

Da Análise da Culpabilidade no Delito de Tráfico Ilícito de Entorpecentes

Afonso Henrique Castrioto Botelho

Juiz de Direito do TJ/RJ

O tráfico de drogas, mazela social de primeira grandeza e carro-chefe de todas as Varas Criminais do Estado do Rio de Janeiro, é, na atualidade, uma das atividades mais rentáveis e mais nefastas que há. Notadamente, o tráfico de cloridrato de cocaína, produto mais caro, mais viciante, mais destrutivo e de mais fácil transporte - em razão de seu pequeno volume e também por ser inodoro. Em determinadas localidades do Estado, uma única cápsula, comprada a R\$ 3,00 na origem, chega a ser vendida por R\$ 50,00 ao consumidor final. Difícil imaginar “negócio” mais rendoso.

Tarefa de complexidade ainda maior do que combater o tráfico ilícito de entorpecentes é explicá-lo sob o enfoque da criminalidade. O perfil do pequeno traficante é, muitas vezes, intrigante. Jovens de classe média-baixa, mas com alguma escolaridade e aptidão profissional, sem alterações na folha penal e incapazes de cometer um ato violento. Sob a luz das teorias que justificam a criminalidade, não há o que explique o desvio de seus caminhos.

Não se pode pensar na chamada teoria ecológica¹ com vistas a explicar a epidemia. Ao menos, não isoladamente. O meio social no qual está inserido o indivíduo, muitas vezes não é determinante para que seja ele contaminado. Da mesma forma como, em comunidades dominadas pelo tráfico, há indivíduos imunes à contaminação, em outras sociedades onde o tráfico praticamente inexistente ocorrem episódios de comércio ilícito, ainda que de forma isolada. As quadrilhas especializadas na venda de drogas sintéticas normalmente vivem na várzea e são filhas da classe média-alta.

1 Teoria criada em 1982 no Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago.

Talvez Sykes e Matza² tenham alguma razão em comparar os jovens – estes são a grande maioria dos que se dedicam ao tráfico -, a barcos à deriva, vacilantes ainda quanto à decisão de delinquirem ou não. Todavia, a teoria da deriva, por eles proposta, também não oferece uma explicação segura para o fenômeno. Sobretudo na atualidade, época de rápido amadurecimento proporcionado pela difusão massiva de informações em tempo real e pleno acesso à escolaridade.

Travis Hirschi³ formula, em 1969, a teoria dos vínculos sociais, segundo a qual a existência de laços afetivos com pessoas socialmente ajustadas afastaria o jovem da delinquência. Uma vez mais, é parcialmente verdadeira a afirmação. Todos conhecem casos de pessoas socialmente integradas, com vínculos hígidos e duradouros de afetividade, mas que se atiram, ainda assim, à criminalidade⁴.

Observadas de per si, as teorias da tensão, das subculturas ou contraculturas, das predisposições genéticas, do aprendizado e do etiquetamento, nenhuma delas, a exemplo das outras já mencionadas, consegue explicar com precisão esperada o fenômeno do tráfico ilícito de entorpecentes.

Muito possivelmente porque, talvez, teorias sobre a economia expliquem a questão melhor do que teorias sobre a criminalidade. Isto em razão de que o tráfico de drogas nada mais é do que uma atividade econômica, comercial, que visa especialmente o lucro. Por uma circunstância de política criminal, este comércio, assim como o contrabando e o descaminho, é ilícito e severamente punido. Mas não deixa de ser uma atividade comercial. O comerciante adquire o produto por determinado preço e o revende a outra pessoa por este mesmo preço, ao qual se acresce sua margem de lucro. Tão somente isso.

Em alguma medida, as altas penas previstas para esta espécie de delito deveriam servir como fator de dissuasão do agente. Forte em Beccaria⁵, afirma-se que um dos fins da pena é o de impedir que o agente “cause novos danos aos seus concidadãos”, demovendo os demais de agirem naquele determinado sentido. Tal não ocorre, entretanto. Muitos se mostram vacilantes, quando não surpresos até, ao serem inteirados sobre

2 A teoria de Matza e Sykes rejeita as teorias que sugeriam que grupos de delinquentes criam seu próprio código moral que apaga completamente o código moral social. Com essa análise, Matza e Sykes conseguiram explicar como os delinquentes “navegam” entre estilos de vida legítimos e ilegítimos continuamente, uma vez que eles retêm seu código moral (social), ao invés de apagá-lo e substituí-lo por um código moral ilegítimo, como sugeriam as teorias anteriores.

3 Criminalista norte-americano, conhecido por suas teses sobre a perspectiva do controle social na delinquência juvenil.

4 O caso mais emblemático é o do traficante internacional João Estrella, retratado no livro **Meu Nome Não é Johnny**.

5 Beccaria, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, p. 52.

as penas previstas, *in abstracto*, para o tráfico ilícito de entorpecentes. Este fato demonstra nítido desconhecimento acerca da lei penal por aqueles que deveriam sabê-las de cor, por força do “ofício” que exercem. Portanto, a ignorância pode ser um dos elementos a explicar a alta incidência do delito na sociedade brasileira.

Numa sociedade com mentalidade hierárquica, como no Brasil, é comum que se busque o dinheiro com vistas a que se receba melhor tratamento, vantagens e dividendos sociais⁶. A aquisição desse *status* é buscada a qualquer custo. No caso do tráfico ilícito de drogas, considerada a margem de lucro auferida, o resultado excepcional é obtido em muito pouco espaço de tempo. Não há, por parte desses empreendedores, normalmente muito jovens, a análise do risco do empreendimento. Como também não há qualquer preocupação com o malefício que sua atividade proporciona, num primeiro momento ao consumidor e, ao depois, aos setores de saúde pública, que gastam milhões em recuperação de dependentes, muitas vezes sem sucesso. E quando se trata de dependência química, causada pela cocaína, a questão ganha cores ainda mais especiais.

Acerca da nocividade do cloridrato de cocaína, substância que escraviza, que aniquila o usuário e destroça sua família, amplamente difundida tanto nos morros quanto nas várzeas, e cuja comercialização proporciona lucros estratosféricos, há muito a ser dito.

A cocaína é substância bastante mais danosa à saúde do que outras também ilícitas. Aliás, segundo sérios estudos médicos, a mais danosa que há. E os especialistas são unânimes em reconhecer e apontar esta realidade, sem divergências.

Os pesquisadores S.H. Cardoso e R.M.E. Sabbatini, da Universidade Estadual de Campinas, sobre o assunto, assinalam que “a cocaína é a droga que mais rapidamente devasta o usuário. Bastam alguns meses ou mesmo semanas para que ela cause emagrecimento profundo, insônia, sangramento do nariz e coriza persistente, lesão da mucosa nasal e tecidos nasais, podendo inclusive causar perfuração do septo. Doses elevadas consumidas regularmente também causam palidez, suor frio, desmaios, convulsões e parada respiratória. No cérebro, a cocaína afeta especialmente as áreas motoras, produzindo agitação intensa. A ação da cocaína no corpo é poderosa, porém breve, durando cerca de meia hora, já que a droga é rapidamente metabolizada pelo organismo.”⁷

⁶ Almeida, Carlos Alberto. *A Cabeça do Brasileiro*, p. 79.

⁷ *Revista Cérebro & Mente* 3(8), jan/mar 1999 – Universidade Estadual de Campinas - SP.

De relatos científicos bastante consistentes, extrai-se a conclusão de que a cocaína apresenta fenômeno de tolerância bem definido e de estabelecimento rápido. Para obter os mesmos efeitos, o consumidor tem de usar doses cada vez maiores. A substância provoca danos cerebrais extensos ao cabo de apenas alguns anos de consumo. Estudos epidemiológicos denotam que esta droga é muito mais viciante que a maconha, o álcool ou o tabaco.

Não existe subjetividade quando há interrupção do uso. Os relatos são sempre os mesmos: depressão, muitas vezes grave, disforia (ansiedade e mal estar), perda acentuada da capacidade de aprendizagem, desregulação das funções motoras e distensão psicológica de alto grau.

O uso a longo prazo significará múltiplas hemorragias cerebrais, conduzindo à perda importante de neurônios e ao desenvolvimento de esquizofrenia e depressão profunda unipolar. Não são raras as notícias de *overdose*, que menos raro ainda, conduzem à morte dos consumidores deste entorpecente.

Havendo diferenças acentuadas entre as substâncias ilícitas que são habitualmente comercializadas, sob o ponto de vista de sua malignidade, o artigo 42 da Lei 11.343/06 determina ao Juiz – e não apenas o aconselha, recomenda ou solicita – que proceda ao agravamento das circunstâncias judiciais nas hipóteses de tráfico de drogas chamadas pesadas. Inclusive, com preponderância sobre aquelas outras circunstâncias, previstas pelo artigo 59 do Código Penal. A agressividade da droga traficada passa a ser elemento taxativo a ser verificado na primeira etapa do procedimento trifásico de dosimetria. A culpabilidade, conceito jurídico tradicionalmente vago, abstrato e indefinido, agora tem um vetor concreto que, caso verificado, fará com que a pena-base seja fixada em patamar distanciado do mínimo legal previsto para a hipótese. Obrigatoriamente.

Vale dizer: não se pode punir o tráfico de substâncias mais lesivas e viciantes da mesma forma como se puniria a mercancia de substâncias menos danosas. Diria que é, acima de um mandamento legal, uma questão de proporcionalidade. A doutrina mais moderna em campo algum discorda ou combate esta diretiva legal. Antes, a abraça às largas, por entender, como não poderia deixar de ser, que a nocividade da droga deve ser punida com maior rigor.

Com efeito, Alexandre Bizzotto escreve que “quanto maior a capacidade da droga de viciar e causar estrago no consumidor, maior deverá ser a intensidade na aplicação da pena.” E remata: “Ambas as ponderações de

preponderância são adequadas para se conceder uma proteção diferenciada para a problemática das drogas.”⁸

O magistério de Isaac Sabbá Guimarães não discrepa, ao explicar que “o exame da natureza da substância ou produto visará, segundo podemos depreender, a definir o grau de periculosidade que representa para o bem jurídico saúde pública.”⁹ Neste mesmo sentido caminha Sérgio Ricardo de Souza, ao cotejar os artigos 59, do Código Penal e 42 da nova lei. Após criticar a desnecessidade da edição deste último porque, em *ultima ratio*, o vetusto 59 já permitiria o agravamento da reprimenda pela qualidade da droga, com o que não há como deixar de concordar, pontifica que o legislador “preferiu ser mais específico e deixou claro que a natureza, ou seja, se é droga natural ou sintética, se causa dependência física ou dependência psíquica, bem como a quantidade da substância devem ter especial destaque na fixação das penas cabíveis.”¹⁰

Desse entendimento os Tribunais Superiores não discrepam. O Superior Tribunal de Justiça, por mais de uma vez, avaliou a questão, sempre afirmando o que a lei determina¹¹.

Contudo, o que se tem visto mais próximo de nós, em diversos julgados, mui lamentavelmente, é o descumprimento desta regra tão clara quanto relevante. E este injustificável descumprimento prende-se no mais das vezes à chamada cultura da pena mínima, o que é extremamente preocupante. Preocupante porque é ela malsinado fruto da má interpretação das circunstâncias judiciais, resultando em distorções e injustiças de difícil entendimento e reparação. Mas, sobretudo, porque é a ressurreição da velha máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios¹²: em virtude da precaríssima situação dos presídios, algo que não se pode negar que ocorra neste e noutros Estados, se buscam soluções à margem da lei, sem que se dê conta do perigo extremo que isto representa, para falar o mínimo, em termos de segurança jurídica.

A natureza da droga traficada é elemento de variação da culpabilidade e, como tal, não pode ser desconsiderada pelo julgador. Afinal, não

8 **In Nova Lei de Drogas:** Comentários à Lei nº 11.340, de 23 de agosto de 2006, Lúmen Júris Editora, 2007, p. 99.

9 **Nova Lei Antidrogas Comentada**, Juruá, 2008, p. 152.

10 **Nova Lei Antidrogas** (Lei nº 11.343/2006) Comentários e Jurisprudência, Impetus, 2007, p. 77.

11 **HABEAS CORPUS:** HC 204213 ES 2011/0087104-6, STJ - **HABEAS CORPUS:** HC 163677 SP 2010/0034538-1, STJ - **HABEAS CORPUS:** HC 139196 PE 2009/0114101-6, STJ - **HABEAS CORPUS:** HC 144631 RJ 2009/0157207-2, STF, **HC 94655, Relatora, Ministra Carmen Lúcia.**

12 Maquiavel defendia a tese de que, para ser bem-sucedido, o governante deveria equilibrar a Virtude e a Fortuna, a fim de assegurar seus interesses políticos e de poder. No entanto, para que o equilíbrio fosse possível, o pensador sugeriu que os valores morais impostos pela fé e pela sociedade não poderiam restringir a ação do rei. Com isso, promoveu a cisão entre Moral e Política, tecendo sua célebre frase, em que pregava a ideia de que os fins justificam os meios.

consta que o referido artigo 42 tenha sido derogado, ou tenha tido sua inconstitucionalidade declarada sob efeito *erga omnes*, para que seja desconsiderado sem cerimônia, como ocorre por vezes.

Desnecessário deve ser rememorar que o primeiro dos deveres do magistrado é cumprir e fazer cumprir as disposições de lei, a teor do que dispõe o artigo 35, I, da LOMAN. Não deve se sentir, o juiz, a cavalheiro para negar-lhe vigência apenas por não concordar com seus termos, ainda que suas razões sejam as mais nobres e fecundas. Deve simplesmente cumpri-la, posto não lhe haver sido outorgada a função legislativa típica.

Ninguém imagina que o juiz se negue, *v.g.*, à homologação de suspensão condicional do processo oferecida pelo Ministério Público ao autor de crimes graves, como são o furto ou o estelionato, apenas porque não concorde que a lei admita a benesse a tais (verdadeiramente) abjetas condutas. Mesmo angustiado, deverá o juiz dar passagem ao comando legal, deixando proscritas as suas convicções pessoais acerca do acerto ou do desacerto da obra do legislador. Angustiar-se pode. Criticar, pode¹³. Descumprir, não.

Tudo isso, a partir de um prisma meramente formal. Mas há mais. É verdadeiramente injusto punir o traficante de drogas leves com o mesmo rigor com que se pune aquele que comercializa drogas pesadas. E o legislador enxergou isto sem dificuldades, assim como os Tribunais Superiores. Ao fazê-lo, o juiz fere a individualização da pena e ignora a isonomia material, que se identifica como mandamento constitucional inarredável. Portanto, negar vigência ao artigo 42 retratado é algo antijurídico, mas também, injusto.

Prende-se, como dito, a análise desta circunstância, ao elemento de culpabilidade, entendida como medida da reprovabilidade do atuar desvalorado. Ignorando a aplicação do artigo 42 da lei antidrogas sem qualquer razão ou fundamento plausível para isto, não se estará fazendo mais do que relegar a último plano a mais importante das circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59 do Código - como tal erigida pelo legislador, ao apresentá-la em primeiro lugar na norma em comento. Nada mais equivocado. Nada mais injusto.

*“Todos os culpáveis serão punidos, mas aqueles que tiverem um maior grau de culpabilidade, receberão, **por justiça**, uma pena mais severa”.*¹⁴

13 Artigo 36, III, LOMAN.

14 Feliz intervenção de Fernando Capez, *In Curso de Direito Penal*, I Volume, 11a. edição, p. 440.

Trabalhando sobre o conceito de culpabilidade, não como pressuposto de aplicação da pena, mas como medida de reprovabilidade, Rogério Greco chama a atenção de que o juiz deverá encontrar a pena justa. E, para tanto, o artigo 59 lhe determina que analise, em primeiro plano, antes de mais nada, a culpabilidade do agente.¹⁵

No mesmo e exato diapasão está Damásio, sempre atual, quando explica que “na fixação da sanção penal, sua qualidade e quantidade estão presas ao grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade).”¹⁶ A observação desta regra, positivada no sistema de dosimetria penal, auxilia o juiz a encontrar a pena justa. Imaginar que apenas os antecedentes possam dar a medida da pena justa é, além de ilegal, ingênuo. Os antecedentes criminais são um parâmetro incerto, que dificilmente revelará uma radiografia fiel do destinatário da sanção penal. Sem embargo, há quem advogue até mesmo a inconstitucionalidade desta proposição, já que, ao reconhecer o mau antecedente para exasperação da pena, a bem da verdade o apenado estará sendo punido duas vezes pelo mesmo crime.

Se a culpabilidade da conduta (sempre analisada sob o ponto de vista objetivo, posto não se estar falando sobre periculosidade) desborda do comum, deve ela ser reconhecida, com reflexos penais relevantes, a fim de que se guarde proporcionalidade com aquelas condutas que, efetivamente, possuam culpabilidade mais baixa. Se o que se busca é a pena justa, este é um dogma inafastável. Cuida-se, no mais amplo espectro, de se observar a igualdade material apregoada por cânone constitucional intangível.

A individualização da pena - o que deve ser sempre um procedimento trabalhoso - é, ao lado do contraditório e da ampla defesa, acima de tudo, um direito de determinado apenado naqueles autos em que sua conduta é julgada. Mas não só dele. E não só naqueles autos. Curioso, mas é também direito de todos os demais apenados cujas condutas foram - e serão - por aquele mesmo juiz julgadas, na exata medida em que todas as sentenças proferidas por um mesmo órgão devem manter entre si estrita e estreita proporcionalidade e correlação. Nivelar a todos, por cima ou por baixo, tanto faz, é trabalhar com dois pesos e duas medidas. Algo com que um juiz cômico de suas responsabilidades jamais pode concordar. ❖

15 **Curso de Direito Penal**, I Volume, 12a. edição, p. 536.

16 Jesus, Damásio Evangelista de, **Direito Penal**, Parte Geral, Saraiva, 1990, p. 507.