BEBER É PIOR QUE TRAFICAR: EM JULGAMENTO OS SOFISMAS DO STF

8 de novembro de 2018.

Azor Lopes da Silva Júnior*

A *dvirta-se: não se tome esse artigo por apologia ao delito de embriaguez ao volante, mas parta o leitor da seguinte questão: Dirigir bêbedo seria conduta mais reprovável que traficar drogas ilícitas?*

Não é de hoje que decisões do Supremo Tribunal Federal causam perplexidade, especialmente quando se enfrenta o problema do controle da criminalidade e, em particular, no que diz respeito ao narcotráfico; já em 2010 publicávamos algo que sugeria uma sensação de anomia¹.

Agora, merece destaque e reflexão não só da academia e da comunidade jurídica, mas também daqueles que focam suas pesquisas no campo das ciências sociais e dos “Stakeholders”² (FREEMAN, 2010) de políticas públicas de saúde e segurança, o que vem noticiado pelo Informativo nº 921 do Supremo Tribunal Federal (Brasília, 22 a 26 de outubro de 2018)³:

* Doutor em Sociologia (Unesp), Mestre (Universidade de Franca) e Especialista (Unesp) em Direito. Coronel da Reserva da PMESP, Advogado, Professor Universitário (UNIRP), integrante do Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASIS-Inep-MEC), Titular da Cadeira de nº 10 da Academia de Letras dos Militares Estaduais do Brasil e Presidente do Instituto Brasileiro de Segurança Pública (ibsp.org.br). Currículo

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6088271460892546>. <https://orcid.org/0000-0002-6340-6636>

¹ SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. A caminho da anomia: uma leitura das posições do STF pela teoria de Dahrendorf. *Revista Jurídica CONSULEX*, v. 338, p. 52-55, 2010.

² FREEMAN, Richard E. et al. *Stakeholder theory: the state of the art*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

³ Confira em: HC 140.379/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão: Min. Roberto Barroso, julgamento em 23 de outubro de 2018.

“A Primeira Turma, diante de empate na votação, concedeu ordem de habeas corpus de ofício em favor de impetrante preso preventivamente em razão do porte de 887,89 gramas de maconha e R\$1.730,00.”

O ministro Roberto Barroso considerou genéricas as razões da segregação cautelar do réu, que é primário. Além disso, reconheceu como de pouca nocividade a substância entorpecente apreendida (maconha). Reputou que a prisão de jovens pelo tráfico de pequena quantidade de maconha é mais gravosa do que a eventual permanência em liberdade, pois serão fatalmente cooptados ou contaminados por uma criminalidade mais grave ao ingressarem no ambiente carcerário. A ministra Rosa Weber acompanhou o ministro Roberto Barroso.

Em divergência, votaram os ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes, que denegaram a ordem. Consideraram que a quantidade de entorpecente e o valor monetário apreendidos são motivos suficientes para a manutenção da custódia.”

Vale destaque o fato de que, para distinguir se a posse de droga ilícita será definida como conduta de um traficante ou de um mero usuário para consumo pessoal, textualmente a lei adotou como critério que o juiz atentarà “à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”⁴; observe-se a complexidade de

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5127968>. Acesso em: 08 nov. 2018.

⁴ Artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (“Lei de Drogas”).

elementos que deverão ser cotejados em sintonia, para que se defina se a conduta era de um consumidor ou de um narcotraficante (tipo de droga, quantidade da substância, local onde foi encontrada, condições da ação do suspeito, circunstâncias sociais, circunstâncias pessoais, conduta do suspeito, antecedentes criminais do suspeito etc.).

Não é sem sentido que o legislador tenha determinado esse esforço analítico caso a caso e a partir de um minudente olhar de tantos detalhes circunstanciais; ora, se a conduta for tomada por traficância, o delito será o da mais elevada reprovação, equiparado pela própria “Constituição Cidadã” – *que neste ano completou seus 30 anos* – aos **crimes hediondos**, aos quais se proibiu até mesmo a concessão de fiança⁵, taxando-os por isso de “inafiançáveis”.

Mesmo assim – “inafiançáveis” que são – nossos zelosos zeladores da Carta Constitucional (os 11 Ministros do STF) recorrentemente vem assentando no regime de repercussão geral que “*é inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006*”; veja-se que dizer isso significa que a referida lei (Lei de Drogas), nesse particular (vedação à liberdade provisória prevista no seu artigo 44)⁶, é **inválida**, porque a norma constitucional somente teria taxado tais

crimes como inafiançáveis e não como insuscetíveis de liberdade provisória. E mais, decidiu-se na Suprema Corte que: “*o flagrante hoje não é mais título a justificar a prisão, devendo ser substituído por ato que revele a preventiva*” (Temas 192 e 959)⁷.

Entenda-se melhor: ser inafiançável significa que uma vez preso em flagrante delito por tal determinado crime, o juiz estaria impedido de libertar o acusado mediante o pagamento da fiança. Daí a questão: e poderia fazê-lo (pôr em liberdade) sem exigir pagamento de fiança?

Parece ilógico que não podendo sequer lhe exigir fiança pudesse o magistrado libertá-lo graciosamente; a liberdade graciosa (sem pagamento de fiança) parece deva ser algo reservado aos delitos menos graves, se comparados com aqueles em que se exige o pagamento...

Valeria aqui um simples exercício de lógica: se a um infrator de trânsito (v.g.

⁷ Em 2009 o Supremo Tribunal Federal já decidira pela possibilidade de concessão de liberdade provisória até mesmo àqueles presos em flagrante traficância: “Prisão preventiva – flagrante – tráfico de drogas – fiança *versus* liberdade provisória, admissão desta última. Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de ser concedida liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas, considerada a cláusula constitucional vedadora da fiança nos crimes hediondos e equiparados.”. (STF. REPERCUSSÃO GERAL [TEMA 192] NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.384/RS. Relator Ministro MARCO AURÉLIO. Julgamento em 10/09/2009. Tribunal Pleno. DJe nº 204, 28 out. 2009. Ementário v. 02380-08, p. 1.662. LEX STF v. 31, n. 371, 2009, p. 506-508); essa mesma linha de entendimento se renovou no ano de 2017: “1. Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: ‘É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006’. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.”. (STF. REPERCUSSÃO GERAL [TEMA 959] NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.038.925/SP. Relator Ministro GILMAR MENDES. Julgamento em 18 ago. 2017. Tribunal Pleno. DJ nº 212, 19 set. 2017).

⁵ Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5º, “XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

⁶ Confira-se: “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. Grifamos e, ao ensejo da crítica à “benfazeja” política criminal orientada pelo STF, vale acrescentar que também já fora decidido ser igualmente inconstitucional a proibição de aplicação de “penas alternativas” (penas restritivas de direitos) aos crimes hediondos e ao tráfico ilícito de drogas, que obrigou à promulgação da Resolução nº 5, de 2012, do Senado Federal, que suspendeu, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006...

aquele que dirige embriagado)⁸ somente é concedida liberdade provisória mediante pagamento de fiança, caso contrário será mantido preso, como pode um narcotraficante ser libertado sem sequer que se lhe exija ao menos (senão maior) semelhante pagamento?

A lógica sugere que se a Constituição da República proibiu a fiança, o que se dirá da liberdade provisória sem fiança? O crime menos grave deveria ser tratado com maior rigor que aquele mais grave e taxado de hediondez pela norma constitucional?

Se não bastassem essas conclusões teratológicas e sofismas que a muitos encantam, a questão mais recente trazida pelo Informativo nº 921 do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 140.379, agrava o quadro porque agora se dá a aparência de “mero usuário” de uma substância “pouco ofensiva”, àquele que portava quase 1 quilo de maconha e perto de 2 mil Reais, quando as evidências do mundo cotidiano mostram que é assim que operam os microtraficantes que compõem uma intrincada rede da mais rentável e violenta face do crime organizado (ainda que se admita serem os microtraficantes o elo fraco e massa operária do negócio)⁹.

⁸ Código de Trânsito Brasileiro. Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

⁹ Michel Misse revela-se um dos mais profundos pesquisadores do mundo real na atualidade; é dele que extraímos, dentre tantos estudos sobre essa fatia da criminalidade: “Movimento é o nome que se deu ao mercado local de drogas – inicialmente a maconha – nas favelas, nos conjuntos habitacionais, nas vilas e em outras áreas da periferia urbana do Rio de Janeiro, habitadas em sua grande maioria por populações de baixa renda. Seja como sinônimo de ‘boca de fumo’ seja como uma ampliação de seu significado original, de ‘movimento de vendas’, a expressão apareceu pela primeira vez como jargão no jogo do bicho. Atualmente, o movimento comparece na gíria de consumidores e vendedores de drogas ilícitas para representar vários e diferentes aspectos desse

Em conclusão, o que resta? A partir das decisões de nossa mais elevada Corte – a “Guardiã da Constituição” – com especial destaque ao pensamento do ministro Luís Roberto Barroso, a microtraficância passaria a ser punida no mesmo patamar da narcodependência, vale dizer, com pena de “advertência” (artigo 28, *caput*, da Lei de Drogas)¹⁰ ou, até mesmo ambas descriminalizadas (afinal, o tabaco e o álcool também são drogas e nem por isso seu uso constitui crime...)... Ao traficante “mais graduado” seriam válidas sua prisão em flagrante e a proibição de se lhe exigir fiança para que responda livre ao processo, mas é inconstitucional negar-lhe essa liberdade provisória, posto que a lei maior não dissera expressamente o contrário.

Enfim, já que àquele que é preso por conduzir veículo sob a influência de bebida alcoólica somente se pode conceder liberdade provisória após o pagamento de fiança, parece ser forçoso concluir que é mais reprovável dirigir bêbedo que traficar drogas...

Mesmo assim ainda resta um enigma nesse labirinto da lógica: *deveria ser exigida fiança para a concessão de liberdade provisória àquele que fora preso por dirigir entorpecido pelo uso de droga ilícita?*

mercado.” (MISSE, Michel. Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro. *Estud. av.*, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 139-157, dez. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142007000300010&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 08 nov. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142007000300010>.)

¹⁰ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.