

DOSIMETRIA DA PENA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: A NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENQUANTO VETOR ILEGAL DE CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA.

DOSIMETRY OF THE PENALTY IN THE CRIME OF DRUG TRAFFICKING: THE NATURE OF THE SUBSTANCE AS A ILLEGAL VECTOR OF CRIMINALIZATION OF POVERTY.

Romulo Luis Veloso de Carvalho ¹
Renata Pereira Mayrink ²

Resumo

Definida a responsabilidade criminal de determinado cidadão, ou seja, afirmado depois de um processo que tramite em contraditório judicial que alguém foi o autor de um fato típico, ilícito e culpável, o juiz do caso tem o dever legal de individualizar a pena. O primeiro passo para dosimetria da pena é a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas, para os casos em que o autor incorrer em algum dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/2006, ou seja, violar uma norma penal incriminadora da Lei de Drogas, o juiz deverá se ater a critérios particulares de individualização da pena, estabelecidos no artigo 42 da legislação especial. O objetivo da pesquisa é analisar a aplicação desses critérios mencionados da Lei de Drogas, especialmente o critério natureza da substância, como mecanismo de concretização de uma política penal seletiva. Para tanto, a metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a pesquisa descritiva-bibliográfica, através do estudo de estatutos normativos, além de doutrinas sobre o tema.

Palavras-chave: Dosimetria da pena, Lei de drogas, Natureza da substância, Seletividade penal, Tráfico de drogas

Abstract/Resumen/Résumé

Once the criminal responsibility of a given citizen has been defined, that is, it has been affirmed after a process that proceeds in judicial adversary proceedings that someone was the author of a typical, unlawful and culpable fact, the judge of the case has the legal duty to individualize the penalty. The first step in the dosimetry of the penalty is the analysis of the judicial circumstances of article 59 of the Penal Code, but, for cases in which the author commits any of the crimes provided for in Law n.º 11.343/2006, that is, violates a norm criminal offense under the Drug Law, the judge must adhere to particular criteria for individualizing the sentence, established in article 42 of the special legislation. The objective

¹ Mestre e doutorando em direito pela PUC-MG. Pós-graduado em direito pela EMERJ. Professor. Autor de obras jurídicas. Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Bolsista Capes.

² Advogada. Pós-graduada em Ciências Penais, Mestre e Doutoranda em Direito Penal pela PUCMINAS. Professora no Centro Universitário Estácio de Belo Horizonte. Bolsista Capes.

of the research is to analyze the application of these criteria mentioned in the Drug Law, especially the nature of substance criterion, as a mechanism for implementing a selective criminal policy. Therefore, the methodology used to develop the research was descriptive-bibliographic research, through the study of normative statutes, in addition to doctrines on the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Pen dosimetry, Drug law, Nature of the substance, Penal selectivity, Drug trafficking

1 INTRODUÇÃO

Definida a responsabilidade criminal de determinado cidadão, ou seja, afirmado depois de um processo que tramite em contraditório judicial que alguém foi o autor de um fato típico, ilícito e culpável, o juiz do caso tem o dever legal de individualizar a pena.

Essa missão consubstancia, antes de um dever laboral do magistrado, uma garantia fundamental do indivíduo culpado. Isso porque, o direito de ter sua pena individualizada está previsto no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, em especial no inciso XLVI, que outorga ao legislador infraconstitucional o poder de regulamentar critérios para que cada indivíduo receba uma pena determinada e única para os fatos praticados.

O caminho tradicional e mais conhecido é aquele traçado pelo legislador no Código Penal que, na sua parte geral, estabelece um critério trifásico de aplicação de pena. O passo a passo das etapas está definido no artigo 68 do referido diploma normativo.

Acontece que, para os casos em que o autor incorrer em algum dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/2006, ou seja, violar uma norma penal incriminadora da Lei de Drogas, o juiz deverá se ater a critérios particulares de individualização da pena, estabelecidos no artigo 42 da legislação especial.

Neste sentido, o magistrado deverá, com preponderância aos vetores clássicos do artigo 59 do Código Penal, dentre outros critérios escolhidos, estabelecer a pena base atento, em especial, à natureza da substância apreendida.

O presente artigo pretende, assim, dissecar as repercussões práticas que essa escolha legislativa tem provocado no estabelecimento de um Direito Penal que mira seletivamente a uma clientela preferencial, um Direito Penal com intervenção seletiva e estigmatizante.

Em um primeiro momento foi realizada uma diferenciação entre o modelo geral de aplicação de pena do código penal para o específico incidente na legislação de drogas, em seguida foi feito um enquadramento criminológico na problemática para refletir, ao final do desenvolvimento, sobre como a principiologia constitucional pode significar uma melhora de quadra.

Para tanto, a metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a pesquisa descritiva-bibliográfica, através do estudo de estatutos normativos, além de doutrinas sobre o tema.

2 DIFERENÇAS GERAIS ENTRE A DOSIMETRIA DA PENA NO CÓDIGO PENAL E NA LEI DE DROGAS

Conforme explica Zaffaroni (2019a, p. 734), nosso código atual, o Decreto-Lei n.º 2.848/1940, adota um sistema combinado para dosimetria da pena, que deixa uma considerável margem de atuação ao magistrado, mas ao mesmo tempo estabelece patamares mínimos e máximos de aplicação da reprimenda a ser fixada segundo um critério trifásico.

O sistema de cálculo da pena estabelecido no artigo 68 do Código Penal determina que, inicialmente, deve o magistrado observar o critério do artigo 59 do referido normativo, para fixação uma pena base.

Nessa etapa, não obstante o legislador não tenha fixado um parâmetro matemático para contabilização de cada uma das circunstâncias judiciais, a jurisprudência acabou criando um método de cálculo da reprimenda base. O resumo da posição dos tribunais brasileiros pode ser extraído da seguinte ementa de decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

2. A dosimetria não se trata de procedimento inflexível. Ao contrário, sujeita-se ao prudente arbítrio do Juiz que, para estabelecer uma resposta penal justa, conforme determina o art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República, sopesa as peculiaridades do caso concreto que indiquem a necessidade de apenamento mais ou menos rigoroso.

3. A adoção do parâmetro de aumento de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, usualmente aplicado por esta Corte, afigura-se como importante baliza para a realização do cálculo da pena, coibindo, assim, aumentos desmesurados, sem a devida justificativa. No entanto, a complexidade do comportamento humano é incompatível com a fixação absoluta e intransponível de uma única fração de aumento para cada circunstância judicial, sendo possível a exasperação da pena de forma mais rigorosa se declinada fundamentação idônea, que demonstre a maior reprovabilidade da conduta.

(...)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). AgRg no HC n.º 730.590/MS, Relatora: Ministra Laurita Vaz, 28/6/2022. DJe 01/7/2022.

Conforme acima explicitado, a Corte, que tem como missão unificar a interpretação federal acerca da legislação nacional, adota o posicionamento, e indica aos magistrados brasileiros que também o façam, de que se deve começar o cálculo da aplicação da pena a partir do mínimo cominado ao delito, e somar-se um sexto de aumento a cada circunstância judicial negativa.

Ultrapassada a primeira etapa, cabe ao magistrado analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes que porventura estejam presentes no caso concreto. Por fim, devem ser averiguadas eventuais causas de aumento e diminuição, também denominadas majorantes e minorantes, que possam ser aplicadas ao fato.

Essa é a moldura geral fixada na parte geral do Código Penal brasileiro para fins de fixação da pena a cada caso. Acontece que, não são raras as vezes em que legislações esparsas adotam padrões e critérios diferentes que para dosimetria da pena, sendo esse o caso da Lei n.º 11.343/2006, que para os crimes relacionados ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e afins, optou por adicionar vetores diferentes que também devem ser levados em consideração no momento de dosimetria da pena.

Estabelece o artigo 42 da referida Lei:

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. (BRASIL, 1940).

A principal diferença estabelecida a partir do referido artigo incide na primeira fase de fixação da pena, ou seja, no estabelecimento da pena base, em que o magistrado deverá considerar, além das já estabelecidas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, também, e de forma preponderante, a natureza e a quantidade da substância ou produto, além da personalidade e da conduta social.

Ocorre que a legislação pátria, não explicitou como levar em consideração essas novas circunstâncias no cálculo da pena, deixando um vácuo ao intérprete e aplicador da lei penal sobre, por exemplo, qual natureza da droga seria apta a aumentar ou diminuir a pena base, bem como, no que diz respeito à quantidade, quanto merecia maior censura por parte do juiz sentenciante.

A despeito do silêncio legislativo sobre um critério taxativo de valoração de ambas as especificidades estabelecidas pela Lei de Drogas para o cálculo da pena, as circunstâncias da natureza e quantidade da droga são valoradas cotidianamente para elevação da pena-base como circunstâncias desfavoráveis. Assim, se faz necessária uma reflexão sobre o tema, essencialmente no que diz respeito à natureza das drogas, conceito vago e impreciso.

3 A INTERVENÇÃO CRIMINALIZADORA DA POBREZA NA APLICAÇÃO DO VETOR “NATUREZA DA SUBSTÂNCIA”

Ao aplicarem o artigo 42 da Lei de Drogas na dosimetria da pena, juízes de primeira instância e Tribunais de todo o país têm exasperado a pena, notadamente no que diz respeito ao delito de tráfico de drogas, levando em consideração a circunstância “natureza da droga”

quando apreendidas substâncias que são tipicamente utilizadas pelas camadas mais desfavorecidas da população, como o *crack*.

Para essa operação os magistrados usualmente recorrem a fundamentos abstratos de gravidade sobre a substância, especialmente quando a instrução penal envolve produtos diferentes da maconha, e apontam que são drogas mais pesadas, viciantes ou com potencial destrutivo superlativo. Esse procedimento marca com estigma os envolvidos pobres e legitima o foco da repressão penal nas classes mais desfavorecidas.

A seletividade ocorre, pois, a maconha e também drogas sintéticas são usualmente consumidas por setores mais abastados da sociedade, já que se tratam de substância com maior valor agregado, e geralmente não há consideração como motivo que justifique o aumento da pena-base. Contudo, as drogas consumidas e comercializadas por indivíduos mais pobres recebem do Estado sanções mais rigorosas.

O problema central é que a elevação da pena pela alegada nocividade se faz sem nenhuma previsão legal autorizativa, já que todas as substâncias proibidas estão horizontalmente elencadas na normativa da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anexo I da Portaria SVS/MS n.º 344, de 12 de maio de 1998). Ademais, é justamente a potencialidade dessas substâncias de atentarem contra a saúde pública, que é levada em consideração pelo legislador para criminalização das condutas previstas na Lei n.º 11.343/2006, sendo, portanto, elemento inerente ao injusto e cuja reconsideração na dosimetria da pena representaria indevido *bis in idem*.

Os magistrados não gozam de conhecimento técnico suficiente para criarem uma escala valorativa de maior reprovação de determinadas substâncias em detrimento de outras. Estando todas elencadas no mesmo diploma normativo, sem diferenciação de potenciais riscos que porventura cada uma possa oferecer, não pode o julgador criar, sem nenhum critério verificável, impressões de periculosidade de cada substância, com a finalidade de aumentar a reprimenda penal.

Contudo, alguns precedentes recentes são capazes de se demonstrar o que se pontua. É o exemplo do julgado do TJMG:

(...) Justificada a exasperação da pena-base em razão da natureza da droga, identificada como crack e cocaína, de conhecido poder nocivo, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06. À míngua de justificativa para a aplicação de fração diversa, deve-se adotar 1/8 para o aumento da pena-base para cada circunstância judicial desfavorável (...).

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (4ª Câmara Criminal). Apelação Criminal n.º 1.0572.20.000526-0/001. Relatora: Desembargadora Valéria Rodrigues Queiroz, 09/03/2022. 16/03/2022.

No Estado de Pernambuco:

[...] Ademais, constata-se que o *quantum* fixado se mostrou razoável e proporcional ao delito ora analisado, principalmente, se destacado que também foi sopesado em desfavor do apelante a natureza da droga, qual seja, crack, nos termos do art. 42, da Lei nº 11.343/2006. 11. Mantida, assim, a pena-base. [...] 15. Portanto, a pena definitiva resta mantida em 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 860 (oitocentos e sessenta) dias-multa. 16. Quanto à pena de multa, nada há que ser modificado posto que fixada proporcionalmente à pena corpórea, não se verificando qualquer ilegalidade em tal aplicação. 17. Por fim, no que tange o pedido de modificação do regime inicial de cumprimento de pena, melhor sorte não aproveita o recorrente, uma vez que a pena definitiva ultrapassou os 08 (oito) anos, o que impõe o início do cumprimento de pena em regime fechado. 18. À unanimidade, negou-se provimento ao recurso.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (2ª Câmara Criminal). Apelação Criminal n.º 564597-20011848-69.2019.8.17.0001. Relator: Desembargador Mauro Alencar De Barros, 15/06/2022. DJe 26/07/2022.

No Paraná:

Apelação criminal. [...] Pedido de reforma do cálculo dosimétrico. Impossibilidade. Pena fixada acima do mínimo legal, com fundamento na natureza da droga (cocaína e crack). Possibilidade. Entendimento dos tribunais superiores no sentido de ser possível a fixação da pena-base acima do mínimo legal diante da análise da natureza da substância entorpecente. Hipótese dos autos. Ademais, fração de aumento de 1/10 (um décimo), utilizado pelo juízo de origem, considerado como justo e razoável. Precedentes. Cálculo dosimétrico mantido. Recurso conhecido e não provido.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (3ª Câmara Criminal). Apelação Criminal n.º 0001388-76.2021.8.16.0196. Relator: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Kennedy Josué Greca De Mattos, 24/05/2022. 24/05/2022.

Não obstante serem julgados de Tribunais estaduais, a referida seletividade também pode ser identificada em julgados do Superior Tribunal de Justiça, como no AgRg no HC n.º 736.970/SC em que se modificou a pena anteriormente aplicada com a seguinte fundamentação:

Com relação às circunstâncias, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, infere-se que a natureza e a quantidade da droga apreendida –9g de crack –, recomenda o recrudesimento da pena. Aliás, ressalte-se que o consumo de drogas está aumentando cada vez mais nesta Comarca e em toda região, sendo o crack, um subproduto da cocaína, substância com elevado grau de dependência pelos usuários e elevado lucro para o narcotraficante, o que denota a maior capacidade destrutiva à incolumidade pública. Portanto, o recrudesimento da reprimenda, é medida necessária. Considerando que foram sopesados negativamente somente a circunstância preponderante relativa à natureza e quantidade das drogas, consoante disposto no art. 42, da Lei n. 11.343/2006, acresço à pena base a fração respectiva de 1/5. Assim, fixo a pena base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias- A engenharia de aumento de pena no crime de tráfico, em especial pela substância, é tão banalizada que em pesquisas sobre o tema foi localizada até mesmo uma sentença que aumentou a pena em razão da substância valendo-se de uma tabela sem

fundamentar a operação. Nos autos do processo 0004916-18.2022.8.13.0245, em sentença datada de 20 de junho de 2022, em trâmite na comarca de Santa Luzia, região metropolitana de Minas Gerais, o juízo sentenciante fundamentou drástico aumento de pena ao incluir em uma tabela a seguinte fundamentação:

Circunstâncias do crime: posição de liderança no tráfico local; 2. Natureza da droga (crack) superior ao mínimo inerente ao tipo; 3. Conduta social: reprovável, pois o réu dirigia constantemente sem CNH e tinha por hábito empinar a moto no bairro, o que constitui infração de trânsito.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). AgRg no HC n.º 736.970/SC. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 07/06/2022. DJe 14/06/2022.

Com a estreita justificação baseada no binômio “natureza-quantidade” da droga, no caso apresentado a pena base do crime de tráfico saltou de cinco para quase nove anos, o que ensejou a consequente fixação do regime inicial fechado. Convém, contudo, chamar a atenção de que a quantidade mencionada no julgado era de 9g da substância ilícita, o que nos permite concluir que o que de fato ensejou o maior desvalor da conduta, foi a própria natureza da droga apreendida.

A breve amostragem de julgados estaduais de diferentes regiões do país, e igualmente, de decisão do Superior Tribunal de Justiça, indicam a existência da prática deletéria de utilizar como critério de exacerbação punitiva a presença de substâncias apreendidas normalmente com setores mais desfavorecidos da população, sob argumentações vazias baseadas que enunciam seu maior “potencial viciante” e “potencial destrutivo”.

4 O CRACK É UM PROBLEMA CRIMINOLÓGICO

O Brasil possui uma superlativa população carcerária. O país está próximo de, em um futuro breve, atingir a marca de um milhão de indivíduos presos. Neste cenário, dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2017) demonstram que aproximadamente 30% das incidências penais pelas quais as pessoas foram condenadas ou aguardam julgamento, em junho de 2017, correspondiam a crimes relacionados às drogas.

Dessa maneira, pela significativa contribuição da Lei de Drogas para o encarceramento em território nacional, imprescindível aprofundar nas facetas de como opera esse sistema repressivo. O perfil dos encarcerados brasileiros e na América latina revela uma predileção do sistema pela prisão da população negra e de baixa escolaridade, demonstrando uma inegável seletividade do sistema penal.

Estes indivíduos, clientela preferencial do poder punitivo, não são mais propensos ao cometimento de crimes, não há um determinismo biológico que os leva à delinquência, como em algum momento já se cogitou durante a prevalência do positivismo criminológico. Assim,

é preciso entender o que o Estado naturaliza para consolidar essa intervenção profundamente seletiva por parte do agir dos atores do sistema de justiça.

Alessandro Baratta (2014, p. 175) é firme na crítica à ideia intervenção igualitária da lei penal. A seletividade da lei penal não permite a conclusão de que a lei é igual para todos, já que reprime marginalizados sociais e exclui elites de poder econômico e político do comportamento criminoso.

No que se refere o direito penal abstrato (isto é, a criminalização primária), isto tem a ver com os conteúdos, mas também com os não-conteúdos da lei penal. O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.

(...)

Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato. Têm sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam, portanto, assim como ocorre no caso do professor e dos erros nas tarefas escolares, a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal espera-la. (BARATTA, 2014, p. 176).

A seletividade começa com a seleção dos bens jurídicos que serão tutelados pelo sistema penal. Já nesse momento perde-se a ingênua justificativa baseada na ideia de que a tipificação de comportamento segue a natural reprovação dos mesmos pelo seio social. Pelo contrário, usado como instrumento de controle social, o Direito Penal privilegia os interesses das classes privilegiadas, imunizando seus comportamentos desviantes, e focando o processo de criminalização primária em condutas desviantes típicas das classes subalternas.

Em sequência, os mecanismos de criminalização secundária dão seguimento à desigualdade substancial no Direito Penal. Então não é porque uma conduta está enunciada e posta abstratamente na legislação, que ela incidirá de maneira igualitária entre todos aqueles que a praticarem. Aqueles que se concentram nos extratos mais baixos da escala social estão mais propensos a serem selecionados pela intervenção punitiva.

Em relação ao perfil do usuário de *crack*, estudo da Fundação Oswaldo Cruz (BRASIL, 2014, p. 66) apontou que os usuários são, “em sua maioria, homens, jovens, pouco escolarizados, que estão vivendo em situação de rua, e que não têm emprego/renda fixa. Sendo assim, apresentam-se como um grupo bastante vulnerável socialmente”.

É possível verificar, assim, que o consumo da substância é um problema social multifacetado, que não deve sofrer a incidência de um direito repressor como tentativa única de solução. O referido estudo demonstrou:

Usuários de crack e/ou similares frequentam de forma esparsa e muito aquém do desejável, frente aos problemas de saúde e marginalização sociais que eles próprios referem, serviços de saúde e sociais, o que parece fortemente associado à situação de vulnerabilidade social em que estão inseridos. A ausência/ carência de apoio familiar e o medo da discriminação e estigmatização podem influenciar negativamente as perspectivas de cuidado à saúde destes indivíduos. (BRASIL, 2014, p. 115).

Ou seja, quando tratamos de indivíduos envolvidos com o *crack* estamos falando de pessoas normalmente em grau de vulnerabilidade acentuada, que se encontram fora do alcance social mais abrangente do Estado. Além disso, o estudo chama atenção, também, ao fato de que o consumo de *crack* é um problema ainda mais grave quando se leva em consideração a perspectiva de gênero:

O presente estudo identificou que mulheres usuárias de crack e/ou similares encontram-se inseridas em contextos de maior vulnerabilidade e apresentam baixa escolaridade, experiência cotidiana de viver em situação de rua, histórico de violência sexual, uso concomitante e intenso de drogas lícitas e ilícitas, uso infrequente de preservativos, troca de sexo por dinheiro e/ou drogas, entre outros elementos de vulnerabilidade individual e social. A trajetória dessas mulheres, marcada pela desigualdade de gênero e pela inserção social precária, se torna ainda mais adversa, no contexto do uso abusivo/dependente de drogas e sua inserção nas cenas de uso. (BRASIL, 2014, p. 99).

A utilização e dependência de substâncias ilícitas, e em especial o *crack*, se insere em um contexto complexo, que demanda não apenas medidas relacionadas à saúde pública, mas também reclama intervenção em rede de variados atores. Diante de um problema social extremamente complexo, é ululante que recorrer à política de repressão penal como caminho de intervenção estatal e política de combate às drogas, é um modelo fracassado de baixa efetividade e mínimas chances de êxito.

O que se percebe, é que o grupo de indesejáveis que incomodam a sociedade e se acumulam nas ruas, precisa ser controlado, quando não exterminados da sociedade, para que essa se sinta higienizada, protegida do mal e do perigo que aqueles representam. Nesse ponto o Direito Penal passa a ser não apenas uma forma de controle da criminalidade, mas um poderoso instrumento de controle social, isolando esse setor da população através de medidas penais, como recrudesimento da pena, que neutralizam as consequências geradas pela vulnerabilidade social e miséria.

Ao acúmulo de pessoas em situação de penúria nas ruas em decorrência do menor suporte estatal dado ao cidadão, o próprio Estado, através do Poder Judiciário, responde com o recrudesimento e expansão de suas ações repressivas, como uma forma de conter o perigo

representado pelos indesejados, que não se encaixam, por não serem úteis, ao sistema vigente. Em um contexto de crescimento progressivo do Estado-policial, “a criminalização da marginalidade e a ‘contenção punitiva’ das categorias deserdadas faz as vezes da política social” (WACQUANT, 2003, p. 19-20).

Valois (2016, p. 549) aponta que o pânico moral explica o círculo criado entre o medo e as políticas públicas que não resolvem nada, mas permitem uma constante renovação de políticas e artifícios punitivos.

É nesse contexto que se insere o problema apresentado. O Estado-brasileiro além de manter vigente uma política de drogas que, em modelo quase único atualmente na América latina, ainda criminaliza usuários e traficantes, prepara jurisprudencialmente mecanismos que extraem intervenções estigmatizantes de uma lei que já funciona na sua inteireza de maneira segregadora.

A pretensão incorporada pelo judiciário de acabar com a criminalidade e trazer segurança por meio da ação policial, trouxe nas observações precisas de Katie S. C. Argüello (2020) o seguinte quadro:

a) Intensificação e concentração da atividade policial, em especial contra jovens e reincidentes. b) expansão das hipóteses de prisões cautelares; c) aceleração dos processos judiciais da justiça criminal, com agravação de penas; d) repressão imediata das menores infrações de rua, com método capaz de prevenir a grande criminalidade e de restaurar a ordem e a paz social.

É no item c dessas providências obsessivas pela segurança a partir da justiça penal que a problemática em comento se insere.

Zaffaroni (2019b, p. 22), que é crítico do isolamento da ciência jurídico-penal em relação às ciências sociais, já denunciou que as decisões de um poder de Estado são sempre orientadas politicamente e produzem efeitos sociais. Nesse sentido, o autor acrescenta que o encapsulamento tecnocrático é próprio de uma tendência redutora que quer limitar a ciência jurídica à criação de agentes acríticos.

Não é possível, portanto, dissociar o que fazem os magistrados que agravam penas em razão do tipo da substância, da crítica criminológica. Essas decisões agigantam o Estado-penal justamente contra sua clientela preferencial, valendo-se de uma leitura do artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006, que não guarda reflexão com o produto de sua aplicação, e reforçam um modelo estigmatizador já denunciado exaustivamente pela Criminologia.

Dentre as diversas substâncias existentes, com misturas impossíveis de se catalogar, a escolha, sem qualquer técnica, daquelas com “maior potencial viciante” ou “destrutivo”,

revela, na verdade, uma escolha de política criminal, de voltar o controle criminal às populações mais vulneráveis.

Poderia a jurisprudência ter optado por agravar a pena quando o fato envolvesse substâncias sintéticas, muito consumidas em festas por jovens de classe média, por exemplo. Mas os recortes criminológicos escancaram as razões pelas quais esse tipo de operação não ocorre com a mesma naturalidade com que se criminaliza vetores de vulnerabilidade como o contato com o *crack*.

5 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE INFORMAM A APLICAÇÃO DA PENA

Diante do que a crítica criminológica evidencia, importa analisar quais seriam, assim, os vetores constitucionalmente válidos para se dosar a reprimenda diante de um crime previsto na Lei de Drogas.

Em um primeiro momento, é importante que o magistrado esteja atento às críticas criminológicas acerca da seletividade no exercício da intervenção penal, e com isso leve em consideração, em suas análises, os potenciais destrutivos e seletivos das operações interpretativas que eventualmente adote.

Neste contexto, Salo de Carvalho (2015, p. 117) observa que uma via de resistência ao punitivismo na América latina parte das teorias garantistas de base constitucional. Ainda que este modelo teórico tenha natureza eminentemente normativa e legitimadora da intervenção punitiva estatal, ela oferece um objetivo central de limitação ao poder e de exercício de do *ius puniendi* de maneira legítima, o que no presente caso já é uma contribuição que pode levar à significativa redução de danos.

Nas palavras do próprio Ferrajoli (1998, p. 330), maior expoente deste tipo de pensamento, o garantismo representa:

precisamente a tutela dos valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda contra os interesses da maioria, é o fim justificante do direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo mais iguais para todos; (...).

No projeto constitucional brasileiro, importante partir do reconhecimento que individualizar a pena, tornando-a única a cada caso concreto, despiando o caso de regras genéricas de modulação e parametrização, é um imperativo constitucional.

O princípio da individualização da pena traz consigo diversas implicações. Inicialmente se volta ao legislador, exigindo que ele ao selecionar os comportamentos a serem criminalizados, e estabelecer quantitativos mínimos e máximos de sanções respectivas, o faça em patamares proporcionais à gravidade das condutas. Contudo, em sequência, é a atividade judicial a que concretiza a individualização legislativa, e, nesse momento, aos juízes, será dada a missão constitucional de individualização da reprimenda.

No exercício do seu *múnus*, não devem os magistrados se agarrarem a formas matemáticas fechadas, modelos rígidos que na prática significam comandos de ampliação do poder punitivo seletivo, mas, a partir uma fundamentação concreta, dosar a reprimenda atentos ao projeto de realização constitucional da operação.

Esta tarefa é precisamente o que se denomina de âmbito da individualização judicial da pena. Marcelo Semer (2020, p. 151) aponta que o juiz de fato está livre de amarras matemáticas para aplicar a pena devida em cada um dos casos, mas de outro lado não há discricionariedade ampla.

Há obrigações que são impostas a cada um dos juízes, que não podem se socorrer a impressões pessoais ou a critérios não estabelecidos legalmente. Isso tendo em vista que, tratando-se de matéria penal, a aplicação da pena também está sujeita ao império do princípio da legalidade.

No caso da Lei de Drogas, o entendimento a ser extraído do artigo 42, que traz a possibilidade de o juiz levar em consideração a natureza da substância para fixar a pena-base, não deve admitir interpretações elásticas e sem previsibilidade, que permitam o magistrado, a partir de critérios não científicos, valorar negativamente determinadas drogas em detrimento de outras.

Dentro de um critério de legalidade, a majoração criticada no presente trabalho de aumentar a pena em razão da nocividade do *crack* se revela inválida. Os juízes não têm formação nas ciências médicas ou farmacológicas, sendo, assim, imperitos para avaliar o potencial viciante ou destrutivo das substâncias ilícitas. Contudo, ainda que socorridos por estudos de especialistas, não poderiam jamais desconsiderar o potencial segregador da majoração seletiva que operam.

Estando todas as substâncias proibidas horizontalmente elencadas como ilícitas na norma da agência responsável, lançar mão da natureza, no caso de uma substância que é vendida e consumida pelos setores mais vulneráveis da população, para agravar a intervenção estatal, de maneira alguma realiza o projeto constitucional de igualdade.

Não é só o consumidor do *crack* que é mais vulnerável, também aquele tido como traficante desse tipo de substância é, como regra, pertencente a esse estrato mais vulnerável. Ao menos o pequeno varejista que é cotidianamente preso nas operações policiais de comunidades menos abastadas.

Assis Toledo (2007, p. 29) anota que o princípio da legalidade penal, na vertente da exigência de *lex certa*, estabelece que enunciados penais não devem deixar margens de dúvidas, nem abusar do emprego de termos muito gerais ou tipos genéricos, vazios de significado. O objetivo é que a lei penal deve ser compreendida, e também que não represente uma abertura ao arbítrio do exercício da intervenção punitiva a ser exercida a partir de interpretações criativas.

Quando o artigo 42 da Lei n.º 11.343/2006 autoriza que o intérprete, e o aplicador do direito, lance mão da natureza da substância para fixar a pena base, este dispositivo não pode ser pinçado e interpretado em desconexão as normas de envergadura superior assentadas no texto constitucional.

O pânico moral já referido e inserido no trato do comércio do *crack* não pode dar a base justificadora para operações judiciais seletivas. O princípio da secularização impõe uma necessária separação entre direito e moral, evitando, justamente na fixação da pena, que a sua aplicação não seja contaminada por juízos de reprovação moral do juiz.

Em síntese, as opções pessoais de vida do autor, especialmente quando ligadas a sua situação de vulnerabilidade social, não se prestam a justificar a imposição de sanções que busquem uma espécie de “correção” da sociedade.

A Constituição Federal, ao lado de normas garantidoras de igualdade formal, possui também vários dispositivos que visam cumprir os objetivos a serem perseguidos pelo Estado, entre eles a redução das desigualdades, a construção de uma sociedade mais justa e livre. E, portanto, há uma projeção clara nos comandos que o constituinte destinou aos agentes públicos, inclusive os juízes (SILVA, 2021, p. 133).

6 CONCLUSÃO

A rigor, a norma penal se dirige a todas as pessoas, e deve ser aplicada de forma pautada no princípio da igualdade. Contudo, a seletividade penal está presente na forma trivial como opera o sistema penal. O cotidiano da justiça criminal revela uma rotina de condutas segregadoras, que perpetuam uma estrutura social desigual e neutralizante.

Essa lógica excludente pode ser identificada no exercício do *ius puniendi*, desde a atividade legislativa, perpassando pela atuação policial e investigatória em geral, pelo desempenho da atividade judicial, até chegar à execução da pena.

A presente pesquisa dedicou-se à análise do problema da seletividade penal, especificamente no que diz respeito a sua presença no momento de aplicação da pena pelos magistrados, aos indivíduos que cometem crimes previstos na Lei n.º 11.343/2006, a Lei de Drogas.

O artigo 42 do referido diploma normativo, estabelece que o juiz, no momento de aplicação da pena, deve considerar, com preponderância sobre as normas estabelecidas no Código Penal, a natureza da substância, entre outros critérios. Essa singela determinação legal, contudo, oportuniza a abertura hermenêutica necessária para a operação da lógica sistêmica que volta o poder punitivo contra os socialmente marginalizados e vulneráveis.

É com base no artigo citado, que se torna possível aos magistrados, elevar a pena-base dos acusados de crimes relacionados às drogas, de forma desigual, pois o fazem usualmente quando a substância envolvida é o crack, partindo do pressuposto de que seria mais viciante ou destrutivo, sem que haja dados técnicos a respeito.

Ocorre que esse recrudescimento da pena, mais do que uma preocupação com os impactos sociais da substância envolvida, como se faz parecer, revela, na verdade, evidente seletividade penal, que pune de forma mais grave os grupos indesejáveis, como uma forma de neutralizar as consequências geradas pela vulnerabilidade social e miséria, esse resultado da própria estrutura social e política.

O exercício de um poder de punição com base em uma lógica bélica focada sobre os setores mais pobres da população, os dissidentes, revela-se uma prática inconstitucional, em que agentes do Estado ignoram direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, implicando no exercício ilegítimo do Direito Penal.

Um primeiro passo é conscientizar os próprios agentes públicos acerca da programação seletiva que movimenta o Direito Penal, para que operem em uma lógica contrária, consciente, ao menos, do impacto social de suas decisões.

BIBLIOGRAFIA

ARGÜELLO, Katie. S. C. **Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem**. Disponível em: icpc.org.br/artigos. Acesso em: 10 ago. 2022.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República., 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização Junho de 2017**. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. **Pesquisa Nacional Sobre o Uso de Crack: quem são os usuários de crack e/ou similares no Brasil? Quantos são nas capitais brasileiras?**. 2014. Disponível em: icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/Pesquisa%20Nacional%20sobre%20o%20Uso%20de%20Crack.pdf. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **AgRg no HC n.º 730.590/MS**, Relatora: Ministra Laurita Vaz, 28/6/2022. DJe 01/7/2022.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **AgRg no HC n.º 736.970/SC**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 07/06/2022. DJe 14/06/2022.

CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale**. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (4ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal n.º 1.0572.20.000526-0/001**. Relatora: Desembargadora Valéria Rodrigues Queiroz, 09/03/2022. 16/03/2022. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0572.20.000526-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> . Acesso em: 24 ago. 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (3ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal n.º 0001388-76.2021.8.16.0196**. Relator: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Kennedy Josué Greca De Mattos, 24/05/2022. 24/05/2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000018658171/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001388-76.2021.8.16.0196>. Acesso em: 28 ago. 2022.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (2ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal n.º 564597-20011848-69.2019.8.17.0001**. Relator: Desembargador Mauro Alencar De Barros, 15/06/2022. DJe 26/07/2022.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no estado democrático de direito: anotado com alterações da Lei 13.964/19**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direito Constitucional Brasileiro**. Ed. 1. 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

VALOIS, Luis Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13. ed. rev e atual. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019a.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945**. Trad. Rodrigo Murad do Prado. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019b.