos esses, foi o que mais sentiu o peso desse trabalho na minha vida, pois também afetou a dele. Obrigada por entender, e, mesmo quando não conseguiu, por ter suportado a minha ausência e crescido com ela. Incrível é pouco para descrever o ser humano que tu és. Chegamos ao fim desse processo mais fortes e mais tolerantes um com o outro, prontos para a próxima etapa da nossa vida: aquela em que não precisaremos mais esperar o outro no aeroporto.

Por fim, à minha família. Vocês são as pessoas que mais admiro no mundo. A meu pai Adegides, por sempre ter insistido na ideia de ter uma filha formada na 'federal', não me deixando esmorecer nem mesmo nos momentos em que eu mais tive medo do futuro. A minha mãe Ivone, pelo carinho e pela mente aberta às nossas conversas, assim como pelo incrível trabalho feito atrás das cortinas, ao qual eu só passei a dar valor depois que comecei a morar sozinha. E, por último, às minhas irmãs, Janaína e Natália. O meu desenvolvimento enquanto mulher adulta é mérito de vocês. Obrigada por terem aberto os caminhos, pelos puxões de orelha e por terem me ajudado a voar com minhas próprias asas, independente do quão opostas foram nossas opiniões sobre alguns assuntos. Vocês são o meu Norte.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo entender a relação existente entre a atual política criminal de drogas brasileira e os argumentos utilizados pelos juízes de primeiro grau nas condenações por tráfico de drogas privilegiado para conceder ou não a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A metodologia utilizada é a análise de sentenças prolatadas por magistrados das Varas Criminais de Porto Alegre, utilizando-se para isso da Teorização Fundamentada nos Dados. Para tanto, primeiramente é apresentado como se construiu e como se caracteriza a política de drogas no Brasil, passando pela história legislativa e política das leis penais de drogas pátrias, assim como seus fundamentos ideológicos, trazidos pela criminologia. Após, é feita uma breve exposição da dogmática do tipo penal do tráfico privilegiado, assim como as possibilidades de substituição por restritivas de direitos e o debate jurisprudencial realizado acerca do tema. Por fim, são apresentados os resultados da pesquisa empírica, assim como feitas conexões com o material teórico anteriormente exposto.

Palavras-chave: Tráfico de drogas privilegiado. Penas restritivas de direitos. Política criminal de drogas.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo entender la relación existente entre la actual política criminal de drogas brasileña y los argumentos utilizados por los jueces de primer grado en las condenas por tráfico de drogas privilegiado para conceder o no la sustitución de la pena privativa de la libertad por una pena limitativa de derechos. La metodología utilizada es el análisis de sentencias prolatadas por jueces criminales de la ciudad de Porto Alegre, utilizando la Teoría Fundamentada (*Grounded Theory*). Para eso, primero se presenta cómo la política de drogas fue construida y caracterizada en Brasil, pasando por la historia legislativa y política de las leyes penales de drogas patrias, así como sus fundamentos ideológicos, basados en la criminología. Después, se hace una breve exposición de la dogmática del tipo penal del tráfico privilegiado, así como las posibilidades de sustitución por restrictivas de derechos y el debate jurisprudencial realizado acerca del tema. Por último, se presentan los resultados de la investigación empírica, así como las conexiones con el material teórico anteriormente expuesto.

Palabras claves: Tráfico de drogas privilegiado. Penas limitativas de derechos. Política criminal de drogas.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL	12
2.1 BREVE HISTÓRICO	12
2.1.1 O surgimento da política proibicionista sistematizada – precursores da Lei 11.343/06	12
2.1.2 A promulgação da Lei nº 11.343/06 e sua estrutura de punibilidade	18
2.2 OS FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DA POLÍTICA DE DROGAS BRASILEIRA.....	21
2.2.1 A Ideologia da Defesa Social	22
2.2.2 A Ideologia da Segurança Nacional	24
2.2.3 Os Movimentos de Lei e Ordem	26
2.2.4 Parêntese: o Direito Penal do Inimigo	28
3 O ATUAL TIPO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO.....	31
3.1 O TIPO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS – ART. 33, <i>CAPUT</i> DA LEI Nº 11.343/06.....	31
3.2 A APLICAÇÃO DA PENA.....	34
3.2.1 O caráter hediondo do crime de tráfico de drogas – art. 2º da Lei nº 8.072/90	34
3.2.2 A privilegiadora e as penas restritivas de direitos – art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06.....	35
3.2.3 Dosimetria e execução da pena – arts. 42 e 44 da Lei nº 11.343/06	39
4 ESTUDO EMPÍRICO: AS JUSTIFICATIVAS UTILIZADAS PELO JUDICIÁRIO NA ANÁLISE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA NO TRÁFICO PRIVILEGIADO.....	42
4.1 O DESENHO METODOLÓGICO	42

4.1.1 O procedimento de coleta do material documental.....	42
4.1.2 O método de análise: a Teorização Fundamentada nos Dados	45
4.2 A ANÁLISE QUALITATIVA DOS DADOS.....	46
4.3 OS RESULTADOS.....	48
4.3.1 A concessão da privilegiadora	49
4.3.2 A favor da substituição	49
4.3.3 Contra a substituição	53
4.3.4 A política criminal de drogas e a substituição ou não da pena no tráfico privilegiado	56
5 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63
APÊNDICE A – QUADRO DE EXPOSIÇÃO DOS PROCESSOS ENCONTRADOS EM QUE HOUVE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.....	67
APÊNDICE B – QUADRO DE EXPOSIÇÃO DOS PROCESSOS ENCONTRADOS EM QUE NÃO HOUVE SUBSTITUIÇÃO DA PENA.....	71

1 INTRODUÇÃO

Em 2015, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada publicou relatório de pesquisa intitulado “A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas”, que tinha dentre seus objetivos diagnosticar o impacto da política nacional de penas e medidas alternativas implementada pelo Ministério da Justiça a partir do ano 2000. Realizada pesquisa quantitativa, descobriu-se que somente 12,2% dos réus receberam penas alternativas, contra 46,8% de condenados a penas privativas de liberdade (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015, p. 37).

Segundo os pesquisadores, um dos motivos para tão baixo número, apesar da implementação gradual da já comentada política nacional de penas e medidas alternativas, é a “perceptível resistência de juízes e promotores à aplicação de PMAs”, principalmente quando da ocorrência de delitos que envolviam drogas, sendo invocados os argumentos de que penas alternativas seriam sinônimo de impunidade, ou de que “o envolvimento com as drogas seria a porta de entrada para a criminalidade” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015, p. 87).

Para entender a situação, é necessário dar alguns passos atrás. Em 2006, com a promulgação da então nova Lei de Drogas, a pena mínima para o crime de tráfico subiu de 3 para 5 anos, o que retirou a possibilidade de concessão de penas restritivas de direitos, tendo em vista um dos requisitos do artigo (art.) 44 do Código Penal: pena máxima de 4 anos. Porém, ao mesmo tempo em que proporcionou um recrudescimento da resposta penal ao tráfico, a Lei nº 11.343/06 também previu instrumento que poderia abrandar essa pena em até 2/3, preenchidas condições específicas – vedada, porém, a conversão em penas restritivas de direitos.

Uma maior abertura surgiu quando do julgamento do *Habeas corpus* (HC) nº 97.256/RS pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2010, o qual declarou a inconstitucionalidade do trecho. A questão ficou assentada em definitivo no STF somente no julgamento do HC nº 118.533/MS em 2016, o qual declarou a não hediondez do crime de tráfico privilegiado.

Entretanto, ainda assim a questão não está de todo pacificada nas instâncias inferiores, conforme mostrou pesquisa realizada em 2017 pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio

Vargas de São Paulo acerca das interpretações do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) sobre o tema, existindo ainda uma disputa de narrativas em volta do tema (MACHADO; BARROS; GUARANHA; PASSOS, 2018, p. 627).

Mas, além da questão da disputa jurisprudencial, fica a pergunta: como decisões acerca da substituição da pena em caso de tráfico privilegiado se inserem dentro da política de drogas? E tal é importante porque essa se estrutura a partir da imprescindibilidade da pena de prisão, como visto com os crescentes níveis de superlotação dos presídios brasileiros: em 2016, 26% dos homens e 62% das mulheres estavam encarcerados pelo crime de tráfico de drogas, condenados ou aguardando julgamento (BRASIL, 2017, p. 12).

Assim, a presente pesquisa tem como objetivo entender os argumentos utilizados por juízes de primeiro grau na concessão ou não da substituição comentada, sob a visão da criminologia crítica acerca da atual política criminal brasileira de combate ao tráfico de drogas. Para isso, foi feita pesquisa empírica através da análise das sentenças prolatadas por Varas Criminais da Comarca de Porto Alegre, constantes no *site* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Essas foram acessadas a partir dos acórdãos julgados pelas Câmaras Criminais no ano de 2018.

A justificativa da escolha do tema se dá pela falta de teorizações críticas acerca do instituto do tráfico privilegiado no Brasil, assim como das penas restritivas de direitos. Tal parece surgir da ausência de uma abordagem mais aprofundada nos currículos de Direito, que priorizam a questão da pena de prisão. O primeiro contato com o tema se deu através de estágio da pesquisadora na Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Porto Alegre durante o ano de 2017, a qual, tendo iniciado leituras sobre o tema, deparou-se com a baixa quantidade de pesquisas sobre o assunto.

O trabalho se estrutura em três capítulos. O primeiro deles versa sobre a política criminal de drogas no Brasil, partindo da história legislativa do crime de tráfico de drogas até a promulgação da Lei nº 11.343/06, assim como os trâmites que envolveram seu texto. Então, são apresentados os fundamentos ideológicos dessa política de drogas, a partir da visão da criminologia crítica.

O segundo capítulo, por sua vez, trata da análise dogmática do tipo penal do tráfico de drogas privilegiado, expondo a classificação do delito dentro das

categorias do tipo e as normas para a aplicação da pena. Nesse ponto, são trabalhadas as questões da hediondez, da dosimetria e das penas restritivas de direitos, assim como os julgados dos Tribunais Superiores sobre os temas.

O terceiro e último capítulo trata dos detalhes da realização da pesquisa empírica: a limitação do objeto, a coleta dos dados e sua organização. Por fim, são apresentados os resultados a partir da aplicação da Teoria Fundamentada nos Dados (*Grounded Theory*), procurando dialogar com os conceitos apresentados nos dois primeiros capítulos.

2 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

2.1 BREVE HISTÓRICO

Em trabalhos do Direito, é sempre um risco iniciar a exposição teórica a partir da história do instituto em questão, uma vez que é possível que o objeto de pesquisa se perca no caminho. No entanto, considera-se absolutamente necessário, para o propósito do presente trabalho, partir da história legislativa e política do tipo penal do tráfico de drogas, para que seja possível compreender como são operadas as substituições de pena nos processos de tráfico privilegiado na cidade de Porto Alegre.

Parte-se do fato de que uma lei penal não surge no vácuo, mas é produto – como no caso – de dezenas de anos de políticas públicas, sujeitas a pressões externas (órgãos internacionais e países aliados) e internas (opinião pública e mídia). Assim, cabe entender como as drogas começaram a ser criminalizadas no país, e, na medida do possível, os fatores que influenciaram sua atual posição dentro do sistema penal.

2.1.1 O surgimento da política proibicionista sistematizada – precursores da Lei 11.343/06

Ainda que a primeira criminalização das drogas no Brasil tenha surgido no início do século XVII, com as Ordenações Filipinas, foi somente no século XX que essas passaram a ser encaradas como um problema público, começando a chamar a atenção das agências do sistema penal¹. Em 1932, com a previsão do crime de uso, porte e comércio de entorpecentes na Consolidação das Leis Penais (Decreto nº 22.213/32), é possível ver os primeiros contornos do que hoje se percebe no tipo penal do tráfico de drogas, como a previsão de pena de prisão (até então, era

¹ “Por sistema penal entendemos o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 60).

estipulada somente uma pena de multa), a pluralidade de verbos nucleares² nas incriminações e as primeiras delegações ao Poder Executivo de definir a conduta criminalizada (CARVALHO, 2016, p. 49).

Essa fase inicial da política criminal de drogas brasileira é chamada por Nilo Batista (1997, p. 134) de modelo sanitaria, em virtude do “aproveitamento de saberes e técnicas higienistas”: o usuário era considerado portador de uma doença passível de notificação compulsória (por vezes feita pela própria família). Assim, independentemente de ser dependente ou apenas experimentador, ficava sujeito à internação obrigatória.

O período do modelo sanitaria foi marcado por uma grande quantidade de decretos, os quais foram sempre orientados a partir de várias convenções internacionais assinadas e internalizadas pelo Brasil (BATISTA, 1997, p. 132). Dentre eles, destacam-se os Decretos nº 780/36 e nº 2.953/38 (início da autonomização das leis criminalizadoras) e o Decreto-Lei nº 891/38 (ingresso do país no modelo internacional de controle), a partir dos quais foi possível verificar o surgimento de uma política proibicionista sistematizada, definida por Salo de Carvalho (2016, p. 49-50) como “a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva” – ou seja, a organização do aparato repressivo estatal em torno de objetivos específicos, modelando tanto leis como instituições para o propósito de controle das drogas.

Nesse ponto, importante esclarecer os conceitos de autonomização das leis criminalizadoras e de modelo internacional de controle. O primeiro pode ser entendido como o processo de descodificação pelo qual os delitos relacionados às drogas passaram ao longo das décadas, através da proliferação de normas jurídicas penais especiais separadas do Código Penal e do Código de Processo Penal. Tal descodificação cria sistemas penais autônomos, gerando um direito penal de diferenciado valor (CARVALHO, 2016, p. 147 e 256): em nome da importância dos bens jurídicos protegidos, os princípios constitucionais são flexibilizados em tais leis, distanciando-se ainda mais das bases garantistas penais e aumentando a insegurança jurídica. E, ainda que o Código Penal de 1940 tenha recodificado

² Verbos que descrevem a conduta criminalizada, como por exemplo comercializar, exportar, etc. (GOMES, 2007, p. 188-189)

brevemente a matéria em seu art. 281³, a descodificação novamente voltou a partir de 1942, com a promulgação de disposições especiais sobre o cultivo (Decreto-Lei nº 4.720/42) (CARVALHO, 2016, p. 50-51).

Já o segundo conceito (modelo internacional de controle) se refere à padronização do modo de combate às drogas no mundo inteiro, a partir das convenções internacionais mencionadas anteriormente, sempre seguindo as determinações dos países considerados centrais – em especial, os Estados Unidos da América (EUA). Entretanto, para ser devidamente compreendido, apresenta-se uma base histórica mais profunda nos parágrafos seguintes.

Os primeiros indícios da implementação do modelo internacional de controle no mundo surgiram quando da Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas, realizada em 1936 em Genebra, pela Liga das Nações. Isso porque ficou então consolidada, pela primeira vez, a naturalidade da proibição às drogas: países que até então defendiam o livre comércio passaram a se render à política proibicionista promovida financeira e ideologicamente pelos EUA (VALOIS, 2019, p. 178-180). Isso acaba por criar “una perfecta identidad entre los criterios imperantes en Estados Unidos y los defendidos por la autoridad internacional”⁴ (ESCOHOTADO, 1998, p. 529).

Entretanto, foi somente durante a Ditadura Militar que o Brasil ingressou definitivamente chamado cenário internacional de combate às drogas (CARVALHO, 2016, p. 51). O modelo sanitaria até então vigente deixa de ser o padrão, sendo visto o momento do Golpe de 1964 como criador das condições para o nascimento do modelo bélico: ainda que permanecesse vivo o estereótipo do dependente, passou-se a combater o traficante a partir de uma lógica militarizada (BATISTA, 1997, p. 137).

Nesse período, há a promulgação do Decreto nº 54.216 em 26 de agosto de 1964, que internalizou a Convenção Única Sobre Entorpecentes de 1961

³ “Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: [...]”

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.” (BRASIL, 1940)

⁴ “Uma perfeita identidade entre os critérios que imperam nos Estados Unidos e aqueles defendidos pela autoridade internacional” (tradução livre)

(CARVALHO, 2016, p. 51-53). Realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em Nova Iorque e assinada por 74 países, incluindo os EUA, a Convenção de 1961 é considerada como o marco temporal de divisão entre o período em que as drogas ainda poderiam ser reguladas pelo mercado, para aquele em que a resposta única passaria a ser o Direito Penal. Assim, não mais se discute proibir ou não, mas sim, quais substâncias seriam proibidas (VALOIS, 2019, p. 259-261). Nesse ínterim, uniformiza-se o argumento central para a repressão: a necessidade de manutenção da saúde física e moral da civilização – sem que se levasse em conta as especificidades locais de cada país (CARVALHO, 2016, p. 53-54) (a título de exemplo, destaca-se o uso religioso da ayahuasca e da folha de coca pelas populações andinas).

Diferentemente do discurso sustentado na década anterior, de que o consumo se restringia a grupos marginais, considerados perigosos socialmente, a década de 60 foi marcada pela mensagem estadunidense de que os entorpecentes seriam um ‘vírus contagioso’. Isso porque eles passaram a ser comuns nos círculos de jovens de classe média, muito em função dos movimentos de contracultura (OLMO, 1997, p. 144-146). A droga começa então a ser vista como ameaça social, em uma dicotomia consumidor-doente e traficante-delinquente (OLMO, 1990, p. 34):

O problema da droga se apresentava como “uma luta entre o bem e o mal”, continuando com o *estereótipo moral*, com o qual a droga adquire perfis de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa família”. Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados “corruptores”, daí o fato de o *discurso jurídico* enfatizar na época o *estereótipo criminoso*, para determinar responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como o incitador ao consumo, o chamado *Pusher* ou revendedor de rua. Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-lo de “delinqüente”. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de “doente” graças à difusão do *estereótipo da dependência*, de acordo com o *discurso médico* que apresentava o já bem consolidado *modelo médico-sanitário*. (grifos originais)

Importante, portanto, entender que o modelo sanitário não foi simplesmente substituído pelo modelo bélico, mas sim, acrescido de outros valores e formas de encarar o ‘problema das drogas’, transmutando-se. Esse discurso médico-sanitário para o qual aponta Rosa Del Olmo acabará por criar a ideologia da diferenciação:

aos usuários da classe média, será dado tratamento médico e psiquiátrico; aos comerciantes pobres da droga, a prisão.

No Brasil, o estereótipo do usuário dependente se consolida no Decreto-Lei nº 159/67, que equipara os entorpecentes às substâncias que causam dependência química ou física (CARVALHO, 2016, p. 54-56). Essa qualificação veio na esteira da já mencionada Convenção de 1961, que distinguiu o 'uso' do 'abuso' de drogas a partir de uma caracterização jurídica: para substâncias legalizadas é aplicado o termo 'uso'; para drogas ilegais, o termo 'abuso' (VALOIS, 2019, p. 261). Ou seja, o álcool, o tabaco, os ansiolíticos e outros produtos da indústria farmacêutica, ainda que fossem vistos pela comunidade científica como drogas, no sentido médico do termo, não foram assim qualificados pela lei. Por outro lado, qualquer consumo de maconha, a cocaína, o ópio etc. configurava abuso de drogas.

Entretanto, ao ser confrontada com o modelo bélico, a ideologia da diferenciação foi deixada brevemente de lado no Brasil com a inclusão da criminalização do usuário no art. 281 do Código Penal em 1968, na intenção de colocar na mesma categoria toda e qualquer pessoa que tiver contato com a droga. Tal é fortificado com a promulgação da Lei nº 5.726/71, com a manutenção da equiparação entre uso e tráfico de drogas e a criação do tipo penal de associação para o tráfico. Nesse exemplo de autonomização do sistema penal de drogas, modificou-se o rito processual para sumário, tendo tal procedimento uma fase investigatória de apenas cinco dias (BATISTA, 1997, p. 139-140).

Em 1971, apesar da falta de evidências de que a repressão às drogas teria funcionado para diminuir o consumo, o então presidente dos EUA, Richard Nixon, anuncia formalmente uma 'guerra às drogas' (VALOIS, 2019, p. 267). A heroína se torna a principal preocupação do momento, em virtude do aumento de seu consumo entre os jovens de classe média, assim como pelos veteranos da Guerra do Vietnã. Nesse contexto, a China comunista é responsabilizada por viciar os americanos (OLMO, 1990, p. 39 e 41).

Essa questão é importante porque servirá para justificar a culpabilização dos países produtores pelo aumento do consumo, produzindo um maniqueísmo entre mundo livre (o lado do Bem) e países inimigos (o lado do Mal), o que fortalece a imagem do inimigo externo no contexto da Guerra Fria e será a base de toda a ideologia por trás das políticas proibicionistas, como explicitado na próxima seção.

Nesse ínterim, somado ao modelo médico-sanitário, tem-se o modelo jurídico-político (CARVALHO, 2016, p. 60-61), cujas primeiras medidas internas nos EUA foram o recrudescimento legislativo sobre drogas, assim como a criação de órgãos repressivos voltados especificamente para a questão. Seguindo a tendência das décadas anteriores, permanece a influência da política de drogas estadunidense na América Latina, sendo essa nova legislação dos EUA exportada para os países do sul (OLMO, 1990, p. 43-44).

É nesse cenário que, cinco anos mais tarde, é promulgada a Lei nº 6.368/76, a qual “aprimorou, para o bem e para o mal, a Lei nº 5.726/71” (BATISTA, 1997, p. 141) ao implementar o modelo jurídico-político no Brasil. Isso impactou diretamente no aumento do número de verbos nucleares no tipo básico do tráfico (art. 12) – ou seja, aumento das hipóteses de incidência da lei penal –, que passou a ter uma pena prevista de 3 a 15 anos. Tamanha elasticidade na aplicação da sanção foi justificada, na época, como a possibilidade de proporcionar uma melhor adequação ao caso concreto, mas teve por consequência a falta de diferenciação do pequeno e do grande traficante pelos magistrados (CARVALHO, 2016, p. 68-69), até mesmo porque a lei não ofereceu suporte para qualquer categorização do tipo, deixando tal a cargo da jurisprudência.

A Lei nº 6.368/76 regulou o procedimento de forma mais minuciosa do que os regramentos anteriores, mas de forma a favorecer o Estado, não o réu – passou a existir a necessidade de que o condenado estivesse preso ou se apresentasse à prisão para que pudesse interpor apelação. Por fim, ainda que a Lei nº 6.368/76 tenha diferenciado o tratamento dado para o porte do tratamento dado ao comércio de drogas, percebe-se que a estrutura genérica de seu art. 12 não se diferenciou da Lei nº 5.726/71, criando uma “punibilidade reflexa” para o usuário (CARVALHO, 2016, p. 67-70).

Soma-se a isso a inclusão do crime de tráfico no rol de crimes hediondos pelo art. 5º, inciso XLIII⁵ da Constituição Federal de 1988 (BATISTA, 1997, p. 141), categorização que impõe “o máximo grau de resposta punitiva no sistema de direito

⁵ “XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.” (BRASIL, 1988)

e de processo penal brasileiro” (CARVALHO, 2016, p. 252)⁶. Até então, as Constituições brasileiras apenas limitavam o poder repressivo do Estado, inovando a Constituição de 88 ao incluir em seu texto normas penalizadoras, fenômeno que Salo de Carvalho (2008, p. 160) chama de “Constituição Penal dirigente”.

Assim, abrigam-se sob o mesmo estatuto normas garantistas, até hoje não aplicadas plenamente em nosso ordenamento, e normas autoritárias, já totalmente harmonizadas (CARVALHO, 2016, p. 251). Prova disso é a promulgação, em 1990, da Lei nº 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos), a qual impossibilitou a concessão de indulto ou liberdade provisória aos crimes nela previstos, entre eles, o tráfico de drogas (BATISTA, 1997, p. 141), apenas 2 anos após a previsão pela Constituição.

Portanto, mesmo que a Constituição de 1988 e a recente abertura democrática tenham iniciado alguns debates sobre mudanças legislativas liberalizantes, a força histórica da proibição e da criminalização não deu qualquer margem a isso. Pelo contrário, fortaleceu-se a política proibicionista originada no início do século XX, redesenhada pelos Estados Unidos e aprimorada pelo regime ditatorial brasileiro.

2.1.2 A promulgação da Lei nº 11.343/06 e sua estrutura de punibilidade

Explicitada a origem da legislação proibicionista no Brasil, cabe falar da atual Lei de Drogas – assim nomeada em função de utilizar terminologia diversa de suas antecessoras, substituindo o termo ‘substância entorpecente’ por ‘droga’ – (Lei 11.342/06) e os debates que permearam seu projeto.

Desde o início da década de 90, vinha sendo debatida a necessidade de uma reforma na Lei nº 6.368/76 (CARVALHO, 2016, p. 91), principalmente em função do que Rosa del Olmo (1997, p. 150) chamou de “[...] cambios fundamentales em la forma de enfrentar el fenómeno de las drogas [...]”⁷. Essas mudanças não seriam, no entanto, a partir de uma perspectiva criminológica e

⁶ Salo de Carvalho (2016, p. 252) refere ainda que “[...] paralelamente à definição das condutas consideradas mais graves no sistema punitivo nacional, os constituintes, ao tratarem da organização do Poder Judiciário, nominaram as *infrações penais de menor potencial ofensivo*, direcionando-lhes o mínimo da resposta penal” (grifo original).

⁷ “Mudanças fundamentais no modo de enfrentar o fenômeno das drogas” (tradução livre)

descriminalizadora, mas sim para que a repressão pudesse atingir outros modos de ação do tráfico de drogas.

Com o fim da Guerra Fria, o inimigo externo deixa de ser a China Comunista e passa a ser o narcotraficante – em especial, os cartéis colombianos, associados cada vez mais com o “estereótipo ‘financiero’, asociado con el llamado ‘lavado de dinero’”⁸ (OLMO, 1997, p. 151). Assim, as organizações criminosas e seu financiamento se tornam o principal alvo das propostas legislativas no Brasil após os anos 90, com destaque para a Lei nº 9.034/95 (antiga Lei das Organizações Criminosas) e para o Projeto Murad (Projeto de Lei nº 1.873/91).

A primeira, inspirada na legislação italiana, foi criticada por possuir tipos muito abertos, com poucas definições, além de recriar uma “estrutura processual inquisitória” (CARVALHO, 2016, p. 96). Já o segundo serviu de base para a futura Lei nº 10.409/02 (cujo fim era substituir a Lei nº 6.368/76). Entretanto, o texto aprovado pelo Congresso acabou sendo vetado em parte pelo Presidente da República, originando um processo penal regulado pela Lei nº 10.409/02 e um direito penal regulado pela Lei nº 6.368/76, gerando “a aplicação conjugada de dois textos com fundamentos e historicidade diversas” (CARVALHO, 2016, p. 93). Ambas legislações têm em comum o objetivo de endurecer o processo penal para os crimes considerados mais danosos, com um pensamento de ‘os fins justificam os meios’ – portanto, cabíveis as flexibilizações de direitos dos acusados, em nome de um melhor combate ao crime.

A criação de estatutos penais diferentes e a tentativa (frustrada) de renovação normativa geraram como consequência um sistema legislativo de drogas dúbio e complexo (CARVALHO, 2016, p. 103-104). Assim, novo projeto foi encaminhado ao Legislativo pelo Executivo logo após os vetos presidenciais à Lei nº 10.409/02 (o qual previa uma pena mínima de 3 anos para o crime de tráfico de drogas, diferentemente do texto final, que a elevou para 5 anos), tendo sido apensado a um projeto originado no Senado. Ambos tramitaram e foram aprovados em conjunto em 2004, no Plenário da Câmara de Deputados. Tendo em vista as alterações promovidas pela Câmara o projeto então tramitou por mais dois anos no

⁸ “estereótipo ‘financiero’, asociado con a chamada ‘lavagem de dinheiro’” (tradução livre)

Senado, tendo finalmente sido aprovada a Lei nº 11.343/06 (BOITEUX, 2006, p. 8), promulgada em 23 de agosto de 2006.

A literatura nacional sobre o tema viu a então nova Lei de Drogas como fruto da história nacional e internacional da legislação sobre o tema. Com ela, reforçaram-se os discursos já promovidos pela Lei nº 6.368/76 – médico-sanitário e político-jurídico –, consolidando-se a ideologia da diferenciação na América Latina: separa-se a patologização dos usuários (ideal de abstenção) da forte punibilidade dada aos traficantes (permanecendo a visão da Ditadura Militar de inimigos nacionais), sendo criados dois sistemas autônomos dentro do mesmo regramento jurídico (CARVALHO, 2016, p. 105 e 378). Isso solidificou o modelo adotado pela Constituição: um é uma infração de menor potencial ofensivo, enquanto o outro é um crime hediondo.

Quanto ao tipo penal do tráfico de drogas, pouco se modificou da Lei nº 6.368/76 para a Lei de Drogas: o art. 33 desta é quase uma cópia completa do art. 12 daquela, com a já característica multiplicidade de condutas criminalizadas. Como mencionado, houve uma alteração quanto ao termo utilizado ('entorpecentes', na Lei nº 6.368/76, e 'drogas', na Lei nº 11.343/06), mas a que mais impactou no sistema carcerário foi a já mencionada mudança da pena mínima 3 para 5 anos.

Nos primeiros dez anos que se passaram desde sua entrada em vigor já foi constatada a mudança que a Lei de Drogas promoveu nas penitenciárias: em 2005, havia 361,4 mil pessoas encarceradas. Em 2016, esse número saltou para 726,7 mil, com sendo 28% desses relativos ao crime de tráfico. Quanto à taxa de aprisionamento, o aumento foi de quase 80% (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2017, p. 9, 12 e 43). Ainda, foram diversos os dispositivos legais questionados no STF – as decisões pertinentes ao objeto de pesquisa são analisadas no próximo capítulo, mas cabe desde já ressaltar a enorme insegurança jurídica gerada pela dependência de um Tribunal Superior para adequar uma legislação aos princípios constitucionais e à realidade brasileira.

Assim, mesmo tendo adotado uma política de redução de danos em paralelo à repressão ao tráfico, a Lei nº 11.343/06 não logrou se diferenciar das demais legislações que a precederam, nem mesmo com a criação de uma privilegiadora – até mesmo porque sua aplicação não interferiu no tipo de pena dada ao sentenciado

privilegiado até o julgamento do Supremo em 2010⁹. De fato, apesar de alguns dispositivos terem mudado, a lógica permanece a mesma: proibicionista.

Por fim, cabe ressaltar que a orientação internacional começa a caminhar, pela primeira vez em mais de uma centena de anos, em sentido contrário: o parecer final da Sessão Especial da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas de 2016 sobre o Problema Mundial das Drogas (UNGASS) defende políticas de redução de danos e encoraja a busca de meio alternativos ao aprisionamento (ELIAS, 2016). Ainda que tímido, mostra os possíveis novos rumos da política criminal de drogas mundial.

2.2 OS FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS DA POLÍTICA DE DROGAS BRASILEIRA

Ainda que a história possa dizer muito sobre algo, ela não é tudo. Assim, a presente seção tem por objetivo explicitar as chamadas bases ideológicas da atual Lei de Drogas, centrada, como já falado, no proibicionismo. E é a partir dessas bases ideológicas que são analisados os argumentos explicitados pelos magistrados no decorrer da pesquisa empírica.

No entender da literatura nacional, existem três linhas principais (nem sempre assim definidas, mas frequentemente identificadas pelos autores. No presente trabalho, será usada a nomenclatura dada por Salo de Carvalho em seu livro 'A política criminal de drogas no Brasil' (2016)): a Ideologia da Defesa Social, a Ideologia da Segurança Nacional e os Movimentos de Lei e Ordem.

Pormenorizadas a seguir, cada uma dessas foi fundamental para a construção do ideário em volta do crime de tráfico, da pessoa do traficante e das próprias drogas proibidas. Por último, é apresentado o conceito de Direito Penal do Inimigo de Jakobs, considerado nesse ponto como a consolidação dessas ideologias no ordenamento jurídico.

⁹ HC nº 97.256/RS.

2.2.1 A Ideologia da Defesa Social

A Defesa Social se apresenta tanto como ideologia – teoria usada como senso comum pelos atores penais, chamada de “falsa consciência”, uma vez que atribui funções idealizadas, diferentes das realmente exercidas – quanto como movimento – ações que visam a universalizar um programa de político específico (BARATTA, 1999, p. 46). Essa seção trata do primeiro aspecto.

Em linhas gerais, é possível explicar a Ideologia da Defesa Social da seguinte maneira: o crime é um dano, e, portanto, a expressão do mal, sendo a sociedade a expressão do bem (princípio do bem e do mal). O delito tem como origem pensamentos contrários aos valores sociais, internos ao criminoso (princípio da culpabilidade). Assim, a sociedade tem o direito de reagir contra o crime, uma vez que ele é uma ofensa aos interesses da comunidade – mesmo que nem todos os cidadãos tenham sido atingidos diretamente pelo delito (princípio do interesse social). Uma vez que a sociedade é representada pelo Estado, esse fica legitimado para reprimir a criminalidade através de todos os meios possíveis ao seu alcance, inclusive fazendo uso de mecanismos de controle social¹⁰, para que sejam reafirmados os valores da comunidade (princípio da legitimidade). Essa reafirmação dá-se pela pena, cuja função específica é ressocializar o delinquente, e a função geral, desmotivar novos crimes (princípio da finalidade ou da prevenção). Por fim, entende-se que, sendo todos os cidadãos iguais perante a lei, essa pena é aplicada de forma igualitária a qualquer um que cometa um crime (princípio da igualdade) (BARATTA, 1999, p. 42).

Importante mencionar que, historicamente, a Ideologia da Defesa Social surge juntamente com o Iluminismo europeu, tendo por finalidade justificar e legitimar os recentes estatutos penais da época, construídos através da ciência e da codificação, sendo ponto de encontro entre a escola liberal clássica¹¹ e as escolas

¹⁰ “[...] legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias” (BARATTA, 1999, p. 42).

¹¹ Fundada nos valores liberais e iluministas, vê o delito como a violação de um direito, um desrespeito ao pacto social, feito voluntariamente pelo sujeito criminalizado. Assim, a pena atua como defesa da sociedade, sendo um mal necessário (BARATTA, 1999, p. 29-32).

criminológicas positivas¹². Concebida como uma ‘roupagem’ cabível a qualquer sociedade, ela carrega os processos históricos, econômicos e políticos de seus idealizadores, assim como suas relações de produção dentro do sistema capitalista (BARATTA, 1999, p. 41-42 e 48). Assim, ao desconsiderar as especificidades locais que a produziram, a Ideologia da Defesa Social vê também o mundo e a criminalidade a partir de uma lente a-histórica e descolada da realidade social, ignorando quaisquer possíveis seletividades que possam operar.

Posteriormente, suas bases foram confrontadas por diversas teorias sociológicas da criminalidade, mas a Ideologia da Defesa Social acabou por se consolidar na dogmática penal. Ela está presente até hoje nos códigos e leis criminais, tornando-se a “filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do aparato penal penitenciário, mas também do homem de rua [...]” (BARATTA, 1999, p. 42).

Ainda que após a 2ª Guerra Mundial a Ideologia da Defesa Social comece a ser revisitada por pesquisadores, percebe-se que a defesa da pena de prisão como meio legítimo para propor transformações no indivíduo continua. Filippo Gramatica, fundador do Centro Internacional de Estudos de Defesa Social na Itália, passa a defender que a Defesa Social deveria passar a defender a socialização do indivíduo mais do que sua punição. Marc Ancel, um dos integrantes do grupo de Gramatica, apresenta então a Nova Defesa Social, que estaria preocupada com uma humanização da política criminal (SILVA, 2019).

Entretanto, por ser uma crítica que parte de dentro da própria ciência jurídica, considerou Baratta (1999, p. 46) que a Nova Defesa Social, tanto quanto a ‘antiga’, não consegue criticar as funções reais da pena – uma vez que ainda acredita nela como positiva –, a partir de uma perspectiva de outros saberes, em especial, da sociologia. Portanto, a Nova Defesa Social acaba por não trazer uma real humanização do Direito Penal, mas sim apenas uma adaptação aos ‘novos tempos’, sem que fosse abandonada, na realidade, a estigmatização do delinquente.

¹² Seu objeto de estudo é o homem delinquente, observado a partir de uma perspectiva biopsicológica e determinista. Estuda, portanto, as causas de diferenciação do criminoso, desenvolvendo práticas – intervenções – para modificar o sujeito (BARATTA, 1999, p. 29-32).

2.2.2 A Ideologia da Segurança Nacional

Como abordado na parte histórica do trabalho, tanto Salo de Carvalho (2016, p. 51) como Nilo Batista (1997, p. 137) apontam a Ditadura Militar brasileira como o momento em que foi posta em vigor, pelo governo, uma política bélica contra as drogas. Essa consiste na convergência das ações das agências punitivas para o extermínio do traficante, e, ao conjunto de ideias por trás desse modelo de atuação, dá-se o nome de “doutrina da segurança nacional” (COMBLIN, 1978, p. 13) ou “ideologia da segurança nacional” (CARVALHO, 2016, p.72).

Segundo Joseph Comblin (1978, p. 13-15), a Doutrina da Segurança Nacional foi idealizada nos EUA na época da Guerra Fria, e, após o término do conflito, passou a servir como a base dos regimes militares latino-americanos no século XX, sem que seu conteúdo bélico fosse esvaziado em função do fim da guerra. Isso é especialmente relevante quando se tem em conta que seu centro é a luta do Bem contra o Mal – tendo tal em comum com a Ideologia da Defesa Social –, mas a partir de uma perspectiva geopolítica: Ocidente vs. Comunismo.

A partir disso, a Doutrina da Segurança Nacional se estrutura dentro dos conceitos de ‘inimigo’, ‘guerra total’, ‘interesse nacional’ e ‘segurança nacional’. Esses atuam de uma forma codependente entre eles, como é mostrado nos próximos parágrafos.

O inimigo, primeiramente, é a representação do Mal. Originalmente, esse era a figura do comunista, mas, desde o pós-guerra, foi sendo transferido para a pessoa do delinquente comum, em especial, o traficante (CARVALHO, 2016, p. 62). E, ao contrário do criminoso visto pela ótica da Ideologia da Defesa Social, o inimigo não pode ser ressocializado ou reintegrado à sociedade, pois nunca fez parte dela: a ele, cabe somente ser destruído.

E é esse combate ao inimigo que enseja a guerra total, um conceito que depreende um estado bélico permanente, sob o pretexto de que somente o mais forte sobrevive. Nesse contexto, a Nação precisa representar “um todo homogêneo dotado de uma única vontade” (COMBLIN, 1978, p. 29): o interesse nacional.

Termo vago, o interesse nacional seria a manutenção da sociedade, passível de ser corrompida pelo inimigo. Ele se estrutura em três eixos: a preservação dos valores morais e cristãos, a manutenção do ‘caráter nacional’ e a

defesa da soberania do país. Todos esses elementos são apresentados como fundamentais para a 'segurança nacional', conceito tão vago quanto o de interesse nacional (COMBLIN, 1978, p. 50-57). Comblin (1978, p. 55) sintetiza bem essa ideia:

Em suma, a segurança nacional não sabe muito bem quais são os *bens* que devem ser postos em segurança de qualquer maneira, mas sabe muito bem que é preciso colocá-los em *segurança*. [...] O conceito de segurança nacional torna-se muito operacional desde o momento em que se define o inimigo. A segurança nacional talvez não saiba muito bem o que está defendendo, mas sabe muito bem *contra quem*: o comunismo. (grifos originais)

Paradoxalmente, a busca pela segurança nacional gera um estado de insegurança permanente, pois a guerra total também autoriza uma guerra preventiva. Na intenção de prevenir possíveis e futuras ameaças inimigas, tem-se a sensação de que, a qualquer momento, qualquer um pode estar ameaçando o país e subvertendo a ordem, seja um criminoso político ou comum. Sem limites, a segurança nacional tem por objetivo se integrar à totalidade da vida social, sendo “responsabilidade de todos os cidadãos” (COMBLIN, 1978, p. 57).

No Brasil, essa preocupação com a segurança máxima se traduziu no art. 1º da então Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei nº 314/67). O art. 1º da Lei nº 5.726/71 é sua versão personalizada para a guerra às drogas, disciplinando que “é dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica” (BRASIL, 1971). O dispositivo, cuja redação original se deu no período ditatorial, foi mantido com poucas modificações nas Leis nº 6.368/76 e 10.409/02, sendo excluído somente com a promulgação da Lei nº 11.343/06.

Ainda que a Doutrina ou Ideologia da Segurança Nacional tenha sido gestada no período ditatorial, até hoje a polícia é treinada a partir da lógica de guerra total e eliminação do inimigo – como exemplo mais notável, tem-se a sua atuação nas operações de pacificação das favelas do Rio de Janeiro, em repressão ao tráfico. Ao mesmo tempo, o Legislativo continua a pautar políticas criminais bélicas, como o aumento de penas, a criação de regimes penitenciários diferenciados e a elaboração da categoria ‘crime hediondo’ (CARVALHO, 2016, p. 63).

Interessante acrescentar, por fim, que Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2011, p. 608-609) divergem de Salo de Carvalho quanto à nomenclatura, afirmando

que não há base teórica suficiente para que tal conjunto de ideias seja considerado uma ideologia, sendo somente a manifestação de um estado policialesco, de força bruta. Há, porém, uma base de cunho político, que autoriza que se borrem as fronteiras entre o uso de violência e a não violência, uma vez que a segurança nacional, ao fim e ao cabo, não comporta limites.

2.2.3 Os Movimentos de Lei e Ordem

Assim como a Ideologia da Segurança Nacional, os Movimentos¹³ de Lei e Ordem surgem nos EUA. Entretanto, seu catalisador não foi a Guerra Fria, mas sim o desenvolvimento da contracultura pelos jovens estadunidenses nos anos 60. Em brevíssima contextualização, o movimento de contracultura surge em meio às circunstâncias da Guerra do Vietnã e suas contradições: questionava-se uma sociedade que investia em soldados enquanto havia miséria nas ruas das grandes cidades do país. Caracterizada como antissistema, a contracultura abarcou também o nascente movimento *hippie* e sua recusa ao consumismo e à família tradicional, sendo o consumo de drogas algo comum entre seus adeptos. Como refere Rosa del Olmo (1990, p. 33),

[...] era o início da década da rebeldia juvenil, [...] das buscas místicas, dos movimentos de protesto político, das rebeliões dos negros, dos pacifistas, da Revolução Cubana e dos movimentos guerrilheiros na América Latina, da Aliança para o Progresso e da guerra do Vietnã.

Diante do aumento do número de usuários de entorpecentes, principalmente entre os jovens de classe média, a droga deixa de ser algo reservado apenas aos grupos marginais. Essa forte contestação dos valores tradicionais do capitalismo gera então os Movimentos de Lei e Ordem, autocaracterizados como a “salvaguarda dos princípios éticos, morais e cristão (sic) da sociedade ocidental” (CARVALHO, 2016, p. 85).

Assim, com forte caráter moralizador e absenteísta, os Movimentos de Lei e Ordem têm como principal característica a incitação do medo na população – de que, caso se permita o uso recreacional de drogas, a civilização ruirá, seguindo-se o

¹³ Explicitada a diferença entre ‘ideologia’ e ‘movimento’ na seção 2.2.1.

caos e a barbárie. O tom alarmista é propagado especialmente pela grande mídia na exploração comercial de tragédias e crimes violentos, assim como o incentivo à atuação repressiva da polícia – no Brasil, o programa Cidade Alerta veiculado pela emissora Rede Record exemplifica esses conceitos. Segundo Salo de Carvalho (2016, p. 86-87),

Entendida neste sentido como parte integrante das agências penais, a imprensa, notadamente a sensacionalista, provoca exposições à vulnerabilidade, ou seja, distribui estereótipos delinquentiais que criam metarregras de atuação das agências formais de controle, sobretudo das esferas policiais e judiciais. [...] A volumosa publicidade nos casos de violência, sobretudo em condutas com expressivo dano ao ofendido (crimes contra a vida e contra a liberdade sexual, p. ex.), fixa no imaginário a estética da delinquência (estereótipo), [...] apontando as baterias do sistema punitivo aos grupos vulneráveis [...].

Os grandes meios de comunicação, sendo parte integrante da sociedade, reproduzem seus preconceitos, ao mesmo tempo que também os alimentam, a partir do viés pelo qual noticia os fatos. Tal qual ocorre no Direito Penal, em que se opera uma seletividade dentre os crimes que ocorrem para aqueles que efetivamente julgados, a imprensa também acaba por selecionar o que estampará as capas dos jornais: para além de difusora de informação, a mídia se torna agente de propaganda.

E, se trazem à tona o problema, também propõem a solução: o aumento do repressivismo e do punitivismo. Segundo João Marcello de Araujo Junior (1991, p. 72), estão dentre os objetivos dos Movimentos a retirada de parte do poder de decisão dos juízes quanto à pena aplicada aos casos concretos, a implementação da pena de morte e da prisão perpétua como punição aos crimes ‘atroz’, a criação de regimes especiais para crimes violentos e uma maior aplicação do instituto da prisão provisória. Apesar da inexistência de evidências empíricas de que tais medidas funcionariam contra o crime, essa política rendeu frutos, como a criação do sistema de sentenças determinadas e a expansão de legislação penal federal estadunidenses.

Esse movimento ocorre juntamente com a criação do já referido discurso médico-jurídico: proliferam-se as comunidades terapêuticas e o discurso moralizador das drogas para os usuários da classe média, enquanto na outra ponta é reafirmado o ‘estereótipo criminoso’ do traficante. Era necessário colocar a droga como inimigo,

como ‘o mal’, como ‘vírus’: “o presidente Nixon assinalaria em um discurso da época: ‘O abuso de drogas atingiu dimensões de emergência nacional’” (OLMO, 1990, p. 35-36).

Nesse aspecto, os grupos religiosos foram de grande importância para a expansão dos tratamentos antidrogas, em especial dentro das citadas comunidades terapêuticas. No Brasil, elas surgiram a partir da falta de políticas públicas para dependentes, em especial de opções alternativas aos manicômios, sendo ligadas majoritariamente às religiões confessionais (COSTA, 2009, p. 5). Portanto, a abstinência é o tratamento padrão, em contraponto com as políticas de redução de danos.

Nesse ínterim, ressalta-se que Araujo Junior, em seu artigo escrito em 1991 (p. 73) não acreditava no sucesso dos Movimentos de Lei e Ordem no Brasil. No entanto, a manutenção do caráter moral da proibição, assim como o aumento de penas da Lei 11.343/06 e o volumoso número de réus presos antes da sentença – mediados-se somente os casos em que é dado o direito ao processado de responder em liberdade – mostram que esse não é o caso: os Movimentos de Lei e Ordem fazem hoje parte da reação popular ao crime.

2.2.4 Parêntese: o Direito Penal do Inimigo

Ainda que possuam diferentes origens sociais, as ideologias e movimentos apresentados têm como ponto comum o punitivismo ou Direito Penal máximo – a legitimação da expansão da legislação criminalizadora e a visão do delinquente como inimigo. Entretanto, ainda que sirvam para o propósito da guerra às drogas, suas bases teóricas são muito rasas e até mesmo inexistentes (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2011, p. 634), em especial na Ideologia da Segurança Nacional e nos Movimentos de Lei e Ordem, uma vez que gestados como reações a um contexto.

Para preencher esse vácuo, surge a formulação teórica do direito penal do inimigo, explicando dogmaticamente como foram criados dois estatutos criminais de diferente principiologia. Pretende-se trazer nesse ponto apenas uma breve conceituação do termo criado por Günther Jakobs em 1985 (posteriormente atualizado no início do século XXI), para que seja possível compreender como as

ideologias apresentadas anteriormente contribuíram para a atual configuração criminal brasileira.

Primeiramente, é necessário perceber o conceito de Estado como a submissão de um grupo de pessoas à certa ordem, e que essa deve ser mantida para que ele se desenvolva (o pacto social de Rousseau). A partir disso, o delinquente é aquele que quebra a ordem, e por isso deve ser punido (JAKOBS, 2005, p. 27).

Essa quebra pode ser vista de duas maneiras. A primeira é aquela praticada de forma esporádica ou acidental por uma pessoa que não tem como meio de vida o crime. Assim, não haveria perigo iminente ao Estado em si por conta daquele delito ou indivíduo, pois se espera que ele não volte a delinquir (JAKOBS, 2005, p. 33). Logo, ele não se afastou do Direito, e portanto, o Direito também não se afastou dele: ele permanece sendo tratado como cidadão e tendo direito às garantias processuais – a pena, enquanto símbolo, é apenas uma reafirmação da norma. A esse conjunto de ideias Jakobs deu o nome de ‘direito penal do cidadão’.

Por outro lado, a quebra da ordem pode ser vista como tão severa a ponto de pôr em xeque a própria existência do Estado, seja por sua gravidade ou pela prática reiterada de delitos. Esse indivíduo, por romper tão radicalmente com as normas ou por demonstrar diversas vezes que não está sob a ordem posta, não é mais tratado como cidadão, mas sim como inimigo. Em sendo um indivíduo perigoso – pois não mais garante um comportamento condizente com a lei –, não mais tem direito ao status de pessoa, tendo a pena função de “eliminação de um perigo” (JAKOBS, 2005, p. 49). Esse é o ‘direito penal do inimigo’.

Günther Jakobs (2005, p. 21) ressalta que esses não são regimes jurídicos diferenciados, mas sim categorias que podem se sobrepor nas leis do mundo real, sendo um modo de interpretar a política criminal – principalmente no que concerne às funções reais da pena. E, se para Salo de Carvalho (2016, p. 109) existe um problema quando as funções reais passam também a ser a justificação (função declarada) da pena, pois mais difícil de coibir abusos punitivos, para Günther Jakobs (2005, p. 49-50) o “Direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo”.

A definição de inimigo, no entanto, não se encontra nos atos praticados por um sujeito, mas sim nas características pessoais desse: “a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os ‘inimigos’ – mais que na definição de um ‘fato’” (CANCIO MELIÁ, 2005, p. 83). Logo, é um direito penal do autor, não do fato.

Na América Anglo-Saxã e Latina, esse discurso legitimou as políticas criminais bélicas contra as drogas (contra os traficantes), com um direcionamento da repressão às organizações criminosas nas novas legislações penais. No continente europeu, serviu de suporte para o tratamento dado àquele enquadrado em atos de terrorismo. Ambas situações têm em comum a tentativa de gerenciar crises na segurança pública, que parece ser terreno fértil para autoritarismos que se apresentam como “instrumentos eficazes ao restabelecimento da lei e da ordem”. (CARVALHO, 2016, p. 117-118).

Segundo Salo de Carvalho (2016, p. 124-125), o combate ao narcotráfico justifica a manutenção de um ‘estado de exceção permanente’, que coloca inclusive o Judiciário como combatente da política criminal de guerra as drogas, reforçado pelo clamor popular. Assim, o juiz, que deveria utilizar do Direito Penal e Processo Penal para ser a última fronteira contra as liberalidades da política criminal repressivista, alinha-se a ela, transformando-se no ‘juiz herói’. Troca-se a liberdade e os direitos fundamentais (do inimigo) por segurança, em uma alimentação da ilusão de que a repressão é o único meio eficaz de combate ao crime.

Conclui-se, portanto, que o direito penal do inimigo serviu no Brasil como arcabouço teórico para uma Ideologia da Segurança Nacional desprovida de muitos fundamentos, assim como para o clamor dos Movimentos de Lei e Ordem, em um desvelamento do sistema real por trás das funções declaradas da pena que trazia a Ideologia da Defesa Social.

A partir dessas conceituações, volta-se à pergunta de pesquisa: tendo em vista que as políticas criminais brasileiras se voltaram para a guerra às drogas, há influência dessas nos julgamentos dos juízes de primeiro grau quanto à figura do tráfico privilegiado e a substituição por penas alternativas? E, se há, como ela opera? É o que se busca responder a partir da pesquisa empírica.

3 O ATUAL TIPO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO

Feitas as considerações históricas acerca da legislação de drogas, assim como a exposição teórica das ideologias que sustentam a atual política criminal brasileira, necessário, por fim, explorar o que a doutrina jurídica e a jurisprudência dos Tribunais Superiores têm a dizer sobre o dispositivo do tipo penal do tráfico de drogas privilegiado. Isso porque, ainda que o estudo a partir da criminologia revele muito mais do que a letra da lei pode mostrar, o objeto de pesquisa do presente trabalho são os argumentos utilizados por magistrados de varas criminais – portanto, atores jurídicos, imersos em um cultura jurídica, e que justificam suas decisões a partir de argumentos centrados na legislação. E se são essas as regras do jogo, fundamental entendê-las.

3.1 O TIPO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS – ART. 33, *CAPUT* DA LEI Nº 11.343/06

A conceituação da presente subseção tem por objetivo expor a classificação do delito dentro das categorias estruturais do tipo (núcleo, sujeito ativo e passivo, objeto), assim como seus elementos objetivos (referentes à conduta) e subjetivos (referentes ao sujeito passivo) (GALVÃO, 2013, p. 188-189), a partir da análise do texto legal. Ao mesmo tempo, alguns pontos das partes histórica e teórica são retomados, a fim de compreender os dispositivos legais no tempo e espaço.

O crime de tráfico de drogas comum está disciplinado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (BRASIL, 2006), o qual dispõe:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

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

Como já referido na seção 2.1, uma das características mais marcantes do *caput* do art. 33 é a multiplicidade de verbos – 18, para ser preciso. Portanto, existem 18 núcleos do tipo de tráfico de drogas, ficando esse configurado como tipo

de ação múltipla: caso o agente pratique mais de uma ação descrita no tipo, dentro das mesmas condições de tempo e lugar, responderá por somente um crime. Ou seja: ainda que entre muitos dos verbos (ações) não haja qualquer relação de semelhança fática, a mesma pena é prevista para todos (CARVALHO, 2016, p. 266).

Essa multiplicidade – já vista há décadas no crime de tráfico e até esperada quando da promulgação da Lei nº 11.343/06 – é percebida tanto pela doutrina como pela criminologia como uma tentativa de abarcar o maior número possível de situações fáticas, com o objetivo de criminalizar qualquer possível contato com a droga, o que aumenta, por consequência, a possibilidade de enquadramento de condutas pela polícia. Assim como todo o resto da política criminal de drogas brasileira, tal *modus operandi* tem origem na América do Norte (VALOIS, 2019, p. 185-186).

Sobre essa questão, Luis Carlos Valois (2019, p. 424) aponta que a existência de tantos núcleos verbais tem como propósito servir à já discutida guerra às drogas:

O evidente propósito do legislador, de inspiração norte-americana, em criar um crime de fácil apuração e condenação, em nome da guerra às drogas, não só relativizou a necessidade de comprovação do dolo, como ampliou ao máximo os verbos do crime de tráfico de drogas, tudo para facilitar a atividade policial de capturar qualquer pessoa envolvida com qualquer substância tida como ilícita.

Assim, ainda que a doutrina sustente que o tipo do tráfico de drogas exige dolo e finalidade de traficância (na dúvida acerca da finalidade da posse da droga, deveria ser aplicado o art. 28 da mesma lei – porte de drogas para consumo pessoal) (BACILA; RANGEL, 2015, p. 92), é possível perceber que dificilmente será possível verificar a vontade delitiva de forma clara a partir dos verbos nucleares dispostos no tipo, abrindo espaço para saltos cognitivos que possibilitem condenações.

A questão dos verbos é tão importante que, em vários deles, como ‘trazer consigo’ (sendo ainda uma conduta que abarca várias outras presentes no *caput*), percebe-se o crime como tipo permanente – ou seja, pode-se realizar prisão em flagrante a qualquer momento, e, em virtude disso, realizar entrada em domicílio sem necessidade de mandado judicial. Ainda, a prescrição só começa a ser contada do momento em que o agente não mais estiver em posse da droga.

Em virtude da desnecessidade de resultado material efetivo, trata-se de crime de perigo abstrato – ou seja, consuma-se com a mera conduta do agente (GOMES, 2007, p. 181 e 184), sendo minoritária na doutrina a aceitação da tentativa (BACILA; RANGEL, 2015, p. 93). Novamente, percebe-se a desnecessidade da configuração de mercancia como fruto da expansividade penal.

Quanto ao sujeito ativo, pode ser qualquer pessoa – tipo comum –, exceto quanto ao núcleo ‘prescrever’, que pressupõe profissional de saúde – nesse caso, o tipo é especial (BACILA; RANGEL, 2015, p. 75). O sujeito passivo, por sua vez, rende certa discussão doutrinária. Luiz Flávio Gomes (2007, p. 179-180) afirma ser a sociedade, enquanto Carlos Bacila e Paulo Rangel (2015, p. 75) dizem ser tanto o Estado como a coletividade.

Isso porque o objeto do delito é a tutela do bem jurídico da saúde pública, em face do “risco que as drogas acarretam das mais variadas formas” (BACILA; RANGEL, 2015, p. 74). E essa citação doutrinária é importante porque mostra como até mesmo a academia jurídica segue a linha de que algumas drogas são criminalizadas em detrimento de outras em função de representarem um maior risco à saúde do que aquelas consideradas lícitas. Esse discurso permanece hígido, não obstante que o último relatório da Organização Mundial da Saúde acerca do consumo de álcool no mundo tenha apontado que esse se tornou problema de saúde pública, sendo que no Brasil, 24,9% da população masculina relatou ter tido pelo menos um episódio de consumo pesado nos 30 dias anteriores à coleta dos dados (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2018, p. 137 e 217).

Como já visto, essa questão foi especialmente sensível nos vários encontros internacionais realizados no século XX para tratar da questão das drogas: elas são o ‘mal’; transformam sujeitos perfeitamente saudáveis em ‘zumbis’, em contraponto com o ideal de abstinência. A tutela do bem jurídico da saúde pública é especialmente importante porque age como justificador da ilicitude de algumas substâncias em contraponto com outras, continuando-se a não diferenciar usos esporádicos de abuso de drogas, como estabelecido desde a Convenção Única Sobre Entorpecentes de 1961 (VALOIS, 2019, p. 261).

Por fim, cabe notar que o bem jurídico se conecta diretamente ao elemento objetivo descritivo que complementa os núcleos verbais do tipo: a expressão ‘drogas’. Tal não está regulada na Lei nº 11.343/06 (tampouco o estava na Lei

6.368/76), mas sim na Portaria SVS/MS 344 – o art. 33, é, portanto, norma penal em branco, pois necessita de complementação de ato normativo do Poder Executivo – no caso, do Ministério da Saúde.

E é nesse ponto que reside a conexão: justifica-se a flexibilização do conceito em nome de uma maior proteção ao bem jurídico. Assim, a própria técnica legislativa tem seu lugar na política de guerra às drogas: até o Poder Legislativo abre mão de sua competência privativa para que atue o Executivo em seu lugar – pois sujeito a menor controle e maior celeridade.

Todos esses apontamentos podem ser considerados, em maior e menor grau, como frutos do processo de descodificação pelo qual passaram as legislações de drogas: quanto mais longe dos códigos e dos princípios basilares do direito penal, maiores as flexibilizações das normas criminalizadoras.

3.2 A APLICAÇÃO DA PENA

3.2.1 O caráter hediondo do crime de tráfico de drogas – art. 2º da Lei nº 8.072/90

Como já visto, a Constituição, em inédita disposição penalizadora, equiparou o crime de tráfico aos tipos hediondos – art. 5º, XLIII, da Constituição Federal – mandamento que foi cumprido pelo art. 2º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) (BRASIL, 1990), que assim disciplina:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – anistia, graça e indulto;

II – fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Importante apontar que, inicialmente, o §1º previa que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”, o que foi apontado como inconstitucional pelo STF no HC nº 82.959/SP em 2006, tendo em vista o princípio da individualização da pena. Em função de harmonizar a legislação ao entendimento, foi editada em 2007 a Lei 11.464, que disciplinou apenas o regime inicialmente fechado aos crimes hediondos (BACILA; RANGEL, 2015, p. 74).

Ainda, os incisos do art. 2º vedaram a concessão de anistia, graça e indulto. Entretanto, tal disposição não está em consonância com a previsão da Constituição, que não menciona a vedação ao indulto – e, sendo sua publicação “prerrogativa constitucional do Presidente da República, uma lei ordinária não lhe poderia subtrair a validade” (BACILA, RANGEL, 2015, p. 75).

O enquadramento do tráfico de drogas – delito que não envolve violência contra a pessoa – como equiparado a hediondo retoma algumas reflexões já feitas no presente trabalho, como a criação de um sistema jurídico próprio para o tipo, a prática de um direito penal do inimigo e a expansão do punitivismo. Esses se traduzem na maior dificuldade do réu de responder ao processo em liberdade e, após condenado, em ter um regime de execução mais rigoroso do que o imposto, por exemplo, àquele sentenciado por homicídio simples.

Por fim, cabe pequena nota de que, no final de 2018, foi promulgada a Lei nº 13.769, que determinou menor tempo de cumprimento de pena (1/8) para fins de progressão de regime nos crimes hediondos quando de “mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência” (BRASIL, 2018), após a repercussão da concessão coletiva do HC nº 143.641/SP pelo STF, medida que afetou o cumprimento de pena dos crimes de tráfico de drogas comum.

3.2.2 A privilegiadora e as penas restritivas de direitos – art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06

O §4º do art. 33 (BRASIL, 2006) assim dispõe:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012) (grifo original)

A privilegiadora (causa especial de diminuição de pena) foi vista como uma das grandes novidades da Lei nº 11.343/06, uma vez que, em tese, tratou-se de medida liberalizante. Entretanto, em sua primeira versão, trazia a proibição da conversão em penas restritivas de direitos – ainda que o STF já houvesse superado esse tema quanto ao confronto entre a Lei nº 6.368/76 e a Lei nº 8.072/90¹⁴, tendo em vista a inexistência de óbice à substituição de pena para o crime hediondo, o legislador optou por manter tratamento rigoroso aos diferentes casos em que pode a lei incidir (MARONNA, 2006, p. 4).

A vedação persistiu até o julgamento do HC nº 97.256/RS em 01/09/2010, de relatoria do Ministro Ayres Britto. O acórdão, ao decidir sobre a impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, incidentalmente julgou como inconstitucional a proibição, em virtude de ofensa ao art. 5º, XLVI da Constituição Federal (princípio da individualização da pena). Em especial, ressalta-se o argumento dos ministros em defesa da discricionariedade do

¹⁴ HC nº 84.928/SP (STF, 1ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 14/09/2004)

juízo no momento da aplicação da pena, assim como os efeitos do cárcere no condenado¹⁵.

O julgamento do HC nº 97.256/RS resultou na Resolução nº 5 do Senado Federal, de 15/02/2012, a qual suspendeu a eficácia do trecho “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, hoje grifado. Interessante, nesse sentido, entender o porquê de tamanha polêmica em torno das penas alternativas.

Implementadas no ordenamento jurídico brasileiro na Reforma do Código Penal de 1984 e ampliadas com a Lei nº 9.714/98, as penas e medidas alternativas tem sua aplicação prevista no art. 44 do referido diploma (BRASIL, 1940):

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a

¹⁵ “EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. [...]” (BRASIL, 2010, p. 402-403)

pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Em que pese estarem em vigor há 16 anos, as penas restritivas de direitos somente foram entendidas como objeto de política criminal – e, conseqüentemente, postas em prática – a partir do ano 2000, com a criação da Política Nacional de Penas Alternativas pelo Ministério da Justiça. Assim, o foco esteve na viabilização prática dessa espécie de sanção (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015, p. 8). Em 2010, feita uma avaliação acerca dos rumos do programa, foi constatada a resistência dos atores jurídicos acerca da aplicação da pena restritiva de direitos, em especial, pela ainda vigente falta de estrutura para sua aplicação (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010, p. 13).

A partir desse resultado, foi realizada pesquisa qualitativa pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em parceria com o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, a fim de entender o fluxo de processos nos quais há condenação a penas e medidas alternativas nas varas criminais. Dentre outros resultados, chegou-se à constatação de que, em especial nos delitos que envolvem o tráfico de drogas, as penas e medidas alternativas são consideradas por alguns juízes como “porta de entrada para a criminalidade” e “sinônimo da impunidade” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015, p 87), argumentos que lembram muito os postulados de lei e ordem.

Por fim, em 23 de junho de 2016, no julgamento do HC nº 188.533/MS¹⁶, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, pôs-se fim à discussão acerca da hediondez ou não do crime de tráfico privilegiado, sob o argumento de que esse não poderia ser abarcado pela Lei dos Crimes Hediondos por sua própria natureza – algo considerado brando não pode ser também considerado horrível ao mesmo tempo. O julgamento desse HC acabou por cancelar a então Súmula nº 512 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual disciplinava que “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas” (BRASIL, 2016).

3.2.3 Dosimetria e execução da pena – arts. 42 e 44 da Lei nº 11.343/06

A dosimetria da pena do tráfico de drogas merece especial comentário, tendo em vista a peculiaridade de não ser apenas regulada pelo Código Penal, mas também pela própria Lei de Drogas, em seu art. 42: “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Antes que se passe à análise do artigo em si, cabe mencionar que seu correlato na Lei nº 6.368/76 (art. 37, *caput*) (BRASIL, 1976) disciplinava que:

Art. 37. Para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

¹⁶ “HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida.” (BRASIL, 2016, p. 35)

Logo, percebe-se ser de longa data a criação de categorias à parte para o julgamento do crime de tráfico – padrão que não surpreende, tendo em vista a descodificação do instituto de todas as maneiras, a fim de instituir o já comentado direito penal de diferenciado valor (CARVALHO, 2016, p. 256). Assim, ao estabelecer a prevalência dos critérios do art. 42 sobre o art. 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais valoráveis no cálculo da pena base), reforça-se o movimento de descolamento do ‘sistema de drogas’ do sistema penal.

Dito isso, cabe breve análise das variáveis apontadas. A personalidade e a conduta social do agente são termos já presentes no art. 59 do Código Penal, sendo, no entanto, transpostos para o art. 42. A crítica aqui se dá por conta da subjetividade existente na verificação de tais variáveis: a conduta social normalmente é auferida no processo penal a partir de depoimentos das pessoas próximas ao réu – ‘testemunhas de caráter’ –, de como era sua vida em comunidade, sendo inclusive passível de ser confundida com a personalidade – mais problemática ainda, uma vez que dependeria de laudos que, além de não previstos legalmente, poderiam ser um problema em si¹⁷ –, critério que demonstra a ligação profunda que o direito penal ainda possui com o positivismo ideológico (ROIG, 2015, p. 157 e 163). Como já apontado, a Ideologia da Defesa Social, comum às Escolas Clássica e Positivista, permanece sendo a base tanto para o pensamento do homem comum como para a elaboração das leis penais modernas, mesmo tendo sido superada no campo teórico por diversas teorias.

Quanto à valoração da natureza e da quantidade da substância encontrada, tem-se aqui critério altamente suscetível ao arbítrio policial e do judiciário, que fazem uma escalonagem paralegal das substâncias mais ‘suaves’ às ‘pesadas’, partindo puramente de suas experiências e visão de mundo, uma vez que inexistem critérios legais. O que faz uma droga ser mais prejudicial do que outra? São perguntas que a jurisprudência tem se ocupado em responder, sem, contudo, conseguir entrar em um consenso que forneça segurança jurídica.

¹⁷ Sobre a questão, Rodrigo Duque Estrada Roig (2013, p. 163) fala que “trata-se de um conceito fluídico, não tendo o aplicador sequer habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, médica, psicológica ou psiquiátrica [...]. Da mesma forma, inexistem exames criminológicos na instrução criminal e, ainda que existissem, seriam incapazes de atestar com clareza a personalidade do réu”.

Esse ponto específico da natureza e da quantidade foi tema do HC 112.776/MS¹⁸, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado pelo STF em 19 de dezembro de 2013. Nesse julgamento, o Plenário decidiu que a utilização da quantidade e da natureza da droga para valorar as circunstâncias judiciais e a fração de redução do tráfico privilegiado num mesmo julgamento constitui em *bis in idem*.

Entretanto, o acórdão não adentrou na questão de que a dosimetria fica centrada nos aspectos subjetivos do réu, assim como valorações de ordem não científica acerca da quantidade de drogas que caracterizaria crime de tráfico, ou o quão prejudiciais essas seriam à saúde humana. E essa questão, abordada sobretudo em trabalhos acerca da classificação do delito como porte para consumo pessoal ou tráfico de drogas, parece ainda carecer de discussão legislativa ou judiciária no Brasil.

¹⁸ “HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. BIS IN IDEM. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, DO ART. 2º, DA LEI 8.072/1990. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONDEDIDA. 1. Segundo o art. 42 da Lei 11.343/06, “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Configura ilegítimo *bis in idem* considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto para fixar a pena base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria (§ 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto. 2. O magistrado sentenciante considerou a natureza e a quantidade de droga simultaneamente na primeira e na terceira fase de individualização da reprimenda, em flagrante *bis in idem*. 3. Ao julgar o HC 111.840/ES (Pleno, Min. DIAS TOFFOLI), esta Corte, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 4. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a vedação de substituição de reprimenda com base apenas na proibição legal ofende o princípio da individualização, cumprindo ao julgador analisar os requisitos do art. 44 do Código Penal. No caso, porém, tal conversão foi negada à luz das circunstâncias do caso concreto. 5. Ordem concedida parcialmente, para determinar ao juízo competente que proceda à nova fixação da pena imposta ao paciente, bem como fixe o novo regime prisional, à luz do art. 33 do Código Penal.” (BRASIL, 2014, p. 100)

4 ESTUDO EMPÍRICO: AS JUSTIFICATIVAS UTILIZADAS PELO JUDICIÁRIO NA ANÁLISE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA NO TRÁFICO PRIVILEGIADO

O presente capítulo tem como objetivo expor o estudo empírico realizado para entender os argumentos utilizados pelas Varas Criminais da Comarca de Porto Alegre no que tange à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos casos em que houve condenação, no primeiro grau, pelo crime de tráfico de drogas privilegiado. A intenção é entender como o Judiciário se localiza dentro do sistema penal de drogas, e se os julgamentos se utilizam ou não dos discursos promovidos pelas políticas públicas de entorpecentes do último século.

Para tanto, primeiramente é exposta a metodologia utilizada para a coleta dos dados a serem analisados, assim como as justificativas para sua escolha. Após, é descrito como o material selecionado foi filtrado de acordo com os objetivos da pesquisa, e, finalmente, este é analisado a partir dos marcos teóricos propostos no primeiro capítulo, a fim de criar um mapeamento dos argumentos e como eles se relacionam com a política criminal de drogas brasileira e suas bases ideológicas.

4.1 O DESENHO METODOLÓGICO

4.1.1 O procedimento de coleta do material documental

Antes que seja descrita a metodologia de coleta, cabe um esclarecimento acerca da escolha do objeto. No início da presente pesquisa, julgou-se que o mais adequado ao objetivo primordial, ou seja, entender como magistrados visualizam a substituição da pena dentro do tráfico privilegiado, seria a realização de uma pesquisa em sentenças de primeiro grau. Isso por conta da maior proximidade entre juiz e acusado, e, portanto, uma menor distância do julgador para com os fatos e a realidade daquele réu, tendo em vista a dilação probatória realizada obrigatoriamente no primeiro grau.

No entanto, não existe no Rio Grande do Sul ou em Porto Alegre, capital do estado, uma base de dados consolidada de sentenças das varas estaduais, o que

dificulta enormemente a pesquisa documental, tendo em vista o acesso limitado a que pesquisadores têm aos processos, já relatado em outras pesquisas¹⁹. No entanto, o TJRS disponibiliza as sentenças em seu *site* a partir da ‘Consulta Processual’ – para tanto, porém, é necessário que se tenha em mãos o número do processo, o que torna inviável uma busca filtrada por termos específicos.

Assim, tendo em vista o tempo limitado para a realização do presente trabalho, optou-se por ter como objeto de pesquisa as sentenças que foram objeto de apelação criminal no TJRS, uma vez que são recursos para decisões terminativas de mérito (incluindo-se condenações). Essas apelações foram filtradas de acordo com os termos buscados pela pesquisadora, tendo elas próprias servido como filtro a partir do relatório presente no corpo de seus acórdãos, disponíveis na íntegra a partir da ferramenta de pesquisa de jurisprudência do *site* do TJRS – a qual disponibiliza campos para a inserção de palavras-chave na busca de decisões.

Como consequência dessa escolha metodológica, tem-se uma importante limitação: não foram analisadas as sentenças de primeiro grau que não geraram apelações, uma vez que impossível rastreá-las no *site* do TJRS. E essa questão adquire relevância diante do dado de que, no Brasil, 59,9% dos réus condenados não apelam de suas sentenças (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015, p. 39). Entretanto, ela se justifica diante da dificuldade do contato com os autos criminais de primeiro grau, especialmente por uma estudante de graduação.

Ressalte-se, por fim, que a escolha pela Comarca de Porto Alegre se deu por já ter a pesquisadora familiaridade com os procedimentos da Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, tendo em vista a realização de estágios na cidade escolhida, nos quais trabalhou com processos criminais. Atualmente, Porto Alegre conta com 17 varas criminais, mais do que qualquer uma do Estado.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se a descrever o método de coleta do material empírico. Para isso, foi utilizada a já referida ferramenta de busca de jurisprudência do *site* do TJRS. No o presente trabalho, restringiu-se a busca ao ‘inteiro teor’, ao tribunal ‘Tribunal de Justiça do RS’, à comarca de origem ‘Porto

¹⁹ Luis Carlos Valois (2019, p. 456), ao realizar pesquisa empírica com inquéritos policiais dentro de processos criminais, relatou grande dificuldade em acessar os documentos, desde a autorização para o exame dos autos até a morosidade do cartório das varas.

Alegre', ao tipo de processo 'Apelação Crime', à seção 'Crime', ao tipo de decisão 'Acórdão' e à data de julgamento entre '01/01/2018' e '31/12/2018'.

Na pesquisa de palavras-chave, foram procuradas decisões que contivessem a expressão 'tráfico de drogas' e o termo 'privilegiado' ou '§4' ou '§ 4', mais a palavra 'restritiva' ou 'alternativa'. Com esses critérios delineados, foram realizadas três buscas, a partir dos seguintes órgãos julgadores: 'Primeira Câmara Criminal', 'Segunda Câmara Criminal' e 'Terceira Câmara Criminal'. A seleção das câmaras se deu a partir do art. 29, I, 'b' do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Essa disciplina que somente à Primeira, à Segunda e à Terceira Câmaras Criminais serão distribuídos os feitos que versem acerca de crimes de entorpecentes, em função de sua especialidade.

Quanto ao período de pesquisa, restou definido em um ano, em virtude do relatório Justiça em Números (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 142) definir o tempo médio de 'baixa' (definida nesse ponto como) dos tribunais estaduais ser de cerca de 11 meses desde que o processo ingressa no Tribunal. Por outro lado, o marco temporal foi escolhido em função do fato de que a última grande mudança no entendimento do STF acerca do tráfico de drogas privilegiado ocorreu em 2016. Cruzando ambas informações, entendeu-se que um processo julgado no início de 2017 (portanto, seis meses após a mudança jurisprudencial) em uma Vara Criminal teria sua apelação julgada, em média, até o início de 2018. Ainda, tendo a presente pesquisa gestada no início de 2019, considerou-se adequado que os dados fossem coletados até dezembro de 2018.

A pesquisa de jurisprudência retornou como resultados 47 acórdãos julgados pela Primeira Câmara, 63 pela Segunda e 96 para a Terceira, em um total de 206 documentos²⁰. Feito o *download* da íntegra de todos em formato Word, passou-se à leitura²¹ e identificação daqueles em que constava que o juízo de primeiro grau havia

²⁰ Essa filtragem inicial feita a partir das câmaras criminais se deu somente para facilitar a pesquisa e evitar que houvesse grande quantidade de resultados relacionados a outros tipos penais. Uma vez coletados os acórdãos, e, após, as sentenças, essa informação se tornou irrelevante para o objetivo da presente pesquisa.

²¹ Frequentemente, essa informação constava do relatório do acórdão, mas, por vezes, foi necessário proceder a uma leitura dos votos para uma melhor identificação. Em uma minoria de casos, foi necessário buscar diretamente o documento da sentença para se ter certeza quanto à aplicação da minorante.

aplicado a minorante do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06 após 23/06/2016²², sendo descartado qualquer acórdão que não se encaixasse nesse critério – absolvições, não aplicação da privilegiadora e etc.

Concomitantemente, foram buscadas as sentenças prolatadas por esse juízo na Consulta Processual: a partir do número da apelação, foi possível achar sua correlata na origem, e, conseqüentemente, ter acesso ao documento digital da sentença²³. Esse procedimento somente não foi possível em um dos processos, pois se tratava de processo sigiloso – por esse motivo, não foi possível utilizá-lo na pesquisa, por não existir transcrição, no acórdão, do trecho da sentença que decidia sobre o apenamento.

Ao fim desse processo, tinha-se em mãos 91 sentenças, nas quais pelo menos um dos réus havia sido condenado por um magistrado de primeiro grau da Comarca de Porto Alegre por tráfico de drogas após o julgamento do HC nº 188.533/MS pelo STF, aplicando-se a privilegiadora do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu apenamento. A partir da totalidade desse universo, foi feita a pesquisa qualitativa.

4.1.2 O método de análise: a Teorização Fundamentada nos Dados

A Teorização Fundamentada nos Dados (TFD) foi apresentada pela primeira vez em 1967 por Barney Glaser e Anselm Strauss no texto *The Discovery of Grounded Theory*, e, como seu nome explicita, tem como objetivo ser um método para a criação de hipóteses e conceitos a partir de informações coletadas, de forma a mitigar possíveis descompassos entre a teoria e a análise empírica nas pesquisas. Ela é especialmente útil em trabalhos voltados a entender como (e não necessariamente porque) certos discursos ou práticas se dão em determinadas situações – como é o caso da presente pesquisa (CAPPI, 2017, p. 392-403).

²² Data do julgamento do HC nº 188.533/MS pelo STF.

²³ O caminho seguido no *site* do TJRS, a partir da página inicial, foi 'Processos > Acompanhamento Processual > Por Nº de Processo' e, após adentrar a página da apelação, 'Processo de 1º grau > Ver Sentença > Documentos'.

Em linhas básicas, a TFD consiste em ‘codificar’, ou seja, analisar os dados e relacioná-los entre si, de forma a achar certos padrões. Ela se dá em três estágios: a codificação aberta, a codificação axial e a codificação seletiva.

A codificação aberta se trata da primeira observação dos dados, sendo esses selecionados do material e transpostos sem que o pesquisador faça muitas abstrações. A própria seleção já configura uma análise, devendo os conceitos estarem bastante próximos dos dados em si. A partir disso, agrupa-se essas seleções em categorias amplas, “quando remeterem a um mesmo universo de sentido” (CAPPI, 2017, p. 407).

Já a codificação axial consiste em fazer com que essas categorias passem a se relacionar entre si. Assim, passa-se dos termos que foram subtraídos diretamente dos dados, para uma abstração maior – faz-se, portanto, uma espécie de tradução da realidade para o mundo conceitual (STRAUSS; CORBIN, 2008, p. 123-126). Nesse momento, são elaboradas as primeiras hipóteses acerca dos dados.

Por fim, tem-se a codificação seletiva: o número de conceitos atingido após a codificação axial é reduzido, a fim de que a questão gire em torno de uma linha central, sendo o ponto mais alto de abstração produzido pela pesquisa. É o processo de refinamento da teoria (CAPPI, 2017, p. 407) (STRAUSS; CORBIN, 2008, p. 159).

Em conclusão, cabe ressaltar que, diante dessa descrição, a sensibilidade do pesquisador é tomada como indispensável na construção da teoria, uma vez que o processo de construção da pesquisa depende de uma observação pessoal da realidade. Assim, cabe sempre ressaltar a existência de uma subjetividade daquele que pesquisa, a fim de não camuflar certos processos que podem ocorrer na relação pesquisa-pesquisador.

4.2 A ANÁLISE QUALITATIVA DOS DADOS

A primeira leitura das sentenças teve como objetivo identificar em quais havia sido feita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sendo então divididas em dois grupos a partir disso, a fim de facilitar a identificação

das razões para cada tipo de decisão²⁴. Após, foram confeccionadas planilhas no programa Excel (presentes nos apêndices ao final do trabalho), para que fosse facilitada a primeira etapa de análise: a codificação aberta.

Importante esclarecer que, nessa leitura prévia, constatou-se que os argumentos para a concessão ou não da substituição giravam principalmente em torno da quantidade de pena ou do preenchimento dos quesitos do art. 44 do Código Penal, sendo raro, pelo menos a partir de uma primeira 'passada de olhos', que houvesse justificativas centradas no caso concreto. Por outro lado, essas eram presentes muito mais frequentemente quando da decisão da fração de redução da privilegiadora do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06 – às vezes, conectados com a própria concessão da benesse.

Tendo em vista esse deslocamento, considerou-se pertinente observar também os argumentos utilizados para fundamentar a fração de redução aplicada na privilegiadora, além daqueles presentes na substituição ou não da pena privativa de liberdade. Ainda, coletou-se o número dos processos nos quais apareceram cada justificativa, de forma que fosse possível retornar aos dados originais para esclarecer quaisquer dúvidas que surgissem durante o processo de codificação.

As frações e suas justificativas foram consideradas importantes porque, dado que a pena mínima do tráfico de drogas comum é de 5 anos, uma fração maior ou menor de redução da pena pela privilegiadora pode possibilitar ou vedar a substituição da pena a partir da quantidade desta. Por exemplo, caso a pena definitiva seja de 5 anos e for aplicada a menor fração da privilegiadora (1/6), o réu acabará com uma pena de 4 anos e 2 meses, ainda que as circunstâncias tenham lhe sido favoráveis.

Procedeu-se, então à codificação axial: os códigos tirados dessa primeira etapa foram abrigados em grupos de argumentos, a partir de qual era sua referência (por exemplo, o argumento de que cabível a substituição pelo preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal foi colocado no grupo 'Lei'), que restaram assim denominados: (i) Lei (argumentos fundamentados sob a legislação), (ii) Jurisprudência dos Tribunais Superiores (argumentos fundamentados sob acórdãos

²⁴ Apenas em duas sentenças foi constatada a aplicação concomitante da substituição e da não substituição, em função da variedade de réus. Nesse caso, elas foram incluídas em ambos os grupos.

ou súmulas do STF ou do STJ), (iii) Acerca do fato ou do réu (argumentos fundamentados sob as condições específicas em que o crime foi cometido ou sob a vida pregressa do réu) e (iv) Acerca da droga (argumentos fundamentados sob as quantidades e as espécies de drogas apreendidas), sendo indicado também quando não houve fundamentação específica ou a questão não foi analisada.

Importante notar que, naturalmente, nem sempre os quatro grupos de argumentações estão presentes. Por exemplo, o grupo 'Acerca da droga' somente foi encontrado na justificativa das frações de pena diminuídas pela privilegiadora.

Por fim, foi realizado o processo de codificação seletiva, em que, feita a reflexão acerca dos conceitos, procurou-se demonstrar seu fio condutor, tendo como apoio a base teórica apresentada anteriormente.

4.3 OS RESULTADOS

A apresentação dos resultados da pesquisa está dividida em três momentos: primeiramente, são apresentados, de forma resumida, as justificativas dadas pelos magistrados para concessão da benesse do art. 33, §4º da Lei de Drogas. Após, são aprofundados os argumentos trazidos em favor da substituição da pena, assim como os motivos para a aplicação de frações específicas da privilegiadora. Após, faz-se o mesmo com os códigos encontrados quando da não substituição. A última subseção traz, então, as conclusões feitas em virtude do material levantado e da teorização feita nos primeiros capítulos.

Para facilitar a visualização dos quadros-resumo, ao lado do argumento está, entre parênteses, o número de vezes em que ele apareceu nas decisões examinadas. A soma desses números não corresponde ao número total de sentenças; isso porque uma sentença pode conter mais de uma argumentação para justificar a aplicação da pena: assim, o número trazido entre parênteses deve ser lido a partir da totalidade de decisões analisadas naquele momento, trazida sempre no título do quadro-resumo. A exceção se dá quanto ao número de aparições de cada fração concedida: somadas suas ocorrências, elas representam a totalidade de sentenças, podendo então ser comparadas umas com as outras.

Esse exame de frequência tem por objetivo apenas delimitar a análise qualitativa: aqueles que aparecem mais foram explorados de forma mais

aprofundada. Ainda que importante expô-los, uma vez que parte da metodologia da própria pesquisa empírica, considerou-se desnecessário analisar cada pequeno argumento utilizado pelos magistrados. Isso porque a intenção do presente trabalho não é destrinchá-los, mas sim, identificar como eles se encaixam na política criminal de drogas apresentada nos primeiros capítulos.

4.3.1 A concessão da privilegiadora

Em breve exposição, a fim de introduzir os argumentos a favor e contra a substituição, são expostos os fundamentos utilizados para a classificação do crime em tráfico de drogas privilegiado. Esses não foram colocados em quadros, uma vez que se repetiram ao longo de toda a observação com poucas variações, e, ainda, porque sua análise foge ao objetivo do trabalho, tendo essa sido feita apenas de forma incidental.

Assim, para aplicar o privilégio do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, os argumentos (normalmente combinados entre si) dos magistrados foram de que o réu era primário ou tecnicamente primário, exibindo bons antecedentes, e de que não havia prova de que integrasse organização criminosa ou de que o crime se configurava como seu meio de vida. Ainda, em menor quantidade, surgiu o fundamento de que foram satisfeitas as condições legais para a concessão da benesse.

4.3.2 A favor da substituição

Na concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, os magistrados se apoiaram fortemente na legislação: conforme o Quadro 1, das 62 sentenças analisadas (das quais 60 traziam fundamentação específica), 58 apresentaram como argumento o “preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal”. Em conjunto, o argumento da existência da Resolução nº 5 do Senado Federal também foi relevante, e, em menor quantidade, remeteu-se também ao cancelamento da Súmula nº 512 do STJ, decorrente do julgamento do HC nº118.533/MS.

Dentre os poucos casos em que houve remissão ao caso concreto, o maior argumento utilizado foi de que “a pena é a mais adequada ao fato e condições do agente”, o que remeteu, de certa forma, também ao art. 44 do Código Penal. Isso porque esse disciplina em seu inciso III que é possível a substituição quando “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente” (BRASIL, 1940).

Quadro 1 – Argumentos para conceder a substituição (62 sentenças)

GRUPO	ARGUMENTO
Lei	Preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal (59)
	Princípio da proporcionalidade (1)
	Observação da Resolução nº 5 do Senado Federal (18)
	Quantidade de pena aplicada possibilita a aplicação (7)
Jurisprudência dos Tribunais Superiores	Cancelamento da Súmula nº 512 do STJ (8)
	Precedente do HC nº 97.256/RS do STF (17)
Acerca do fato ou do réu	A pena é a mais adequada ao fato e condições do agente (8)
	O réu não é reincidente (3)
	O réu não possui antecedentes (1)
	Circunstâncias do art. 59 do Código Penal favoráveis ao réu (2)
	Crime cometido sem violência ou grave ameaça (4)
Sem fundamentação específica (2)	

Fonte: Elaboração da autora.

Assim, a primeira coisa que salta aos olhos na análise dos argumentos é que os magistrados de primeiro grau da Comarca de Porto Alegre se remetem somente ao Código Penal quando da substituição das penas do tráfico de drogas, fazendo uma remissão indireta à Lei de Drogas somente quando usam como referência o HC nº 97.256/RS, que considerou inconstitucional a proibição às penas restritivas de direitos.

Por outro lado, quando observados os argumentos que fundamentaram a aplicação de cada fração específica, percebe-se que quase metade deles não contaram com fundamentação exclusiva, principalmente no que tange à diminuição de 2/3. Aparecem, aqui e ali, argumentos acerca do fato ou do réu, ou, ainda, acerca da droga. Essa última se identifica em maior grau quando a redução é de 1/2, conforme se visualiza no Quadro 2:

Quadro 2 – Argumentos dados para justificar a aplicação de cada fração da privilegiadora quando houve substituição da pena (62 sentenças)

FRAÇÃO	GRUPO	ARGUMENTO
2/3 (43)	Lei	Preenchidos os requisitos do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06 (5)
	Acerca do fato ou do réu	Circunstâncias do fato (3)
		Circunstâncias pessoais (3)
		Réu primário (2)
		Bons antecedentes (2)
	Acerca da droga	Considerável quantidade (2)
		Mais de uma substância (1)
		Sem quantidade expressiva (3)
		Natureza da substância (3)
	Sem fundamentação específica (28)	
	3/5 (1)	Acerca do fato ou do réu
1/2 (17)	Acerca do fato ou do réu	Circunstâncias pessoais (1)
		O réu já havia ganho a privilegiadora em ocasião anterior (1)
		Concurso de agentes (1)
	Acerca da droga	Tráfico de <i>crack</i> (9)
		Considerável quantidade (4)
		Elevada quantidade (1)
		Apreensão de mais de uma substância (6)

		Sem quantidade expressiva (1)
		Natureza da substância (excluídos os casos em que o foco foi o tráfico de <i>crack</i>) (4)
		Sem fundamentação específica (1)
1/5 (1)	Acerca da droga	Tráfico de <i>crack</i> (1)
		Apreensão de mais de uma substância (1)

Fonte: Elaboração da autora.

Algumas observações devem ser feitas sobre os dados expostos no Quadro 2: as ‘circunstâncias do fato’ apontadas para a fração de 2/3 foram referidas genericamente pelos magistrados em suas fundamentações, sem remeter a passagens em outros pontos da sentença. Já quanto às circunstâncias pessoais, uma delas se referia a ré que tentou entrar em estabelecimento prisional portando maconha e cocaína dentro da própria vagina (a famosa ‘mula’), e outra, a réu que foi considerado ‘pequeno traficante’. O terceiro caso foi de argumentação genérica.

Já nas justificativas para a fração de redução de 1/2, em que começam a aparecer com mais frequência as fundamentações acerca da droga, diferenciou-se as argumentações quanto à ‘natureza da substância’ daquelas que se referiam especificamente ao tráfico de *crack*. Essa metodologia se deu pelo motivo de que, quando a referida substância estava envolvida (incluindo-se o caso da diminuição de apenas 1/5 da pena), foi dada a justificativa de que o *crack* era “substância entorpecente com grande poder viciante e lesiva à saúde humana” (processos nº 2.13.0059948-9, 2.13.0080509-7, 2.13.0095365-7, 2.14.0020218-1, 2.14.0067183-1, 2.15.0081490-1, 2.15.0094979-3, 2.16.0074598-7 e 2.17.0045298-1) ou possuía “elevado potencial lesivo à saúde humana” (processo nº 2.13.0048363-4).

Quanto aos demais argumentos, alguns deles foram apenas repetições da própria concessão da privilegiadora (réu primário e bons antecedentes). Outros, como a falta de quantidade expressiva ou a apreensão de mais de uma substância, mostraram-se mais significativos quando das frações utilizadas nos casos em que foi vedada a substituição, e, por isso, serão analisados no tópico seguinte.

4.3.3 Contra a substituição

Em consonância com os argumentos dados para proporcionar a substituição, as fundamentações feitas pelos magistrados da Comarca de Porto Alegre no sentido de negá-la também se apoiaram, em sua maioria, na lei (Quadro 3). No entanto, não foram citados os julgados do STF acerca do tema, nem mesmo para mostrar as divergências com os casos concretos sentenciados.

Quadro 3 – Argumentos para negar a substituição (31 sentenças)

GRUPO	ARGUMENTO
Lei	Não preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal (10)
	Pena acima de quatro anos (15)
Acerca do fato ou do réu	Personalidade do réu não é compatível (1)
	Concurso de crimes eleva a quantidade de pena (2)
	O crime foi cometido em concurso de agentes (1)
	Há condenação por outro crime (1)
	O réu já cumpre pena em regime fechado (1)
Sem fundamentação específica (2)	
A possibilidade de substituição não foi analisada (3)	

Fonte: Elaboração da autora.

Dentro do grupo ‘Lei’, observou-se que quase metade das sentenças citaram a quantidade de pena – acima de 4 anos – como fator preponderante para a não concessão da substituição. Assim, novamente aparece a importância da análise da fração de redução aplicada a partir da privilegiadora (Quadro 4)

Quadro 4 – Argumentos dados para justificar a aplicação de cada fração da privilegiadora quando não houve substituição da pena (31 sentenças)

FRAÇÃO	GRUPO	ARGUMENTO
2/3 (6)	Lei	Preenchidos os requisitos do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06 (1)

	Jurisprudência dos Tribunais Superiores	Já valorada a quantidade e a natureza da droga na primeira fase da pena, deixa de considerá-las para evitar <i>bis in idem</i> – jurisprudência do STF (1)
	Acerca do fato ou do réu	Circunstâncias do fato (1)
	Acerca da droga	Sem quantidade expressiva (1)
	Sem fundamentação específica (3)	
1/2 (3)	Acerca do fato ou do réu	Apreensão realizada em local de confronto com a polícia (1)
	Acerca da droga	Elevada quantidade (2)
Apreensão de mais de uma substância (1)		
1/6 (23)	Acerca da droga	Tráfico de <i>crack</i> (7)
		Apreensão de mais de uma substância (10)
		Elevada quantidade (19)
		Natureza da substância (excluídos os casos em que o foco foi o tráfico de <i>crack</i>) (2)
	Jurisprudência dos Tribunais Superiores	Natureza da substância, considerando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (1)
	Acerca do fato ou do réu	Concurso de agentes (1)
		Apreensão de arma de fogo concomitantemente (1)
		O réu não comprovou trabalho lícito (1)

Fonte: Elaboração da autora.

Da leitura do Quadro 4 se extrai que, das 31 sentenças analisadas, 23 aplicaram a fração de apenas 1/6 do benefício do art. 33, §4º da Lei de Drogas. Dessas, 19 mencionaram a grande quantidade de entorpecentes encontrados com o réu como um dos fatores decisivos, ao lado de 10 que mencionaram a apreensão de mais de uma substância.

A questão específica do tráfico de *crack* aparece novamente como relevante, ao lado das demais. Ainda, em 12 desses casos em que esteve presente o

argumento da elevada quantidade na fração de 1/6, o *crack* foi uma das substâncias apreendidas (ainda que nem sempre o cerne da argumentação da fração da privilegiadora). Em diversos desses julgados (2.16.0080879-2, 2.17.0070625-8, 2.17.0104629-4 e 2.17.0112340-0), foi exarado o entendimento de que as drogas apreendidas

[...] afetariam grande extensão de usuários, produzindo efeitos deletérios na vida do consumidor, e, por consequência, de toda a sociedade, a qual está padecendo em razão da gradativa criminalidade e desestruturação familiar decorrente da disseminação do vício.

Cabe, por fim, pequena nota quanto ao uso da jurisprudência do STF para aplicar a fração de 2/3 e da jurisprudência do STJ para fazer incidir a fração de 1/6, uma vez que foram os únicos momentos em que o entendimento dos Tribunais Superiores apareceu na fundamentação das frações.

No primeiro caso, houve remissão ao HC nº 112.776/MS, o qual, como já visto, considerou *bis in idem* utilizar a natureza e da quantidade da substância para quantificar, ao mesmo tempo, a pena base e a fração de redução da privilegiadora. No caso concreto, deixou-se valorar tais vetores na aplicação do art. 33, §4º da Lei nº 11.343, pois já utilizados anteriormente.

Quanto ao uso da jurisprudência do STJ, ela se fundamentou no Agravo Regimental no *Habeas corpus* nº 399.458/MS, julgado em 10/10/2017, o qual versa sobre o mesmo tema. O trecho colacionado pelo magistrado determinou que (BRASIL, 2017)

Na espécie, a quantidade da droga foi utilizada para exasperar a pena-base, enquanto a sua natureza para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, razão pela qual não se verifica a ocorrência de *bis in idem*.

Assim, percebe-se que, quando da não substituição, a fração concedida foi em sua maioria de 1/6, o que se conecta com os argumentos do não preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal e da pena ser acima de 4 anos: sendo 5 anos a pena mínima de tráfico, impossível a substituição quando operada a redução no patamar mínimo.

4.3.4 A política criminal de drogas e a substituição ou não da pena no tráfico privilegiado

A presente subseção objetiva, enfim, trazer as conclusões acerca do material analisado. Ressalta-se que, enquanto análise qualitativa, tais não pretendem ser generalizáveis, mas sim um aprofundamento do que se apresenta nas sentenças coletadas.

Primeiramente, ressalta-se a conclusão preliminar que havia sido tirada quando da leitura prévia das decisões para fins de separação entre penas substituídas e não substituídas: o maior esforço argumentativo não está centrado na substituição em si, mas sim, na fração de redução operada pelo tráfico privilegiado. Essa, impactando diretamente na pena, permite que o juiz sequer tenha que enfrentar a questão de ser ou não adequada a pena restritiva de direitos ao caso concreto, uma vez que basta referir à quantidade de pena feita na dosimetria para que não sejam preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Os motivos para tal deslocamento podem ser aventados em pesquisa empírica realizada a partir de acórdãos do TJSP, que tinha dentre seus objetivos entender o modo como a corte se posicionou diante das mudanças legislativas e jurisprudenciais operadas nos últimos anos. Após o afastamento da proibição de substituição pelo STF, assim como da hediondez (mesma situação analisada nessa pesquisa), constatou-se um aumento dos argumentos baseados na quantidade de pena aplicada, deixando-se de analisar a substituição quando da incidência de apenas 1/6 de redução. A hipótese das pesquisadoras é da ocorrência de um “efeito rebote”, em que as penas foram aumentadas a fim de inviabilizar a substituição (MACHADO; BARROS; GUARANHA; PASSOS, 2018, p. 627).

Obviamente, impossível fazer essa conclusão apenas da leitura de acórdãos ou mesmo de sentenças, uma vez que a intenção do juízo nem sempre pode ser tirada de suas palavras – e assumir isso implicaria em um salto lógico. No entanto, a hipótese desse presente trabalho, em situação que se coaduna com a percebida no Tribunal de Justiça de São Paulo, é passível de ser verdadeira. Isso por conta das análises apresentadas acerca da percepção que parte dos juízes de primeiro grau tem das penas alternativas e de sua eficácia, em específico, quanto a questão das

drogas. Conforme relatado em pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2015, p. 63), já apresentada anteriormente,

para essas pessoas [juizes e servidores das Varas Criminais], os entorpecentes estão por detrás até mesmo de crimes que aparentemente não se vinculam imediatamente a seu uso. [...] No âmbito desse problema, o consumo de *crack* parece ser, nesse momento, a maior preocupação.

E essa preocupação com a droga e outros delitos parece também se refletir nos julgamentos exarados pelos magistrados de primeiro grau da Comarca de Porto Alegre, sempre na menor fração de redução da privilegiadora – e, conseqüentemente, impactando na substituição. A afirmação (genérica) de que as drogas afetariam grande número de usuários, promovendo a criminalidade e a desestruturação familiar parece repousar fortemente na ideologia trazida pelos Movimentos de Lei e Ordem e seus alarmismos.

Ainda que a uniformização internacional das drogas como ‘vírus contagioso’ tenha ocorrido na década de 60 (OLMO, 1990, p. 34), e que inúmeras pesquisas médicas e sociológicas tenham atribuído os danos aos efeitos da guerra às drogas, percebe-se que permanece viva no imaginário social – e, conseqüentemente, também no juiz, que é imparcial mas não neutro, porquanto carregado de suas formações enquanto pessoa²⁵ – a visão de que o que causa os males é o crime, e não o próprio sistema de controle.

Isso se vincula à questão específica do *crack*: ainda que tenham sido trazidos argumentos acerca de seu poder viciante, em nenhuma das decisões foi colacionada qualquer pesquisa científica acerca do vício, sendo normalmente referido o ‘conhecimento geral’ desse saber – o qual foi, na verdade, construído a partir das muitas convenções internacionais acerca da questão das drogas, assim como a premissa de que, no consumo de drogas ilegais, só há espaço para o abuso de substâncias.

A visão do *crack* como uma droga mais perigosa inclusive do que a cocaína é referida por Luis Carlos Valois (2019, p. 565) como o poder que a propriedade

²⁵ Acerca do tema, Aury Lopes Jr. (2018, p. 97) afirma que “a imparcialidade é uma construção técnica artificial do direito processual, para criar um terceiro estruturalmente afastado das partes [...]. Obviamente que não se confunde com a ‘neutralidade’, inexistente nas relações sociais, na medida em que o juiz é um juiz-no-mundo”.

econômica tem sobre os juízos de valor feitos acerca das substâncias: a cocaína é droga cara e utilizada por quem tem dinheiro para pagá-la, enquanto que o *crack* é barato e majoritariamente apreendido em posse de pessoas de classe baixa.

Quanto às diferenças entre a substituição e a não substituição, cabem algumas reflexões acerca da aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico pátrio.

Como exposto anteriormente, a teoria citada expõe a ruptura que existe entre o direito penal do cidadão, para aquele que praticou um crime de forma acidental ou esporádica, e o direito penal do inimigo, para os que não são mais considerados dentro da ordem institucional, tamanha violação cometida. Nesse viés, é possível perceber como o tráfico privilegiado, instituto que, em tese, pertenceria a um direito penal do cidadão – especialmente tendo em vista a valorização do réu que seja primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa – acaba sendo também ‘tragado’, em parte, para um direito penal do inimigo, o que se observa através da concessão ou não da pena restritiva de direitos.

Explica-se: quando da concessão da substituição, vê-se o réu majoritariamente como cidadão, e, portanto, passível de cumprir sua pena em relativa liberdade, uma vez que o Estado confia que não voltará a delinquir e será reintegrado à sociedade – nos moldes do que prevê a Ideologia da Defesa Social e suas funções da pena. Por outro lado, quando da não substituição – especialmente no que concerne à concessão da fração de apenas 1/6 da privilegiadora –, o discurso muda perceptivelmente, para incluir argumentos acerca da quantidade e qualidade da substância apreendida – muitas vezes levados em conta também na exasperação da pena base, em dissonância com a jurisprudência do STF.

Há, então, um descolamento entre os argumentos para a concessão da privilegiadora e para o regime de pena aplicado. Para conceder a benesse, considera-se o réu como dentro do direito penal do cidadão. Entretanto, no momento da estipulação da fração – e, conseqüentemente, da pena privativa de liberdade ou da restritiva de direitos –, incide um direito penal do inimigo, que se manifesta especificamente nesse diferenciado valor da Lei de Drogas: em nome da proteção à saúde pública, são feitos juízos de valor genéricos acerca da qualidade da droga e de sua quantidade, a fim de fazer incidir maior reprimenda.

Observou-se ainda que, quando da concessão de 2/3 na incidência de pena restritiva de direitos, o 'custo argumentativo' foi muito menor do que na concessão da fração de apenas 1/6, tendo em vista que, muitas vezes, os magistrados não se valiam de fundamentações específicas para fazer incidir a maior redutora. Concluiu-se, assim, existirem sinais da reverberação das políticas criminais bélicas nos julgamentos dos magistrados, enquanto manifestantes, muitas vezes, de argumentos que legitimam a chamada 'guerra às drogas', ainda que a adoção desses posicionamentos revele uma maior necessidade da exposição de suas razões.

A partir dos resultados expostos, tem-se a indicação de que o juiz pode ser mais um 'soldado' na batalha do Estado contra as drogas – que, ao fim e ao cabo, é uma guerra contra pessoas, usuários e comerciantes.

Com isso, não se pretende expor a pena restritiva de direitos como solução para a questão das drogas, do superencarceramento, ou, ainda, apresentá-la como livre de vícios. No entanto, e parte-se aqui de uma perspectiva abolicionista da pena, é inegável que os efeitos de uma prestação de serviços à comunidade são muito menos danosos ao réu do que aqueles deixados pelo cárcere.

5 CONCLUSÃO

O trabalho em questão buscou discutir como a política criminal de drogas brasileira, feita principalmente a partir do Legislativo e Executivo, pode incidir no âmbito do Judiciário – em específico, no que tange aos argumentos utilizados pelos magistrados de primeiro grau na definição do regime de pena nos casos de tráfico privilegiado.

Partiu-se da história legislativa e política das normas penais de drogas no Brasil, constatando-se que essa teve duas fases: em um primeiro momento, vigorou um modelo sanitarista, no qual surgiu a política proibicionista sistematizada, fortalecida após 1964, quando foi implementado o modelo bélico. Esse significou o início de um tratamento militarizado à questão das drogas, e os entorpecentes passam a ser vistos como ameaças sociais, pois o consumo se torna popular entre os jovens de classe média. Surge a ideologia da diferenciação: para o pobre, a cadeia, para o rico, o tratamento terapêutico.

Todo esse conjunto foi, sobretudo, influência da política internacional estadunidense, através de várias convenções internacionais que ocorreram durante o século XX. A partir desses encontros, países que antes não regulamentavam o comércio de drogas dentro de seus territórios passaram a incluí-las no rol de substâncias proibidas, acabando por padronizar a resposta estatal às drogas entre os países ocidentais aos moldes dos EUA.

Em 1971, Nixon anuncia de modo formal a ‘guerra às drogas’, o que leva a um recrudescimento da legislação de drogas dos EUA, tendência seguida pelos países da América Latina. No Brasil, é promulgada a Lei nº 6.368/76, que aumentou as possibilidades de incidência do crime, flexibilizando o processo penal. Nesse sentido, é editada também a Lei dos Crimes Hediondos em 1990, incluindo como equiparado o crime de tráfico de drogas. Pouco a pouco, é construída a narrativa do traficante como principal inimigo público, substituindo a imagem desgastada do comunista.

Foi então apresentada a Lei nº 11.343/06, que por um lado, aumentou a pena mínima para o tráfico, mas por outro, criou uma privilegiadora, adotando pela primeira vez na história brasileira uma política de redução de danos. Entretanto, em paralelo, deu continuidade às políticas de repressão.

Parte dessa repressão foram seus ideais fundadores, a saber, a Ideologia da Defesa Social, a Ideologia da Segurança Nacional e os Movimentos de Lei e Ordem.

A partir da exposição de cada uma delas, concluiu-se que a primeira ofereceu a primeira base teórica das políticas de combate às drogas, enquanto a segunda trouxe o arcabouço militar e a ideia de guerra para o âmbito das políticas de segurança pública. Por fim, a terceira foi responsável por manter a população em geral favorável aos constantes recrudescimentos das políticas penais, e, até mesmo, a clamar por elas.

Nesse sentido, foram também apresentadas as bases do Direito Penal do Inimigo e suas manifestações nos ordenamentos jurídicos contemporâneos – em especial, o brasileiro –, uma vez que a teoria passou a legitimar um ‘estado de exceção permanente’ em nome da eliminação do inimigo (o traficante). Feitas essas considerações, procurou-se demonstrar como essas características apareceram, em maior ou menor grau, na legislação de drogas do Brasil.

O tipo penal do tráfico de drogas privilegiado foi então analisado, chegando-se à constatação de que muitos dos dispositivos legais foram modulados pelo STF, assim como presentes na legislação os reflexos da política criminal trabalhada, através da própria dosimetria da pena. A partir de todas as análises feitas ao longo do trabalho, foi possível então mergulhar no material empírico, que revelou algumas questões.

A primeira delas foi que, ao analisar as decisões, percebeu-se um deslocamento de esforço argumentativo das razões para substituir ou não a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para as razões para conceder uma fração específica de redução da privilegiadora. Os motivos para isso são aventados em pesquisa feita em acórdãos do TJSP que teria notado a mesma questão: após a concessão do HC nº 118.533/MS pelo STF, houve um aumento da utilização do art. 44 do Código Penal para negar a substituição com base na quantidade de pena, por ter sido concedida fração de privilegiadora de apenas 1/6.

Por outro lado, um os grandes motivos apresentados para a escolha dessa fração foi a qualidade da droga apreendida – muitas vezes, *crack* –, assim como sua quantidade – discussão já aventada em trabalhos acerca da distinção entre o uso e o tráfico pelo judiciário ou pela polícia. Especificamente quanto à substância

mencionada, os magistrados de primeiro grau mencionam a ‘desestruturação da sociedade’ por conta do consumo de *crack*, deixando, por isso, de conceder uma fração mais alta de redução, a qual poderia possibilitar a substituição por uma pena restritiva de direitos.

Nesse ponto, entendeu-se tal fundamentação como oriunda do alarmismo presente nos Movimentos de Lei e Ordem mencionados no primeiro capítulo, para os quais a droga é contagiosa e a representação do Mal. Ainda, foi referida a menção das sentenças à diferença entre o *crack* e a cocaína – considerando a primeira muito mais prejudicial do que a segunda – sem que quaisquer dados científicos fossem colacionados às decisões, e, tampouco, fossem referenciados laudos. A teoria, nesse ponto, é da incidência do Direito Penal com mais força sob a pessoa que não possui propriedades econômicas, justamente, o consumidor e o traficante padrões de *crack*.

Por fim, ao se analisar as diferenças entre os casos de substituição e não substituição da pena, chegou-se à conclusão de que, em que pese o instituto do tráfico privilegiado ter caráter de direito penal do cidadão, esse adquire contornos de direito penal do inimigo quando consideradas as argumentações levadas a cabo por magistrados no momento da aplicação da menor fração da privilegiadora – o diferenciado valor da Lei de Drogas incide com mais força desse lado da balança, assim como o peso da ‘guerra às drogas’.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo. *In*: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**: atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 65-79.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Lei de drogas**: comentários penais e processuais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 20, p. 129-146, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 07 dez 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971. **Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências**. Brasília, 29 out 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. **Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências**. Brasília, 21 out. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Brasília, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências**. Brasília, 23

ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 27 maio 2019.

_____. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. **Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.** Brasília, 19 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

_____. Senado Federal. Exposição de motivos da Lei nº 11.343/06. Brasília, 06 maio. 2002. **Diário do Senado Federal**, Brasília, n. 53, p. 7389-7392, 07 maio 2002. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=1363#diario>>. Acesso em: 30 maio 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Cancelamento da Súmula nº 512. Brasília, 23 nov. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 2101, 28 nov. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/init>>. Acesso em: 20 jun. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 97.256/RS. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 01 set. 2010. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, n. 220, p. 402-450, 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/listarRevistaTrimestral.asp>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 112.776/MS. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 19 jun. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 213, p. 100, 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 118.533/MS. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 23 jun. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, n. 199, p. 35, 19 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

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

CANCIO MELIÁ, Manuel. 'Direito penal' do inimigo? *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAPPI, Riccardo. A “teorização fundamentada nos dados”: um método possível na pesquisa empírica em direito. *In*: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

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

_____. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COMBLIN, Joseph. **A ideologia da segurança nacional**: o poder militar na América Latina. Tradução A. Veiga Fialho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**: relatório analítico. Brasília, 2018. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

COSTA, Selma Frossard. As políticas públicas e as comunidades terapêuticas no atendimento à dependência química. **Serviço Social em Revista**, Universidade Estadual de Londrina, v. 11, n. 2, jan-jun. 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v11n2.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

ELIAS, Gabriel dos Santos. A UNGASS 2016: O primeiro passo da meia volta na política de drogas. **JOTA**, Brasil, 26 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ungass-2016-o-primeiro-passo-da-meia-volta-na-politica-de-drogas-26042016>>. Acesso em: 31 mai. 2019.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 7. ed. Madrid: Alianza, 1998.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de drogas comentada**: lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A aplicação de penas e medidas alternativas**: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: 2015.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org.). **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO, Maíra Rocha; BARROS, Matheus de; GUARANHA, Olívia Landi Corrales; PASSOS, Julia Adib. Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 1, 2018, p. 604-629.

MARONNA, Cristiano Avila. Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, n. 167, p. 4, out. 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Dez anos da política nacional de penas e medidas alternativas**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/pesquisas/diagnostico10anospoliticanacionalpenasmedi.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorios-sinteticos>>. Acesso em: 31 maio 2019.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. Las drogas y sus discursos. *In*: BAIGÚN, David (Org.). **De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti**. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 141-158.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. No prelo.

STRAUSS, Anselm; CORBIN, Juliet. **Pesquisa qualitativa: técnicas e procedimentos para o desenvolvimento de teoria fundamentada**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global status report on alcohol and health 2018**. Switzerland, 2018. Disponível em: <https://www.who.int/substance_abuse/publications/global_alcohol_report/en/>. Acesso em: 15 jun. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**, 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

**APÊNDICE A – QUADRO DE EXPOSIÇÃO DOS PROCESSOS ENCONTRADOS
EM QUE HOUE SUBSTITUIÇÃO DA PENA**

NÚMERO	FRAÇÃO	MOTIVO	SUBSTITUIÇÃO
2.13.0048363-4	1/2	Natureza da substância	HC 97.256
2.13.0048363-4	1/2	Já ganhou a privilegiada antes	Res 5 Senado
2.13.0048363-4			Art. 44, CP
2.13.0059948-9	1/2	Mais de uma substância	HC 97.256
2.13.0059948-9	1/2	Crack	Res 5 Senado
2.13.0059948-9			Art. 44, CP
2.13.0080509-7	1/2	Crack	HC 97.256
2.13.0080509-7	1/2	Elevada quantidade	Res 5 Senado
2.13.0080509-7			Art. 44, CP
2.13.0087697-0	1/2	Não justifica	Art. 44, CP
2.13.0095365-7	1/2	Mais de uma substância	HC 97.256
2.13.0095365-7	1/2	Crack	Res 5 Senado
2.13.0095365-7			Art. 44, CP
2.14.0020218-1	1/5	Mais de uma substância	HC 97.256
2.14.0020218-1	1/5	Crack	Res 5 Senado
2.14.0020218-1			Art. 44, CP
2.14.0026239-7	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.14.0043679-4	2/3	Sem quantidade expressiva	Art. 44, CP
2.14.0043679-4			Quantum de pena
2.14.0067183-1	1/2	Crack	HC 97.256
2.14.0067183-1			Res 5 Senado
2.14.0067183-1			Art. 44, CP
2.14.0074340-9	1/2	Natureza da substância	Não justifica
2.14.0081258-3	2/3	Não justifica	Cancelamento Súmula 512 STJ
2.14.0081258-3			Art. 44, CP
2.15.0004464-2	3/5	Circunstâncias do fato	Art. 44, CP
2.15.0007385-5	2/3	Mais de uma substância	HC 97.256
2.15.0007385-5	2/3	Sem quantidade expressiva	Res 5 Senado
2.15.0007385-5	2/3	Circunstâncias pessoais	Art. 44, CP
2.15.0024847-7	2/3	Não justifica	Cancelamento Súmula 512 STJ
2.15.0024847-7	2/3		Art. 44, CP
2.15.0032853-5	2/3	Natureza da substância	Cancelamento Súmula 512 STJ
2.15.0032853-5	2/3	Considerável quantidade	Art. 44, CP
2.15.0034033-0	2/3	Requisitos da lei preenchidos	Art. 44, CP
2.15.0034033-0			Mais adequada ao fato e condições do agente
2.15.0036230-0	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.15.0041966-2	1/2	Considerável quantidade	HC 97.256
2.15.0041966-2	1/2	Natureza da substância	Res 5 Senado

2.15.0041966-2			Art. 44, CP
2.15.0044533-7	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.15.0044533-7			Princípio da proporcionalidade
2.15.0060946-1	2/3	Circunstâncias pessoais	Quantum de pena
2.15.0060946-1			Mais adequada ao fato e condições do agente
2.15.0060946-1			Sem antecedentes
2.15.0060946-1			Art. 44, CP
2.15.0068576-1	2/3	Circunstâncias do fato	Art. 44, CP
2.15.0074711-2	1/2	Circunstâncias pessoais	HC 97.256
2.15.0074711-2	1/2	Considerável quantidade	Res 5 Senado
2.15.0074711-2	1/2	Natureza da substância	Art. 44, CP
2.15.0079847-7	2/3	Natureza da substância	Não é reincidente
2.15.0079847-7	2/3	Considerável quantidade	Sem violência ou grave ameaça
2.15.0081490-1	1/2	Mais de uma substância	HC 97.256
2.15.0081490-1	1/2	Crack	Res 5 Senado
2.15.0081490-1			Art. 44, CP
2.15.0086370-8	2/3	Circunstâncias do fato	Art. 44, CP
2.15.0090565-6	2/3	Não justifica	Quantum de pena
2.15.0090565-6			Art. 44, CP
2.15.0094979-3	1/2	Mais de uma substância	HC 97.256
2.15.0094979-3	1/2	Crack	Res 5 Senado
2.15.0094979-3			Art. 44, CP
2.15.0102729-6	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.16.0000012-4	1/2	Considerável quantidade	HC 97.256
2.16.0000012-4			Res 5 Senado
2.16.0000012-4			Art. 44, CP
2.16.0011012-4	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.16.0016987-0	2/3	Não justifica	HC 97.256
2.16.0016987-0			Art. 44, CP
2.16.0019959-1	2/3	Primário	Art. 44, CP
2.16.0019959-1	2/3	Bons antecedentes	
2.16.0020882-5	1/2	Concurso de agentes	Art. 44, CP
2.16.0020882-5			Sem violência ou grave ameaça
2.16.0020882-5			Não é reincidente
2.16.0020882-5			Observado art. 59, CP
2.16.0021313-6	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.16.0024459-7	2/3	Não justifica	Não justifica
2.16.0027827-0	1/2	Mais de uma substância	Art. 44, CP
2.16.0032007-2	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.16.0032446-9	2/3	Não justifica	Res 5 Senado
2.16.0032446-9			Art. 44, CP
2.16.0037733-3	2/3	Requisitos da lei preenchidos	Res 5 Senado
2.16.0037733-3			Art. 44, CP

2.16.0046813-4	2/3	Não justifica	HC 97.256
2.16.0046813-4			Art. 44, CP
2.16.0046813-4			Mais adequada ao fato e condições do agente
2.16.0050564-1	2/3	Não justifica	Cancelamento Súmula 512 STJ
2.16.0050564-1			Art. 44, CP
2.16.0057588-7	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.16.0058417-7	2/3	Requisitos da lei preenchidos	Art. 44, CP
2.16.0058417-7			Mais adequada ao fato e condições do agente
2.16.0063944-3	2/3	Primário	Art. 44, CP
2.16.0063944-3	2/3	Bons antecedentes	
2.16.0074598-7	1/2	Sem quantidade expressiva	Quantum de pena
2.16.0074598-7	1/2	Crack	Art. 44, CP
2.16.0080909-8	2/3	Não justifica	Cancelamento Súmula 512 STJ
2.16.0080909-8			Art. 44, CP
2.16.0081390-7	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.16.0081390-7			Mais adequada ao fato e condições do agente
2.16.0087060-9	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.17.0000091-6	2/3	Não justifica	Quantum de pena
2.17.0000091-6			Sem violência ou grave ameaça
2.17.0000091-6			Art. 44, CP
2.17.0007533-9	2/3	Circunstâncias pessoais	Art. 44, CP
2.17.0007533-9	2/3	Natureza da substância	Observado art. 59, CP
2.17.0007533-9	2/3	Sem quantidade expressiva	HC 97.256
2.17.0007533-9			Res 5 Senado
2.17.0016678-4	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.17.0016700-4	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.17.0016700-4			Cancelamento Súmula 512 STJ
2.17.0018188-0	2/3	Requisitos da lei preenchidos	Art. 44, CP
2.17.0018188-0			Mais adequada ao fato e condições do agente
2.17.0021452-5	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.17.0021452-5			Quantum de pena
2.17.0021452-5			Sem violência ou grave ameaça
2.17.0021452-5			Não é reincidente
2.17.0021452-5			Mais adequada ao fato e condições do agente
2.17.0035154-9	2/3	Requisitos da lei preenchidos	Quantum de pena
2.17.0035154-9			Res 5 Senado
2.17.0035154-9			Art. 44, CP
2.17.0036561-2	2/3	Não justifica	Mais adequada ao fato e condições do agente
2.17.0036561-2			Cancelamento Súmula 512 STJ
2.17.0036561-2			Art. 44, CP

2.17.0043002-3	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.17.0044363-0	2/3	Não justifica	Cancelamento Súmula 512 STJ
2.17.0044363-0			Art. 44, CP
2.17.0045298-1	1/2	Mais de uma substância	HC 97.256
2.17.0045298-1	1/2	Crack	Res 5 Senado
2.17.0045298-1	1/2	Considerável quantidade	Art. 44, CP
2.17.0086975-0	2/3	Não justifica	Art. 44, CP
2.13.0084334-7	2/3	Não justifica	HC 97.256
2.13.0084334-7			Res 5 Senado
2.13.0084334-7			Art. 44, CP
2.16.0029090-4	1/2	Crack	Art. 44, CP

**APÊNDICE B – QUADRO DE EXPOSIÇÃO DOS PROCESSOS ENCONTRADOS
EM QUE NÃO HOUVE SUBSTITUIÇÃO DA PENA**

NÚMERO	FRAÇÃO	MOTIVO	NÃO SUBSTITUIÇÃO
2.14.0085673-4	2/3	Circunstâncias do fato	Concurso de agentes
2.14.0085673-4	2/3	Sem quantidade expressiva	Pena acima
2.14.0071404-2	2/3	Requisitos da lei preenchidos	Condenação por outro crime
2.14.0071404-2	2/3		Cumprimento pena em regime fechado
2.15.0065627-3	1/6	Elevada quantidade	Pena acima
2.15.0073127-5	1/6	Concurso de agentes	Pena acima
2.15.0073127-5	1/6	Elevada quantidade	
2.15.0073127-5	1/6	Mais de uma substância	
2.15.0073127-5	1/6	Crack	
2.16.0000444-8	1/6	Elevada quantidade	Não preenche os requisitos art. 44 CP
2.16.0000444-8	1/6		Pena acima
2.16.0012596-2	1/6	Crack	Pena acima
2.16.0012596-2	1/6	Elevada quantidade	
2.16.0025457-6	1/6	Elevada quantidade	Pena acima
2.16.0036455-0	2/3	Não justificou	Personalidade do réu
2.16.0039138-7	1/6	Elevada quantidade	Não preenche os requisitos art. 44 CP
2.16.0047841-5	2/3	Ne bis in idem - já valorou quantidade e natureza (j STF)	Pena acima
2.16.0047841-5	2/3		Concurso de crimes
2.16.0080879-2	1/6	Elevada quantidade	Pena acima
2.16.0080879-2	1/6	Crack	
2.17.0017878-2	1/6	Elevada quantidade	Não preenche os requisitos art. 44 CP
2.17.0017878-2	1/6	Mais de uma substância	
2.17.0017878-2	1/6	Crack	
2.17.0020135-0	1/6	Elevada quantidade	Não preenche os requisitos art. 44 CP
2.17.0020135-0	1/6	Mais de uma substância	
2.17.0036755-0	1/6	Elevada quantidade	Pena acima
2.17.0036755-0	1/6	Natureza da substância	
2.17.0036755-0	1/6	Mais de uma substância	
2.17.0036861-1	1/6	Crack	Pena acima
2.17.0036861-1	1/6	Elevada quantidade	
2.17.0048783-1	1/6	Crack	Não preenche os requisitos art. 44 CP
2.17.0048783-1	1/6	Natureza da substância (j STJ)	
2.17.0052668-3	1/6	Elevada quantidade	Não preenche os requisitos art. 44 CP
2.17.0052668-3	1/6	Mais de uma substância	
2.17.0058611-2	1/2	Elevada quantidade	Não justificou
2.17.0070625-8	1/6	Elevada quantidade	Não preenche os requisitos art. 44 CP
2.17.0070625-8	1/6	Mais de uma substância	
2.17.0076447-9	1/2	Elevada quantidade	Não justificou

2.17.0076447-9	1/2	Local de confronto com a polícia	
2.17.0083710-7	1/6	Mais de uma substância	Não preenche os requisitos art. 44 CP
2.17.0086997-1	2/3	Não justificou	Não analisou
2.17.0088698-1	1/6	Elevada quantidade	Pena acima
2.17.0088698-1	1/6	Mais de uma substância	
2.17.0102009-0	1/6	Elevada quantidade	Não analisou
2.17.0102009-0	1/6	Natureza da substância	
2.17.0104629-4	1/6	Elevada quantidade	Pena acima
2.17.0104629-4	1/6	Mais de uma substância	
2.17.0112340-0	1/6	Elevada quantidade	Não preenche os requisitos art. 44 CP
2.18.0000549-9	1/6	Elevada quantidade	Não preenche os requisitos art. 44 CP
2.18.0013101-0	1/6	Elevada quantidade	Não analisou
2.18.0013101-0	1/6	Mais de uma substância	
2.18.0013101-0	1/6	Não comprovou trabalho lícito	
2.18.0019279-5	1/2	Mais de uma substância	Pena acima
2.13.0084334-7	2/3	Não justificou	Pena acima
2.13.0084334-7	2/3		Concurso de crimes
2.16.0029090-4	1/6	Crack	Pena acima
2.16.0029090-4	1/6	Apreensão de arma de fogo	