

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GEORGIA LARANJA GONÇALVES DOS ANJOS BRANDÃO

**PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE: UMA ANÁLISE DA
CORRESPONSABILIDADE ESTATAL NA PRÁTICA DOS
CRIMES LIGADOS AO TRÁFICO DE DROGAS**

VITÓRIA
2017

GEORGIA LARANJA GONÇALVES DOS ANJOS BRANDÃO

**PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE: UMA ANÁLISE DA
CORRESPONSABILIDADE ESTATAL NA PRÁTICA DOS
CRIMES LIGADOS AO TRÁFICO DE DROGAS**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito apresentado à Faculdade de Direito de Vitória– FDV como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, orientado pelo prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA
2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO SOBRE O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS	07
1.1 CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS	07
1.2 A QUESTÃO DO CONSUMO PESSOAL	12
1.3 TRÁFICO DE DROGAS E O SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL	16
2. TEORIA DA NORMA PENAL	20
2.1 TEORIA DO DELITO	20
2.2 AS DIMENSÕES DA CULPABILIDADE	21
2.2.1 O princípio da coculpabilidade	24
3. COCULPABILIDADE E O TRÁFICO DE DROGAS	28
3.1 ANÁLISE DA COCULPABILIDADE À LUZ DA REALIDADE NAS COMUNIDADES PERIFÉRICAS	28
3.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	31
3.3 JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL	33
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	39

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade de corresponsabilização do Estado pelo cometimento dos crimes de tráfico de drogas, se utilizando, para isso, do método histórico-dialético. Trata-se, na verdade, de observar a possibilidade de aplicação do chamado princípio da coculpabilidade, apenas no que diz respeito aos crimes motivados por razões socioeconômicas, ou seja, nos casos em que a omissão estatal se mostra evidente de forma a influenciar na prática desses ilícitos. Cabe dizer que a pesquisa apresenta cunho bibliográfico, nesse sentido, em um primeiro momento, deverá ser feita análise do crime de tráfico por meio da Lei 11.343/06 e dos reflexos dessa legislação no sistema penitenciário brasileiro, em um segundo momento, será feito um breve estudo da teoria da norma penal, mais especificamente no que diz respeito ao instituto da culpabilidade e, por fim, um exame da relação entre a coculpabilidade e sua aplicação no tráfico de drogas à luz da realidade nas comunidades periféricas. Busca-se, dessa forma, um meio de aplicação do princípio no ordenamento jurídico e, após isso, uma pesquisa da sua real utilização na jurisprudência nacional.

Palavras-chave: coculpabilidade; tráfico de drogas; corresponsabilização.

INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos as substâncias entorpecentes sempre se fizeram presentes ao longo da história da humanidade, não só para a pura obtenção de prazer, mas também como ferramentas da religião, da medicina e da cultura nas mais diversas sociedades.

O conceito de droga de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS) é “qualquer substância que introduzida no organismo interfere no seu funcionamento”. Sendo assim, do mesmo modo que são consideradas drogas a cocaína ou a maconha, também deveriam ser considerados o álcool ou tabaco e até mesmo o café, mas, em sentido contrário, essas últimas são comumente utilizadas.

No entanto, a partir de 1945, após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), inicia-se uma onda internacional de implantação de políticas de controle das drogas. Assim, em 1962, o então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, utiliza pela primeira vez o termo “Guerra às drogas”, tal política representa ainda nos dias atuais uma grande ofensiva de combate às drogas.

Em que pese exista uma forte proibição, parece impensável imaginar que algum dia a humanidade seja capaz de erradicar as substâncias entorpecentes. Não só pelo fato de serem consumidas em diversos campos da vida em sociedade, mas também porque o tráfico de drogas se mostrou uma atividade extremamente lucrativa, existindo para muitos como uma verdadeira fonte de sustento.

O tráfico é uma prática naturalizada em grande parte das comunidades periféricas no Brasil, sendo que muitas vezes o comando das drogas substitui (ou tenta substituir) a presença estatal na região, prestando todo tipo de auxílio aos moradores que ali residem, diante da omissão do Estado em prestar o seu papel.

Pode-se, afirmar que a ausência da presença do Estado nessas comunidades contribuiu enormemente para o surgimento dos comandos do tráfico nessas regiões. Os moradores que nunca tiveram acesso aos serviços de saúde, de educação e

tampouco de transportes só conhecem a atuação estatal quando da aplicação de seu Poder Punitivo.

Dessa forma, cabe indagar: é possível corresponsabilizar o Estado pelo cometimento dos crimes de tráfico de drogas nos casos em que houve evidente omissão estatal em garantir os direitos mais básicos aos cidadãos?

Nesse sentido, a presente pesquisa, em um primeiro momento, examinará a Legislação referente ao crime de tráfico de drogas, tratando de forma sucinta as questões que giram em torno do artigo 33 da Lei 11.343/06, para isso utilizar-se-á como referencial teórico o autor Salo de Carvalho com a obra A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.

Após isso, ainda no primeiro capítulo, será feita análise da questão do uso de drogas para consumo pessoal e da discussão em torno da sua despenalização e, por fim, um diagnóstico dos reflexos da Legislação de Drogas atual no sistema penitenciário nacional.

Já o segundo capítulo, de cunho mais dogmático, tratará, a princípio, da teoria do delito, explorando o entendimento doutrinário acerca do tema. Após, analisaremos mais especificamente o instituto da culpabilidade e as suas nuances para, ao final, conceituar o princípio da coculpabilidade que é o cerne da presente pesquisa.

No terceiro e último capítulo o trabalho focará na ligação entre o princípio da coculpabilidade e o tráfico de drogas a partir da análise da coculpabilidade à luz da realidade nas comunidades periféricas. Após isso, necessário falar sobre a possibilidade de aplicação do princípio no ordenamento jurídico para, por último, desenvolver breve pesquisa acerca da sua aplicação jurisprudencial.

1 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO SOBRE O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

1.1 O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Além do Código Penal existem inúmeras outras Legislações que também criam crimes novos, esse processo de instituição de Leis que versam sobre matérias específicas e maximizam as possibilidades de incriminação é consequência do fenômeno chamado descodificação.

Para Salo de Carvalho a descodificação penal tem seu marco com a edição da Lei 6.368/76 (antiga Lei de Drogas), a partir de então, segundo ele, “redefine-se a própria técnica legislativa empregada no processo de esvaziamento do direito penal e processual penal codificado” (CARVALHO, 2016, p. 255).

Zaffaroni entende que as legislações especiais são um “*mal endêmico, [...] cuya proliferación acarrea um enorme componente de inseguridad jurídica*”, isso porque a formação das legislações especiais cria sistemas jurídicos paralelos ignorando as bases principiológicas positivadas nos Códigos (ZAFFARONI, 1982, p. 147).

Um exemplo disso é a Lei 11.343/06, também conhecida como a Lei de Drogas, nesse sentido, no que tange à Lei de Drogas, dentre os crimes nela definidos, está o crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, é o que segue:

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.

O crime de tráfico de drogas é considerado um tipo penal de ação múltipla ou de conteúdo variado, em que em um único crime é tipificado mais de uma conduta, nesse caso, o artigo descreve 18 ações, “hipótese em que, se houver a realização de mais de uma ação (v.g. adquirir a droga, transportá-la e vendê-la num mesmo

contexto de ação), configurar-se-á um só e único delito” (QUEIROZ, 2015, p. 216-217).

Ao observar os verbos nucleares do tipo, percebe-se uma grande desproporcionalidade na escolha das condutas, isso porque, o mesmo artigo prevê ações como *importar; exportar; preparar; produzir; fabricar* e *vender* e também prevê ações de *adquirir; oferecer; trazer consigo; guardar; entregar a consumo e fornecer drogas, ainda que gratuitamente*. Resta claro que as últimas condutas em comparação com as primeiras possuem um menor potencial ofensivo.

Pode-se conceituar esse fenômeno como uma “punibilidade indiscriminada” (CARVALHO, 2016, p. 266), haja vista que situações claramente distintas serão punidas de forma idêntica. Foi uma opção legislativa que acabou por criar um leque de situações bastante diversificadas que podem ser enquadradas em um mesmo crime.

É o caso de dois amigos que compram um cigarro de maconha e saem juntos para usar, no momento em que um passa o cigarro para o outro se configura o crime de tráfico de drogas, isso porque um sujeito *ofereceu* droga para outrem consumir.

No entanto, no que diz respeito a essa situação em específico, existe previsão diferenciada do §3º do art. 33 da Lei, que é a figura conhecida por alguns como tráfico privilegiado. Essa modalidade de tráfico é uma infração de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima não ultrapassa 02 anos (detenção de 06 meses a 01 ano), na forma do artigo 61 da Lei 9.099/95.

Durante a vigência da Lei revogada havia discussão sobre o enquadramento da conduta daquele que cede gratuitamente droga a terceiro, “hoje a tormentosa questão parece resolvida, prevendo a nova Lei tipo específico, equiparado ao tráfico (art. 33, §3º), porém de menor potencial ofensivo” (GOMES, 2007, p. 195).

Desse modo, cabe dizer que para configurar o crime do parágrafo 3º do artigo 33 é preciso agir sem o objetivo de lucro e com intenção de consumo conjunto com pessoa de seu relacionamento, o que muito se assemelha à modalidade do artigo

28- consumo pessoal, por isso, é razoável crítica no sentido da sua disposição junto às outras condutas de tráfico.

Destarte, quando se imagina o crime de tráfico de drogas a primeira imagem que vem à mente é *vender*, isso porque nos parece que a prática desse tipo de crime está intimamente ligada a aspectos econômicos, e talvez esteja, mas, ao contrário do que a maioria pensa, até mesmo *adquirir* drogas configura o crime, sem que para isso tenha que se obter qualquer tipo de lucro.

Essa é uma das maiores críticas feitas à lei 11.343/06, o dolo genérico do artigo 33, ou seja, a ausência de um especial fim de agir da conduta.

No que diz respeito ao art. 33, por não existir referência específica à intencionalidade da ação, estaria caracterizado o delito independentemente de sua destinação ao comércio ilícito, sendo prescindível, inclusive, a mercancia e a efetivação da entrega (*traditio*) da droga, segundo consolidou a jurisprudência (CARVALHO, 2016, p. 265).

Em comparação, o artigo 28 da Lei traz consigo a finalidade da conduta, qual seja: “para consumo pessoal”, e é essa a única forma de se diferenciar os artigos 28 e 33, assim, qualquer conduta que não se enquadre como consumo pessoal, será considerado tráfico, independentemente de haver finalidade de lucro.

No entendimento de Luiz Flávio Gomes, para se definir a conduta não é suficiente analisar somente a quantidade ou qualidade da droga, mas devem ser analisados ainda fatores como “o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente (art. 52)” (GOMES, 2007, p. 182).

Essa situação fica mais evidente quando daquelas condutas que tanto aparecerem no artigo 33 quanto no artigo 28, são elas: *adquirir; ter em depósito e trazer consigo*. Assim, não ficando demonstrada a intenção de consumo pessoal, “qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta ao art. 33, decorrência da generalidade, abstração e universalidade do dolo” (CARVALHO, 2016, p. 269).

Na prática se observa que a obrigação de provar essa finalidade especial, ou seja, de provar que a droga se destinava ao uso pessoal fica a cargo do autor, em uma clara inversão do ônus da prova, “eximindo a acusação do dever processual imposto pela Constituição” (CARVALHO, 2016, p. 270).

Cuida-se de analisar que o artigo 33 da Lei se trata de uma norma penal em branco, tendo em vista que seu conteúdo (no que diz respeito ao preceito normativo primário) está incompleto e necessita de outro dispositivo para sua complementação, o que muitas vezes é feito por dispositivos de cunho extrapenal.

Assim, “sua eficácia fica condicionada às normas [...] que lhes complementam o significado e conteúdo exatos, esclarecendo [...] quais são as drogas que determinam dependência física ou psíquica” (QUEIROZ, 2015, p.140).

No tocante ao tráfico de drogas, o complemento não vem de uma Lei, mas de uma fonte normativa diversa, já que a norma que define quais as substâncias que são sujeitas a controle especial é uma portaria da ANVISA, a nº 344 de 12 de maio de 1998, é o que preceitua o artigo 66 das Disposições Finais e Transitórias da Lei¹:

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.

Verifica-se, pois, as chamadas normas penais em branco de natureza heteróloga. Desta feita:

Há autêntico tipo penal em branco quando a norma, apesar de descrever a ação típica com seus elementos essenciais e cominar a respectiva pena, remeter, explícita ou implicitamente, a complementação do preceito primário incriminador a uma outra de mesmo grau hierárquico (homogênea) ou de grau inferior (heterogênea) (QUEIROZ, 2015, p.79).

Muito se discute sobre a (in)observância do princípio da reserva legal nesse tipo de norma, isso porque, mesmo que o ato do executivo, nesse caso, a portaria da

¹ BRASIL. **Lei nº. 11.343**, de 23 de ago. de 2006. Casa Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 ago. 2006.

ANVISA, não atenda ao procedimento regular de criação da lei penal, criará, ainda assim, uma norma com efeitos incriminadores.

Nilo Batista, no que tange à reserva legal faz diferenciação entre uma reserva absoluta e uma relativa. À luz da primeira, é possível falar em inconstitucionalidade da norma penal em branco de natureza heteróloga.

A concepção da “reserva absoluta” postula que a lei penal resulte sempre o debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança jurídica, cumprindo à lei proceder a uma “integral formulação do tipo”; dessa forma, só a lei em sentido formal poderia criar crimes e cominar penas, com “a obrigação de disciplinar de modo direito a matéria reservada”. A concepção de reserva relativa nega o monopólio do poder legislativo em assuntos penais e admite que a matéria da proibição possa ser parcialmente definida por outras fontes de produção normativa, cabível que o legislador estabeleça estruturas gerais e diretrizes, a serem complementadas, as primeiras com observância das segundas, pelo regulamento (BATISTA, 2011, p.70).

Em contrapartida, faz-se necessário ponderar que a Lei deixa a cargo do legislativo apenas elementos que tratam de conhecimentos específicos o qual o legislador não dispõe, e por isso, necessária complementação de quem detenha esse tipo conhecimento técnico.

Assim, é que, diante de tudo o que foi falado sobre a estrutura normativa da Lei 11.343/06, entende Salo de Carvalho ser essa técnica legislativa efeito da descodificação.

[..] Nota-se como característica da técnica legislativa utilizada no direito penal pós-codificação, a constante utilização de preceitos em branco, de tipos penais vagos e de qualificações genéricas de condutas, sob a justificativa de que permitiriam maior flexibilidade, proporcionando mecanismos de atualização e sintonia do sistema punitivo com os avanços tecnológicos, mormente aqueles ocorridos no campo de produção das drogas ilícitas (CARVALHO, 2016, p. 255).

A utilização de inúmeros verbos nucleares, preceitos penais em branco e expressões vagas e genéricas são alguns dos exemplos dos malefícios desse tipo de técnica, que acabando “acentuando rupturas com a base garantista do direito penal” (CARVALHO, 2016, p. 256).

Por fim, cabe fazer pequena ressalva sobre caráter repressivo da Lei de Drogas atual em comparação com a Lei Revogada, no que diz respeito apenas ao crime de tráfico de drogas.

Assim ao se analisar a pena imputada ao crime de tráfico quando do artigo 12 da Lei 6.368 de 1976, observa-se uma mudança, se antes a pena era de reclusão mínima de 03 anos e máxima de 15, em 2006, com o artigo 33 da Lei 11.343, passou a ser mínima de 05 e máxima de 15 anos de reclusão. Um aumento considerável da pena mínima tendo em vista se tratar do mesmo crime.

Importa dizer que, em comparação, o homicídio simples do artigo 121 do CP é sancionado com pena de reclusão de 06 a 20 anos, uma evidente desproporcionalidade, tendo em vista os bens jurídicos- “valor da vida humana ou social” (FRAGOSO, 1995, p.145) protegidos pelos dois artigos.

No caso do artigo 33 da Lei de Drogas “o bem jurídico protegido é a saúde pública (tutela imediata) e a saúde individual de pessoas que integram a sociedade (tutela mediata)” (GOMES, 2007, p.178), em contrapartida, o bem jurídico protegido pelo artigo 121 do CP é a vida humana, restando evidente que não merecem uma sanção praticamente na mesma medida.

1.2 A QUESTÃO DO CONSUMO PESSOAL

Ainda no que diz respeito às modalidades do artigo 33 e do artigo 28 da Lei de Drogas, cumpre destacar grande diferença de tratamento penal dado aos dois artigos, fato esse que torna ainda mais complexa a questão da classificação de condutas como tráfico de drogas ou como porte para consumo pessoal.

Enquanto o crime de tráfico de drogas é apenado com reclusão de 05 a 15 anos, a infração do artigo 28 prevê penas de: *advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a*

programa ou curso educativo as duas últimas a serem executadas no prazo máximo de 05 meses.

A disparidade das penas previstas para cada artigo corresponde ao mínimo e máximo da possibilidade da resposta penal dentro da mesma Lei (CARVALHO, 2016, p. 261).

Nesse sentido, ilustra Renato Brasileiro de Lima:

Em substituição à linha repressiva adotada anteriormente, a nova Lei de Drogas afasta a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Trabalha-se, em síntese, com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão (LIMA, 2014, p. 687-688).

Desse modo, diante da exclusão da previsão de pena privativa de liberdade, convém por em relevo divergência sobre a possibilidade de uma descriminalização do artigo 28 quando da entrada em vigor da Lei 11.343, em 2006, tendo em vista que com a Lei 6.368/76 o então artigo 16 estabelecia pena de detenção de 06 meses a 02 anos para a mesma conduta.

É esse o entendimento de Luiz Flávio Gomes², que entendeu ser o artigo 28 uma infração *sui generis*, já que a Lei prescreveu somente penas alternativas, o que, segundo ele, descaracterizaria o artigo como um crime e também como uma contravenção penal.

Ora, se legalmente (no Brasil) “crime” é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser “crime” do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa) (GOMES, 2007).

² GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para uso pessoal. Migalhas, 05 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI33969,11049-Nova+lei+drogas+descriminalização+da+posse+de+drogas+para+consumo>>. Acesso em: 18 set. 2017.

Desse modo, defende ter havido uma descriminalização formal, ou seja, o artigo 28 teria perdido sua característica de crime no sentido formal, porque não mais corresponde ao que dispõe o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal: crime é “a infração penal a que a Lei comina pena de reclusão ou detenção...”.

No entanto, para ele, continua a ser um ilícito, não podendo se falar em legalização, uma vez que nessa hipótese não existiria qualquer tipo de sanção a conduta, o que não foi o caso (GOMES, 2007).

Em contrapartida, o que alguns defendem ter sido uma descriminalização, posicionamento mais razoável seria de “ampliação das hipóteses de conformação típica, e considerável abrandamento punitivo” (MARCÃO, 2014).

Na mesma linha, Paulo Queiroz entende pela manutenção da criminalização do artigo 28, tendo havido para ele uma simples despenalização.

E que o legislador tratou, formalmente, o uso de droga como crime, é fora de dúvida. Primeiro, porque o art. 28 faz parte do Capítulo III, que tem como título “Dos Crimes e das penas”; segundo, porque o conceito legal de crime dado pela Lei de Introdução ao Código Penal (art.1º) está há muito superado, seja porque a lei especial pode criar conceito diverso de infração penal (como agora o fez), seja porque a Constituição, que lhe é posterior, previu novas espécies de pena (CF, art. 5º, XLVI). Note-se, a propósito, que a aludida Lei de Introdução (de 1941) foi editada na vigência da Constituição de 1937 (QUEIROZ, 2015, p.180).

Segundo ele, o que de fato define um crime são seus “pressupostos legais formais” e não a pena a ele imputada, assim, o legislador é livre para criar outras modalidades de pena, já que rol constitucional não esvazia a possibilidade de criação e tampouco o 1º da Lei de Introdução (QUEIROZ, 2015, p.180-181).

Essa questão se viu pacificada em 2007, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ, em que o STF deixou claro não ter havido *abolitio criminis* da posse de drogas para consumo pessoal.

[...] O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º; e L. 9.605/98, arts. 3º; 21/24) da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda

infração penal (RE 430105, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe de 27/04/07).

É o entendimento do informativo nº 456 de 28 de fevereiro de 2007 elaborado a partir de notas das sessões de julgamento.

Art. 28 da Lei 11.343/2006 e Despenalização

A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas” (RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007).

Restou claro, portanto, que houve, na verdade, uma despenalização, o que, não configuraria descriminalização do uso das drogas, pois o entendimento que hoje prevalece é de que a previsão de penas alternativas não descaracteriza um fato com sendo crime.

Ultrapassada essa questão, importante rápido registro acerca da criminalização do consumo pessoal de drogas à luz do princípio da lesividade.

Sobre essa questão, o que não resta claro são os prejuízos que a conduta do artigo 28 possa causar aos bens jurídicos de terceiros (abstratamente considerado como a saúde pública) que justifiquem a sua criminalização, tendo em vista o risco de

“incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor” (BATISTA, 2011, p. 90). É o que versa Nilo Batista:

[...] O mesmo fundamento veda a punibilidade da autolesão, ou seja, a conduta externa que, embora vulnerando formalmente um bem jurídico, não ultrapassa o âmbito do próprio autor, como por exemplo o suicídio, a automutilação e o uso de drogas. No Brasil, o artigo 28 da lei nº 11.343, de 23.ago.2006, incrimina o uso de drogas, em franca oposição ao princípio da lesividade e às mais atuais recomendações político-criminais (BATISTA, 2011, p.90).

Dessa forma, entende-se acertada, mesmo que tímida, a decisão de mudança da lei, já que não mais se afigura razoável imposição de pena privativa de liberdade para o crime de consumo pessoal de drogas- tampouco qualquer outro tipo de pena. Entende-se que a “criminalização de opções pessoais revela tendência, marcadamente moralizadora do direito penal” (CARVALHO, 2016, p. 346-347).

1.3 TRÁFICO DE DROGAS E O SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

À vista do exposto, mesmo diante da inovação do artigo 28, pode-se afirmar que a Lei 11.343/06 não trouxe mudanças significativas no que tange ao tratamento penal repressivo dado às drogas. Na verdade caminhou em sentido contrário se observamos a considerável majoração da pena do crime de tráfico.

Além disso, importante destacar que o crime de tráfico de drogas é considerado equiparado aos crimes hediondos na forma da Lei 8.072/90 e, por isso, insuscetível de anistia, graça e indulto e nem mesmo possível de ser arbitrado fiança³.

Assim, enquanto o artigo 112 da Lei de Execução Penal determina que a progressão de regime deve se dar com o cumprimento de pelo menos 1/6 (um sexto) da pena, no crime de tráfico de drogas a pena obrigatoriamente deve ser cumprida em regime

³ Cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu em decisão de *Habeas Corpus* que a inafiançabilidade do crime de tráfico não impossibilita a concessão de liberdade provisória. STF - HC: 104339 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/12/2012.

inicialmente fechado e a progressão somente pode acontecer após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena se o réu for primário ou 3/5 (três quintos) se reincidente.

Essa legislação ainda fundada na ideologia de combate às drogas não reduziu o número de crimes, o que só contribui para o aumento da população carcerária no país, assim, segundo pesquisa divulgada de 2017, realizada com dados dos Estados e Distrito Federal, de cada 03 (três) presos no Brasil 01 (um) responde pelo crime de tráfico de drogas⁴.

A situação no Estado do Espírito Santo segue a regra nacional, em setembro de 2015, 23,72% do total de presos do sexo masculino da região metropolitana respondiam pelo crime de tráfico e associação para o tráfico de drogas, já sobre as presas do sexo feminino a situação é ainda pior, 40,32% ingressaram no sistema pelos mesmos crimes na mesma região⁵ (DIRAJUSP; SEJUSES, 2015).

Conforme levantamento feito em dezembro de 2014 pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)⁶, a participação pelos crimes de tráfico de drogas é apontada muito provavelmente como a categoria “principal responsável pelo aumento exponencial das taxas de encarceramento no país e que compõe o maior número de pessoas presas” (INFOPEN, 2014).

Além disso, se considerados os crimes de roubo e tráfico sozinhos, eles correspondem a mais de 50% das sentenças das pessoas condenadas atualmente na prisão (INFOPEN, 2014).

⁴ VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne e REIS, Thiago. **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas**: Dados inéditos se referem a 22 estados; 5 não possuem os números. Com a Lei de Drogas, percentual de presos pelo crime foi de 8,7% em 2005 para 32,6% agora. **G1**, São Paulo, 03 fev. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

⁵ GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Secretária de Estado da Justiça. Informações Penitenciárias do Espírito Santo: 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/6e84a9b61e4a2da443a685be6b23afd2.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

⁶ BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFOPEN: 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

Ademais, em junho de 2014 o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), revelou que a população carcerária brasileira era de 711.463 (setecentos e onze mil e quatrocentos e sessenta e três) presos, a 3ª maior do mundo, e se considerados os mandados de prisão em aberto, a população carcerária passaria para mais de 01 milhão de pessoas⁷.

Essa tendência encarceradora como política oficial no país vai de encontro ao que defende grande parte da doutrina, é o que entende Heleno Fragoso.

Uma política criminal moderna, em consequência, orienta-se no sentido da descriminalização e da desjudicialização, ou seja, no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele retirando todas as condutas anti-sociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais. Trata-se de reduzir ao mínimo a aplicação do instrumento penal, procurando-se recorrer a outros meios de controle social (FRAGOSO, 1995, p.19).

Neste mesmo raciocínio, sobre as drogas e o cárcere, defende Luciana Boiteux.

[...] Pode-se concluir que o Brasil segue o modelo de controle penal de drogas inspirado nas convenções internacionais, mas sua legislação é caracterizada, por um lado, pelo enfoque preventivo e humanitário dado ao usuário, na linha da despenalização, com reconhecimento das políticas de redução de danos, consideradas muito avançadas e, por outro, destaca-se o tratamento punitivo exacerbado ao traficante de drogas, sujeito a penas altas, sem que haja uma distinção legal clara entre essas duas figuras, levando a uma maior representatividade dos pequenos varejistas nas prisões brasileiras (BOITEUX, 2014, p. 92).

Tendo em vista que os crimes ligados às drogas são a principal causa de entrada no sistema penitenciário brasileiro, é possível dizer que essa política repressiva não mais se sustenta nos dias atuais.

Devem ser observadas não só as questões econômicas, já que o custo com um preso no Brasil é o maior da América Latina, cerca de 670 (seiscentos e setenta) dólares por mês⁸, mas também questões humanitárias, uma vez que o sistema

⁷ CIDADANIA nos presídios, CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 18 set. 2017.

⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Série ação parlamentar, n. 384. Edições Câmara, 2009. Disponível em <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 14 set. 2017.

penitenciário nacional em 2014 já operava com um déficit de 354.000 (trezentos e cinquenta e quatro mil) vagas⁹, situação essa que contribui cada vez mais para violência e precariedade dos presídios brasileiros.

⁹ CIDADANIA nos presídios, CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 18 set. 2017.

2 TEORIA DA NORMA PENAL

2.1 TEORIA DO DELITO

A teoria do delito é aquela que estuda os pressupostos responsáveis por classificar um determinado comportamento como sendo um crime, é, portanto, uma análise dos pressupostos jurídicos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Vale dizer, na visão de Bitencourt:

O conhecimento dos temas abrangidos pela teoria geral do delito é, por isso, extraordinariamente importante, pois somente através do entendimento dos *elementos que determinam a relevância penal de uma conduta*, e das regras que estabelecem *quem, quando e como* deve ser punido, estaremos em condições de exercitar a prática do Direito Penal (BITENCOURT, 2014, p. 261).

Diante disso, conforme entendimento doutrinário, o que faz uma determinada conduta ser enquadrada como crime é a vontade do legislador, ou seja, crime simplesmente é aquilo que a lei definir como crime. Assim, “do ponto de vista formal, crime, é, portanto, todo o fato que a lei proíbe sob a ameaça de uma pena” (QUEIROZ, 2015, p. 181-182).

Já sob o aspecto material, crime é um “*desvalor da vida social*” (FRAGOSO, 1995), ou seja, uma conduta socialmente reprovável cometida por um indivíduo capaz de gerar prejuízos à comunidade e, por isso, torna-se sujeita uma a sanção estatal.

“Segue-se que só faz sentido definir como delito condutas que não possam ser objeto (exclusivamente) de outras formas menos lesivas de prevenção e controle social” (QUEIROZ, 2015, p.181-182).

Além dos conceitos formal e material acima descritos, necessário também citar o conceito analítico, que propõe uma análise dos elementos estruturais do crime.

Em doutrina, cogita-se de conceito formal e material, bem como do conceito analítico de crime. O primeiro corresponde a *definição nominal* (relação de um termo àquilo que o designa); o segundo, a *definição real*, que procura estabelecer o conteúdo do fato punível. O conceito analítico, de grande

importância técnica, indica as características ou elementos constitutivos do crime (FRAGOSO, 1995, p.144).

Dessa forma, para a corrente clássica, que deu início aos estudos analíticos, o crime seria formado por um elemento subjetivo e outro objetivo, criando o chamado sistema bipartido (FRAGOSO, 1995, p.146).

O elemento objetivo do crime seria a ação ou omissão típica, ou seja, a conduta e o resultado correspondentes ao modelo legal do fato punível. O elemento subjetivo seria a culpabilidade, concebida como vontade criminosa (dolo) ou negligência (FRAGOSO, 1995, p.146).

No entanto, esse conceito se mostrou insuficiente, sendo necessária a inclusão de mais dois elementos nessa definição: a tipicidade e antijuridicidade. Assim, “o conceito analítico predominante passou a definir o crime como a ação típica, antijurídica e culpável” (BITENCOURT, 2014, p. 278). Formou-se o sistema tripartido.

Nesse sentido, importante dizer que uma ação é típica quando reflete uma norma penal, é antijurídica quando, mesmo que típica, não existe autorização para sua ocorrência e culpável quando o sujeito que a pratica tem consciência daquilo que realiza e por isso pode ser sancionado (FRAGOSO, 1995, p.146-147).

Com efeito, para que uma conduta seja considerada crime é preciso agregar todos os requisitos do sistema tripartido, por se tratar de um conjunto que não existe separadamente (FRAGOSO, 1995, p.147).

2.2 AS DIMENSÕES DA CULPABILIDADE

Nesse sentido, a culpabilidade, indubitavelmente, é um dos temas mais importantes da ciência jurídica penal, tema sobre o qual muitos autores já se debruçaram, mas que a discussão a respeito ainda se mantém atual (BITENCOURT, 2014, p. 436).

Diante disso, em termos gerais, a culpabilidade é entendida como “um *juízo individualizado* de atribuição de responsabilidade penal” (BITENCOURT, 2014, p. 436). Entende Zaffaroni, sobre o conceito normativo de culpabilidade, que:

Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é *culpável* quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não ter se motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p.539).

Esse é o produto da evolução de vários outros conceitos doutrinários.

Pode-se dividir a culpabilidade em algumas dimensões, nesse caso, será dividida em duas, a primeira se refere à culpabilidade como fundamento da pena- qualidade e a segunda se refere à culpabilidade como medição da pena- quantidade (BITENCOURT, 2014, p. 437).

No que diz respeito ao aspecto qualitativo, a culpabilidade se estabelece como um dos requisitos para se caracterizar um fato como crime- tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

É uma condição subjetiva, ou seja, um juízo de reprovação que recai sobre o autor de um fato típico e ilícito (SANTOS, 2006, p. 553).

Em primeiro lugar, a culpabilidade- como *fundamento* da pena- refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal (BITENCOURT, 2014, p. 437).

Para que exista, a culpabilidade como qualidade exige a presença de alguns requisitos, são eles: a imputabilidade, consciência da antijuridicidade e exigência de comportamento diverso. Assim, só é possível aplicar a sanção penal se os três requisitos estiverem combinados (BITENCOURT, 2014, p. 437).

Na culpabilidade, como imputabilidade (o autor é capaz de saber o que faz), como consciência do injusto (o autor sabe realmente o que faz) e como exigência de comportamento diverso (o autor tinha poder de não fazer o que fez) (SANTOS, 2006, p. 559).

Cabe destacar que enquanto a antijuridicidade é vista de forma objetiva, já que suas excludentes estão previamente previstas em lei, em sentido contrário, a culpabilidade deve ser analisada observando-se em cada situação em concreto se os seus requisitos constitutivos estão presentes (FRAGOSO, 1995, p. 196).

Portanto, nesse aspecto, a culpabilidade é um fundamento da pena, ou seja, é o meio que permite atribuir a responsabilidade de um sujeito por um fato cometido em desacordo com a lei.

Já no que diz respeito ao aspecto quantitativo, trata-se de culpabilidade como uma das circunstâncias judiciais, isto é, um parâmetro para a definição da quantidade de pena.

Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como *fundamento* da pena, mas como *limite* desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros fatores, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. (BITENCOURT, 2014, p. 437).

A culpabilidade como qualidade acaba por se transformar na culpabilidade como quantidade, uma vez que a primeira é necessária quando da criação da sentença criminal, enquanto a última deve ser utilizada no momento de aplicação da pena criminal (SANTOS, 2006, p. 553).

Assim, “[...] O *juízo qualitativo* da culpabilidade como **categoria do crime** se transforma no *juízo quantitativo* da culpabilidade como **medida da pena**- garantia individual excludente de excessos punitivos fundados em prevenção geral ou especial” (SANTOS, 2006, p. 555, grifos do autor).

Nesse sentido, a primeira fase para da dosimetria penal é a análise das circunstâncias judiciais, assim, para descobrir a pena base é preciso observar as circunstâncias presentes no artigo 59 do Código Penal e uma delas é a culpabilidade.

Em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes- segunda fase e por último, as causas de diminuição e aumento- terceira fase, tudo isso na forma do artigo 68 do Código Penal¹⁰.

Cálculo da pena

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Cabe destacar que o juiz deverá observar na primeira fase as circunstâncias que dizem respeito ao agente, como a culpabilidade, com exceção da de uma que trata da vítima que é a análise do “comportamento da vítima”.

Assim, de acordo com o artigo 59, a partir das circunstâncias o juiz será capaz de estabelecer: (i) as penas aplicáveis; (ii) a quantidade de pena aplicável; (iii) o regime inicial de cumprimento da pena e (iv) a possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade.

Resta claro, portanto, que esse aspecto da culpabilidade diz respeito ao cálculo da pena e isso deve ser feito observando-se a proporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção estipulada, tudo isso dentro limites previstos em Lei.

2.2.1 O princípio da coculpabilidade

Diante de tudo que foi colocado, cabe agora dizer que a culpabilidade não é um fenômeno isolado, ou seja, não deve ser encarada como um acontecimento que só diz respeito ao indivíduo autor de um crime (CONDE, 1985, p. 63).

Na verdade, a culpabilidade deve ser analisada de forma abrangente, isto é, de modo a observar todos os fatores que levam um indivíduo a cometer determinado crime. Nas palavras de Muñoz Conde:

¹⁰ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Saraiva, 2007.

La culpabilidad no es um fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción, sino uma característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es la sociedad, o mejor, la correlación de fuerzas sociales existentes em um momento determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad (CONDE, 1958, p. 63).

Entende-se, dessa forma, que a culpabilidade é um fenômeno multifacetado produzido na sociedade e, por isso, deve ser um ônus que a própria sociedade também tem que suportar, não devendo ser direcionado a apenas um indivíduo.

Essa é a ideia central da chamada coculpabilidade. Esse princípio cria a possibilidade de mitigar a reprovação de determinadas condutas ilícitas, tendo em vista a existência de outros fatores que também têm sua parcela de responsabilidade para o cometimento desses crimes.

Dessa forma, aplicar a coculpabilidade significa corresponsabilizar o Estado por crimes com motivações socioeconômicas. É o que versa Nilo Batista ao tratar da individualização da pena, entendida como “a exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina” (BATISTA, 2011, p. 101):

[...] Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é dado como essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhes a pena... (BATISTA, 2011, p. 102).

Assim, a responsabilidade estatal se dá em razão da omissão em garantir ao sujeito autor do delito os direitos mínimos que foram assegurados a todos os outros cidadãos. Essa falha do Estado inegavelmente foi prejudicial para esse indivíduo e deve ser corrigida de alguma forma, isto é, compensando-se o juízo de reprovação que será direcionado ao autor daquela conduta.

É o que Nilo Batista defende. Quando da responsabilização de um sujeito devem ser consideradas a sua “experiência social”, as “oportunidades” e a “assistência que lhes foi ministrada” de modo a observar a existência de eventual responsabilidade do Estado para a consumação do ilícito (BATISTA, 2011, p. 101-102).

Dito isso, parece solução apropriada dividir a responsabilidade com o Estado pelo cometimento de certos delitos, já que foi ele quem falhou com a obrigação de assegurar o mínimo de dignidade para esses cidadãos, ou seja, comprovada a responsabilidade do estado, a culpa não deve recair somente sobre o agente.

Por óbvio não são todos os delitos que devem ser compensados, mas aqueles que têm como causa fatores sociais, decorrentes da omissão estatal em promover as garantias humanas mais fundamentais. Conforme entendimento de Zaffaroni:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade- por melhor organizada que seja- nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento de reprovação de culpabilidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p. 547).

O que Zaffaroni preceitua é que a sociedade não é capaz de dar a todos os homens o mesmo grau de oportunidades, nesse sentido, alguns sujeitos têm um âmbito maior e outros menor de autodeterminação e isso influencia enormemente nas escolhas sobre suas condutas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p. 547).

Pode-se dizer que em muitas situações se o Estado não fosse omissivo na prestação de direitos aos cidadãos muitos não teriam delinquido, é uma relação de causa e efeito, portanto, a negligência estatal se estabelece como um fator de peso no cometimento dos crimes motivados por razões socioeconômicas.

Nesse sentido, o que se defende nada mais é do que a efetivação de um Estado Democrático de Direito, as prestações sociais pelo Estado não deveriam ser privilégio de alguns, mas direito de todos.

Cabe dizer que um dos objetivos da República, na forma do artigo 3º, I da CF, é “construir uma sociedade livre, justa e solidária”¹¹ e esse objetivo deve ser perseguido por todos e com muito mais razão pelos aplicadores do direito. O que se

¹¹ BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2007.

busca, portanto, é o respeito aos direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição Federal.

Cabe dizer que os princípios constitucionais devem ser base de aplicação de qualquer norma, uma vez que dispõem de efetiva eficácia jurídica, é o que entende Daniel Sarmiento ao tratar do fenômeno do neoconstitucionalismo:

E esta nova realidade se espraia para diversos ramos do direito. No direito civil, penal, administrativo, por exemplo, cada vez mais a doutrina emprega normas e valores constitucionais para reler os institutos tradicionais, colorindo-os com novas tintas. E trata-se não apenas de aplicar diretamente as normas constitucionais especificamente voltadas para cada uma destas áreas, como também de projetar sobre estes campos a influência dos direitos fundamentais e dos princípios mais gerais do nosso constitucionalismo, muitas vezes superando antigos dogmas e definindo novos paradigmas (NETO; SARMENTO, 2009, p.27).

Portanto, deve-se esperar que o Estado cumpra com suas funções sociais garantindo o mínimo de dignidade para os cidadãos mais desfavorecidos. É preciso imaginar um cenário em que os direitos humanos mais básicos não são violados, sem dúvidas, em situação como essa, a presença do crime se tornaria muito menor.

3 COCULPABILIDADE E O TRÁFICO DE DROGAS

3.1 ANÁLISE DA COCULPABILIDADE À LUZ DA REALIDADE NAS COMUNIDADES PERIFÉRICAS

A realidade brasileira nas comunidades periféricas na grande maioria das vezes se resume ao total descaso. São negados aos cidadãos os direitos mais básicos: desde infraestrutura- água, esgoto e energia elétrica, até oferta de serviços como coleta de lixo, ruas asfaltadas e oportunidades de empregos.

Aos moradores foram oferecidas poucas oportunidades, nunca existiram escolas públicas de qualidade, os postos de saúde eram distantes e o transporte público era superlotado, esses são alguns dos exemplos das dificuldades pelas quais muitos tiveram que passar.

Dessa forma, fruto desse ambiente com poucas oportunidades, essa parcela da população acaba por se tornar a mais afetada pelo desemprego, é o que versa a pesquisadora do instituto Oportunidade Pesquisa e Estudos Sociais (OPE), Danielle Nascimento¹²:

O desemprego não afeta todo mundo de forma igual. Ele é muito mais grave para quem não tem escolaridade. No primeiro momento da crise, quando as empresas iniciam os cortes de funcionários, as primeiras demissões são em cargos como serviços gerais. Quando as coisas melhoram e as empresas voltam a contratar, elas também optam por quem tem mais escolaridade. Ou seja, para quem não tem estudo, a saída do emprego é intensa e o retorno é mais difícil (NASCIMENTO, 2017).

Apesar da divergência quanto ao nascimento da instituição do “crime organizado”, não há dúvidas de que o tráfico se coloca como uma prática totalmente naturalizada nessas regiões, situação que não ocorre em outros bairros mais favorecidos. Nas comunidades viver sob a presença (e influência) do tráfico de drogas sempre foi situação rotineira.

¹² CAMPOS JR, Geraldo. 27,9 mil famílias voltam a ter renda no Estado: No entanto, em um a cada cinco lares capixabas, ninguém possui trabalho. Gazeta Online, Vitória, 23 out. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/10/27-9-mil-familias-voltam-a-ter-renda-no-estado-1014104565.html>>. Acesso em: 23 out. 2017.

Esse é o entendimento de Thiago Fabres de Carvalho:

Embora o “crime organizado” tenha surgido no Brasil, ou ao menos tenha sido percebido pela grande imprensa a partir do início da década de 80 do século XX, não significa que já não houvesse nas favelas a prática do comércio de drogas ilícitas, nem tampouco que esta se realizasse de forma absolutamente desorganizada, sem nenhum tipo de regra de conduta (TERRA; CARVALHO, 2015, p. 64).

Segundo pesquisa realizada na Grande Vitória, 126 bairros da região metropolitana (Cariacica, Vila Velha, Serra e Vitória) vivem sob as Leis do tráfico, que impõe inúmeras restrições aos moradores, desde a imposição de horário para as atividades cotidianas até um sistema de justiça particular¹³.

Nesse sentido, diante da omissão estatal, o tráfico substitui (ou tenta substituir) a própria presença do Estado nessas regiões, tendo em vista que a única forma de Estado conhecida por essas pessoas é o Estado Punitivista e não o Estado garantidor de direitos.

O comando do tráfico não é capaz de suprir a presença do Estado, mas quando um pai precisa de remédio para o filho doente ou quando uma dona de casa precisa de gás para fazer comida é ao comando do tráfico a quem eles recorrem é ele quem de fato ajuda os moradores. Essa situação é descrita em entrevista realizada com o traficante “Playboy” chefe do Complexo da Pedreira no Rio de Janeiro¹⁴:

Repare que interessante. Playboy, o líder do tráfico, um dos maiores ladrões de cargas do mundo, o homem acusado de uma dúzia de assassinatos, se incumbem de boa parte das tarefas que as pessoas (e os grandes teóricos da política moderna) esperam que sejam realizadas pelo estado. Garante o império da lei e o direito de propriedade no local onde detém o monopólio da violência, e mantém sua popularidade entre os moradores por meio da assistência social. O homem ainda se diz um “mal necessário”, a exata expressão usada por Hobbes em *Leviatã* (NARLOCH, 2015).

O que se observa é que o Estado falhou de tal forma com esses moradores que eles têm que depender das mesmas pessoas sob as quais eles vivem ameaçados.

¹³ MAIA, Ruhani; MUNIZ, Victor. “Tribunal do tráfico” ordena expulsões e mortes. Gazeta Online, Vitória. Disponível em: <<http://especiais.gazetaonline.com.br/trafico/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁴ NARLOCH, Leandro. Os traficantes e o império da lei nas favelas. Veja: Editora Abril, 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/cacador-de-mitos/os-trafficantes-e-o-imperio-da-lei-nas-favelas/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

Além disso, para muitos, participar do tráfico não é apenas uma forma de sustentar a casa e a família, mas também um modo de ser reconhecido como sujeito. Entrar para o tráfico de drogas é oportunidade de lucro certo, é uma renda que a maioria nunca acreditaria que seria capaz de ganhar pelos caminhos tradicionais.

A invisibilidade é tamanha que o morador de comunidade não se enxerga como um participante da sociedade, dessa forma, auferir essa renda é poder participar da sociedade de consumo e se tornar um cidadão de fato.

Diante disso, se faz necessário compreender que um sujeito que viveu nessas condições tem a prática do tráfico de drogas naturalizada no seu cotidiano. Parece tarefa difícil exigir que ele busque outras opções de vida da mesma forma que uma pessoa que não viveu essa realidade se nem mesmo o Estado foi capaz de dar as oportunidades para que isso pudesse acontecer.

[...] Por mais de um século, a favela é tida como um espaço urbano geográfico no qual impera a criminalidade e a ausência do Estado, o que proporciona, como já visto, uma não identificação com as formas instituídas e os estatutos jurídicos estatais. A questão que se impõe é saber se o desrespeito aos preceitos normativos estatais significava, desde o início do século passado, uma ausência completa de ordem jurídica no seio do Morro da Favela, ou a existência- desde o início- de uma rede jurídica própria (TERRA; CARVALHO, 2015, p. 40-41).

É imprescindível levar em consideração o panorama geral de uma conduta ilícita quando cometida por um sujeito envolvido nesse meio e não somente avaliar aquele fato de forma isolada.

É fácil perceber essa diferença quando se compara a conduta de um sujeito de classe média que sempre estudou em escola particular, teve plano de saúde e transporte privado e se envolve nas atividades do tráfico para auferir renda. Esse sujeito teve instrução, família estruturada e todas as condições de vida para seguir a vida pelos meios mais tradicionais, mas se envolveu com o tráfico somente pelo dinheiro, que, em regra, é muito e vem de forma rápida.

Agora, em situação totalmente oposta, se um morador de comunidade que sempre viveu sob o comando do tráfico em seu bairro e as únicas alternativas que ele

poderia imaginar para sua vida era também entrar para o tráfico ou conseguir um subemprego e ganhar um salário que mal paga o aluguel da casa em que mora, parece, nesse caso, que a sua opção por delinquir não deveria ser tão abominada.

É de se perceber que o que se busca com o princípio da coculpabilidade é compensar certas injustiças pelas quais alguns cidadãos passaram ao terem negados os seus direitos mais básicos. Dessa forma, alguns acabaram delinquindo porque não tiveram as mesmas oportunidades que a outra parcela da população teve.

A ausência do Estado nesses casos pode se tornar um fator de peso para que os jovens entrem para o mundo do crime.

Cabe destacar que a aplicação do princípio, por óbvio, se restringiria aos crimes cujos motivos estão ligados à questões socioeconômicas e isso, por mais que pareça tarefa difícil, deve restar minimamente comprovado.

Entende-se, assim, que algumas pessoas não devem ser punidas na mesma medida que outras que, em situação oposta, sempre tiveram instrução e possibilidade de escolhas na vida, seja possibilidade de escolher onde morar, em qual escola estudar ou de escolher quais as roupas vestir. Essa possibilidade de escolha é o que diferencia uma conduta da outra.

Portanto, o princípio da coculpabilidade nada mais é do que uma forma de mitigar os efeitos de uma injustiça social. Trata-se de uma política que não atua nas causas do problema, mas nas suas consequências, uma vez que as causas dessa desigualdade parecem estar longe de serem solucionadas.

3.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Diante tudo que foi dito, cabe dizer, que o princípio da coculpabilidade encontra espaço de aplicação na ordem jurídica como uma atenuante genérica do artigo 66

do Código Penal, isto é, aquela atenuante que mesmo não prevista em Lei, pode ser considerada “em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime”.

Conforme entendimento de Guilherme Nucci, “trata-se de circunstância legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la” (NUCCI, 2014, p. 240).

Assim, tendo em vista o critério trifásico de aplicação da pena, a atenuante da coculpabilidade pode ser aplicada quando da terceira fase da dosimetria, momento em que “devem ser consideradas as causas de aumento e diminuição da pena”, na forma do artigo 68 do Código Penal (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 1107).

Nesse caso, aplicação do artigo 66 pelo juiz se daria por circunstâncias que se deram antes do crime, mas que restou provado que influenciaram para o seu cometimento.

Ainda há quem defenda a possibilidade de aplicação do princípio se utilizando das circunstâncias judiciais, isso porque a culpabilidade é uma dessas circunstâncias, nesse caso, deverá ser usada na primeira fase da dosimetria penal, assim, “a pena-base será estabelecida a partir da avaliação concreta das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal” (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.1106).

Desse modo, no momento da análise das circunstâncias do artigo 59, também deve ser inserida a coculpabilidade, de forma a incidir em favor do réu diminuindo a reprovabilidade de sua conduta caso demonstrada a parcela de responsabilidade do Estado.

São essas as possibilidades de aplicação do princípio no ordenamento como meio de diminuir a quantidade de pena que recairia sobre o indivíduo autor do crime.

É um meio de transferir parte da culpa que apenas o autor suportaria, mas que, na verdade, também o Estado deveria suportar, uma vez comprovada a omissão estatal em garantir direitos básicos para que exatamente essa conduta ilícita não tivesse ocorrido.

3.3 JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL

Diante de tudo que já foi dito sobre o princípio e inclusive sobre sua possibilidade de aplicação no ordenamento, cabe destacar que a coculpabilidade hoje no país se resume a uma construção doutrinária.

Por mais que já demonstrada a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, seja pela atenuante inominada do artigo 66 do CP ou pela circunstância judicial do artigo 59, é tarefa praticamente impossível encontrar uma decisão que aplique o princípio para qualquer tipo de crime e muito menos para o crime de tráfico de drogas.

É o que se vê das decisões que seguem:

A primeira decisão é uma apelação criminal julgada em 2014 pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo em uma condenação pelo crime de tráfico de drogas.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. PREPONDERÂNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. MANTIMENTO. MINORANTE DA CO-CULPABILIDADE E CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO DO REGIME DE PENA IMPOSTO. NÃO ACOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. DETRAÇÃO. NÃO CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. APELAR EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. [...] 4. Inconcebível o acolhimento da minorante da co-culpabilidade in casu, isso porque, na esteira do posicionamento do Colendo STJ, a teoria da coculpabilidade funcionaria como uma espécie de prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida, transformando a condição social em fomento e justificativa para a prática de crimes... (TJES – Apelação: 0003774-25.2013.8.08.0021, Relatora Subst.: Maria Cristina de Souza Ferreira, julgado em: 01/10/14).

Nesse acórdão a relatora nega o acolhimento da minorante da coculpabilidade por acreditar que se daria “como uma espécie de prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida”.

Parece equivocado afirmar que o princípio transformaria a condição social em “fomento e justificativa para a prática de crimes”, isso porque, obviamente, os crimes continuarão sendo punidos. Na verdade, o princípio se limitaria a abrandar a quantidade da sanção estatal tendo em vista situação ímpar pela qual passou o autor do delito.

Não há que se falar em prêmio, muito pelo contrário, trata-se de uma forma de justiça social, ao tentar redistribuir a sanção pelo cometimento de um crime cuja responsabilidade não é somente de um indivíduo.

Já a segunda decisão é um *habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça cuja autoridade coatora é o Tribunal de Justiça do Espírito Santo em que o paciente foi condenado pelo crime de tráfico de drogas.

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. [...] 3. Não procede a pretendida valoração favorável ao condenado por omissão estatal na adequada persecução criminal do tráfico, pois co-culpabilidade não é admitida na jurisprudência e porque pretensão de aproveitamento da torpeza própria (STJ - HC: 63251 ES 2006/0159656-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 03/06/2014, T6 - SEXTA TURMA. Data de Publicação: DJe 01/07/2014).

Mais uma vez o relator nega a aplicação do princípio da coculpabilidade porque, segundo ele, não é um princípio aceito na jurisprudência e ainda por entender que seria um “aproveitamento de torpeza própria”.

De fato, cabe dizer que a jurisprudência não se inclina a favor do princípio da coculpabilidade, porém, isso, claramente, não exclui sua possibilidade de aplicação, até mesmo porque existe corrente doutrinária forte que defende a sua utilização.

Ainda sobre essa decisão, não parece acertado falar em aproveitamento de torpeza própria, visto que, conforme já demonstrado, a aplicação do princípio da coculpabilidade não se trata de um benefício, mas de uma forma de mitigar a desigualdade na aplicação da pena.

A quarta decisão é uma apelação de uma condenação pelo crime de tráfico de drogas julgada em 2017 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO AUTORIA. CONDENAÇÃO E APENAMENTO MANTIDOS. AUTORIA. [...] ATENUANTE INOMINADA PREVISTA NO ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL (PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE). A omissão ou insuficiência na atuação estatal no que diz respeito às políticas públicas não justifica a prática de delitos. Não se trata de aplicação do princípio da coculpabilidade do Estado ou da sociedade, pois não é possível afirmar a relação causal da condição socioeconômica do réu com a conduta ilícita por ele adotada. Fosse... assim, a condição social ou hipossuficiência financeira sempre resultaria em incursão na criminalidade, caminho que não é adotado pela maioria dos cidadãos, não obstante as adversidades e a falta de oportunidades e de efetivação dos direitos sociais... (TJ-RS - ACR: 70073956211 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto. Data de Julgamento: 16/08/2017, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/08/2017).

O relator negou a aplicação do princípio da coculpabilidade por acreditar que não pode ser demonstrada a relação causal entre a omissão estatal e a prática de delitos, ainda asseverou que se fosse assim “a condição social ou hipossuficiência financeira sempre resultaria em incursão na criminalidade”.

Essa é questão interessante, pois de fato é preciso restar minimamente provada uma relação causal entre a omissão estatal e a prática de delitos, o que evitaria a aplicação do princípio para qualquer tipo de crime, já que não é isso que se defende.

O que deve restar claro é que o princípio deve ser aplicado para aqueles crimes motivados por razões socioeconômicas, isso fica evidente quando falamos do crime de estupro, do artigo 213 do CP, por exemplo, nesse caso, parece impensável defender a aplicação do princípio para esse tipo de crime, isso porque a omissão estatal em nada tem a ver com seu cometimento.

Dessa forma, mais uma vez não assiste razão em dizer que a condição social levaria a criminalidade e tampouco que não poderia ser provada a relação entre a omissão do estado e a conduta cometida pelo sujeito.

Por fim, a última decisão é uma apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal também em 2017, em que a relatora reconhece a aplicação do princípio da

coculpabilidade, mas nega a sua aplicação, pois entende que para isso “depende de comprovação concreta e efetiva de culpa estatal”, o que não ocorreu nesse caso.

APELAÇÃO CRIMINAL- TRÁFICO DE ENTORPECENTES-
CONDENAÇÃO MANTIDA- DOSIMETRIA- PRINCÍPIO DA
COCULPABILIDADE ESTATAL- INAPLICABILIDADE. [...] II. Não prospera a tese defensiva de incidência do princípio da coculpabilidade estatal para reduzir a pena-base imposta ao réu, pois, conforme o entendimento dominante da jurisprudência pátria, a aplicação deste princípio depende de comprovação concreta e efetiva da culpa estatal, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Precedentes... (TJ-DF 20150111063874 0031131-96.2015.8.07.0001, Relatora: Ana Maria Amarante. Data de Julgamento: 27/04/2017, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 04/05/2017).

Essa decisão é interessante uma vez que a relatora não descarta de plano a aplicação do princípio, mas entende pela não aplicação uma vez que não houve, no caso, comprovação da culpa estatal, caminhando em sentido contrário às decisões anteriores.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, o tráfico de drogas é prática naturalizada em grande parte das comunidades periféricas no Brasil, sendo que muitas vezes o comando das drogas substitui (ou tenta substituir) a presença estatal na região, até mesmo prestando auxílio aos moradores que ali residem, muito em razão da omissão do Estado em prestar o seu papel.

Desse modo, diante de tudo que foi dito, o que se busca com o princípio da coculpabilidade é compensar certas injustiças sociais pelas quais alguns cidadãos passaram ao terem negados seus direitos mais básicos e que acabaram por delinquir muito em razão de não terem as mesmas oportunidades de vida do que uma classe mais favorecida.

Cabe destacar que a Legislação de drogas não perdeu seu caráter repressivo, na verdade, ainda é fundada em uma ideologia de combate às drogas e não há dúvidas de que isso só contribui para o aumento da população carcerária, uma vez que o crime tráfico de drogas é a principal causa de entrada no sistema penitenciário nacional.

Contudo, mesmo diante desse cenário, restou evidente que a jurisprudência brasileira ainda se mostra reticente na aplicação do princípio da coculpabilidade. Ainda assim, mesmo diante das dificuldades já demonstradas, entende-se pela aplicação do princípio da coculpabilidade como um mecanismo importante para reduzir desigualdades sociais gritantes na sociedade.

É um meio de transferir parte da culpa que recairia somente sobre o autor do crime, mas que, na verdade, também o Estado deveria suportar, uma vez comprovada a omissão estatal em garantir direitos básicos para que exatamente essa conduta ilícita não tivesse ocorrido.

Por óbvio não são todos os delitos que devem ser compensados, mas aqueles que têm como causa fatores sociais, decorrentes da omissão estatal em promover as garantias humanas mais fundamentais.

Não se espera resolver qualquer tipo de injustiça social apenas com a utilização da coculpabilidade, porém, importante dizer que se trata de forma interessante de enfrentar situações concretas de desigualdade na prática judiciária cuja aplicação é defendida por uma forte base doutrinária.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 20ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOITEUX, Luciana. Drogas e Cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: SHECAIRA, Salomão. **Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 83-103.

BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFOPEN: 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **Série ação parlamentar, n. 384**. Edições Câmara, 2009. Disponível em <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 14 set. 2017.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Lei nº. 11.343**, de 23 de ago. de 2006. Casa Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 ago. 2006.

BRASIL. **Lei nº. 6.368**, de 21 de out. de 1976. Casa Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 out. 1976.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 63251/ES 2006/0159656-1. Relator: Min. Nefi Cordeiro, julgado em 03 jun. 2014, Sexta Turma, DJe de 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 430.105-9/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13 fev. 2007, DJe de 27 abr. 2007.

CAMPOS JR, Geraldo. 27,9 mil famílias voltam a ter renda no Estado: No entanto, em um a cada cinco lares capixabas, ninguém possui trabalho. Gazeta Online, Vitória, 23 out. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/10/27-9-mil-familias-voltam-a-ter-renda-no-estado-1014104565.html>>. Acesso em: 23 out. 2017.

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

CIDADANIA nos presídios, CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 18 set. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do DF. Apelação Criminal nº 20150111063874 0031131-96.2015.8.07.0001. Relatora: Mina. Ana Maria Amarante, julgado em 27 abr. de 2017, 1ª Turma Criminal, DJe de 04 mai. 2017.

ESPIRITO SANTO. Tribunal de Justiça do ES. Apelação nº 0003774-25.2013.8.08.0021. Relatora Subst.: Mina. Maria Cristina de Souza Ferreira, julgado em: 01 out. 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. 15ª ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2003. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para uso pessoal. Migalhas, 05 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI33969,11049-Nova+lei+drogas+descriminalização+da+posse+de+drogas+para+consumo>>. Acesso em: 18 set. 2017.

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Secretária de Estado da Justiça. Informações Penitenciárias do Espírito Santo: 2015. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/6e84a9b61e4a2da443a685be6b23afd2.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MAIA, Ruhani; MUNIZ, Victor. “Tribunal do tráfico” ordena expulsões e mortes. Gazeta Online, Vitória. Disponível em: <<http://especiais.gazetaonline.com.br/trafico/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

MARCÃO, Renato. A nova lei de drogas e seus reflexos na execução penal. CONAMP, 25 nov. 2014. Disponível em: <www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/512-anova-lei-de-drogas-e-seus-reflexos-na-execucao-penal.html>. Acesso em: 26 out. 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y control social**. Sevilla, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p.63.

NARLOCH, Leandro. Os traficantes e o império da lei nas favelas. Veja: Editora Abril, 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/cacador-de-mitos/os-trafficantes-e-o-imperio-da-lei-nas-favelas/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas Teorias e Parâmetros de Ativismo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Crime nº 70073956211/RS. Relator: Min. Jayme Weingartner Neto, julgado em 16 ago. 2017, Primeira Câmara Criminal, DJe de 30 ago. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Curitiba: Lumen Juris e ICPC, 2006.

TERRA, José Maria; CARVALHO, Thiago Fabres de. Justiça Paralela: criminologia crítica, pluralismo jurídico e (sub) cidadania em uma favela do Rio de Janeiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne e REIS, Thiago. **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas:** Dados inéditos se referem a 22 estados; 5 não possuem os números. Com a Lei de Drogas, percentual de presos pelo crime foi de 8,7% em 2005 para 32,6% agora. G1, São Paulo, 03 fev. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Política criminal latinoamericana: perspectivas y disyuntivas. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 10^a ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.