



LEI DE DROGAS: UMA ANÁLISE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DE CONFIGURAÇÃO DO DOLO QUANTO AO USUÁRIO E TRAFICANTE À LUZ DAS TEORIAS CLÁSSICAS E MODERNAS DO DOLO

DRUG LAW: AN ANALYSIS OF DOLO CONFIGURATION CIRCUMSTANCES FOR USERS AND TRAFFICERS IN THE LIGHT OF DOLO'S CLASSICAL AND MODERN THEORIES

Danieli Schwingel¹
Rodrigo Vaz Silva²

RESUMO

O assunto drogas é conhecido mundialmente por seus complexos e desafiadores problemas, por esse motivo, o legislador brasileiro busca cada vez mais adequar o sistema punitivo para amenizar as consequências de grande prejudicialidade que causa. No Brasil, a atual Lei de Drogas gerou dissenso na doutrina, quando alguns doutrinadores apontaram as suas inovações como positivas e outros consideraram-nas negativas declarando-a como escassa em vista da grande dimensão de condutas que as suas redações precisam atender e resolver. Através da presente pesquisa, constatou-se que, a princípio, a lei não traz critérios suficientes para diferenciar o usuário de agente, recaindo o problema sobre a análise do dolo sem que a lei tenha trazido um maior detalhamento além da breve expressão “para consumo pessoal” no delito que tipifica o usuário. Tornou-se assim, possível verificar que mesmo diante de todas as atualizações e mudanças nos instrumentos normativos seria com a utilização das teorias do dolo que ampliariam as chances de identificação da real intenção do agente. Em consonância com o aferimento das condutas tipificadas pelos artigos 28 e 33 e as teorias do dolo seria possível visualizar um sistema punitivo muito mais eficaz, pois comumente o dolo é apenas verificado com bases aparentes e “rasas”, onde aprofundando esse estudo, outras perspectivas e inúmeras possibilidades se criam. Esse estudo utilizou-se o método dedutivo/descritivo, tendo em vista a crescente preocupação que assola o sistema penal punitivo brasileiro. Para tanto, se utilizou a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, que compreende e discute a importância do aferimento correto legal.

Palavras-Chave: Lei de Drogas. Teorias. Dolo.

¹Acadêmica do Curso de Graduação em Direito na Universidade do Contestado – Campus Concórdia. Santa Catarina, Brasil. E-mail: dani_schwingel30@outlook.com

²Mestre em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp, Bacharel em Direito pela Universidade do Rio Grande (FURG), Professor de Curso de Graduação em Direito da Universidade do Contestado – Campus Concórdia. Santa Catarina, Brasil. E-mail: rodrigo.silva@professor.unc.br

ABSTRACT

The subject of drugs is known worldwide for its complex and challenging problems. For this reason, the Brazilian legislator is always seeking to adapt the punitive system to mitigate the consequences of great harm it causes. In Brazil, the current Drug Law has generated dissent in doctrine, when some doctrines pointed out their innovations as positive and others considered them negative, declaring it as scarce in view of the great dimension of conduct that their newsrooms need to address and resolve. Through this research, it was found that, at first, the law does not bring enough criteria to differentiate the user from an agent, the problem falling back on the analysis of the intent without the law providing further details beyond the brief expression “for consumption personal” in the crime that typifies the user. Thus, it became possible to verify that even with all the updates and changes in the normative instruments, it would be with the use of theories of deceit that would increase the chances of identifying the real intention of the agent. In line with the assessment of the behaviors typified by articles 28 and 33 and the theories of deceit, it would be possible to visualize a much more effective punitive system, because commonly deceit is only verified with apparent and “shallow” bases, where deepening this study, other perspectives and countless possibilities are created. This study used the deductive / descriptive method, in view of the growing concern that plagues the Brazilian punitive penal system. For this, the technique of bibliographic and documentary research was used, which understands and discusses the importance of correct legal assessment.

Keywords: Drug Law. Theories. Dolo.

Artigo recebido em: 28/10/2020

Artigo aceito em: 16/12/2020

Artigo publicado em: 30/09/2022

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo da ausência de definição clara e objetiva na Lei de Drogas para configurar o tipo penal relativo aos crimes de porte de droga para uso e tráfico de drogas que são previstos pelos artigos 28 e 33. Neste sentido, a doutrina aponta diversas teorias explicativas para a análise do dolo, elemento subjetivo do tipo penal, ao lado dos elementos objetivos e normativos, em face do contexto que externa a realização da conduta, com a possibilidade de uma elucidação muito mais segura para cada caso.

Não obstante, verificou-se que a atual Lei de Drogas, Lei 11.343/2006, adentrou no sistema penal com um molde muito mais preventivo quanto ao uso indevido para

o consumo pessoal e repressivo no que diz respeito ao tráfico. Porém, é nesse aspecto que insurge o problema.

Por serem as redações dos dispositivos incriminadores muito semelhantes, ocorre na prática uma omissão da lei, tendo em vista que não há um estudo específico dos elementos encontrados que são considerados como “externos”, de modo que essa falta enseja na não verificação de parâmetros mínimos mas necessários para tornar o caso singular, fazendo com que a identificação da intenção do agente para a definição do dolo seja medida ideal.

Em razão disso, a análise pode recair sobre a personalidade do agente, avaliando seus princípios éticos e morais e a forma como conduz sua vida, pois uma das premissas básicas bem se sabe é essa análise do dolo que recai sobre elementos externos.

O Código Criminal de 1830 até a Reforma de 1984, sustentou um conceito de crime na qual fora especificado tanto na sua forma dolosa quanto culposa (Código Penal de 1940) e em outros somente afixando um conceito geral abrangente dos dois gêneros (Código Criminal do Império e Código Penal da República).

No atual cenário jurídico brasileiro, além de a legislação penal não adotar expressamente alguma das teorias consagradas, a própria doutrina tem um desacordo acerca de quais possuiriam adequação constitucional para serem aplicadas concretamente.

Desse modo, serão objeto de estudo algumas das principais teorias do dolo e sua aplicabilidade para a diferenciação do dolo do agente em casos limítrofes entre porte de drogas para uso e tráfico de drogas.

Quanto a metodologia utilizada, baseou-se em uma pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, onde buscou-se explicar do tema com referências de livros, dispositivos legais, artigos científicos e análise de decisões judiciais.

Demonstra-se assim a importância da presente pesquisa, que vai em além de aprimorar o entendimento à respeito de um assunto já muito discutido, mas buscar a sua compressão com uma linguagem e uma visão muito mais relevante para o direito penal e para a sistemática dos conflitos gerados pelo assunto drogas.

2 LEI DE DROGAS

2.1 USUÁRIO E TRAFICANTE: CONCEITOS LEGAIS

Na intenção de concretizar o mandato constitucional de criminalização explicitado no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, promulgou-se a Lei 11.343/2006. A chamada Lei de Drogas, além de revogar as suas antecessoras, instituiu o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (Sisnad).

O novo diploma normativo dispõe de linguagem mais simples e objetiva, indicando um novo conceito para drogas, que são “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência”, conforme lei ou regulamento editado pelo Poder Executivo da União.

Pelo artigo 28 da Lei de drogas, ocorre a tipificação das condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga para consumo pessoal. Embora as expressões sejam consideradas de difícil compreensão podemos traduzi-las simples e facilmente para um vocabulário comum, como usuário de drogas, aquela pessoa que faz o uso por prazer uma “satisfação” momentânea ou o viciado, que é a pessoa que já faz o uso por dependência química.

Já o artigo 33 da referida Lei requer análise minuciosa, até mesmo por que a pena de imposição pelo cometimento do delito é bem mais branda. Dentre as hipóteses que tipificam o cometimento do crime estão 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 ainda fornecer drogas.

A semelhança dos dispositivos é o que muito se discute no decorrer do trabalho, especialmente quanto às condutas de “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” e “trazer consigo”.

Segundo Salo de Carvalho (2016), vários são os problemas de interpretação encontrados nas formas da construção/representação para a configuração da tipicidade penal tanto nos crimes previstos pelo art. 28 como no art. 33 da Lei 11.343/2006. A disparidade entre as quantidades das penas previstas e a inexistência de tipos penais intermediários com graduações proporcionais entre os dois, tráfico e

porte de droga para uso pessoal, representam um sustentáculo do sistema proibicionista.

A respeito da proibição da imposição de pena privativa de liberdade ao agente que adquirir, guardar, ter em depósito, trazer consigo ou transportar droga para o consumo pessoal, esclareceu Salo de Carvalho (2016) que o legislador, ao adotar esse posicionamento, partiu da premissa de que a prisão de tal agente não irá produzir benefícios reais à sociedade, ressalta ainda que haveria a inserção do “consumidor” em um sistema carcerário insolúvel aonde corre-se o risco de cooptar o usuário.

No entanto, embora soe como tratamento mais benéfico, no entendimento de Masson e Marçal (2016) o disposto no art. 28, *caput* e §1º não deixa de ser configurado crime:

A falta de previsão de pena privativa de liberdade para os crimes de consumo pessoal (despenalização) não constitui óbice à identificação de sua natureza como criminosa, haja vista que a própria Constituição Federal (art. 5º, inc. XLVI) delega ao legislador a possibilidade de estabelecer aos delitos outras penas que não a privativa de liberdade e a multa.³ (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 10).

De modo a proporcionar uma compreensão aprofundada sobre o problema de como as teorias clássicas do dolo atuam na desenvoltura da conduta do agente, além de brevemente estudadas as penas de imposição e contradições encontradas no art. 28 da Lei de Drogas, faz-se necessário definir chaves de interpretação que caracterizam por sua vez o art. 33 dispondo especificamente sobre o tráfico de drogas.

Vale ressaltar que o tipo penal previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 prevê as mesmas condutas que eram tipificadas no art. 12 da revogada Lei 6.368/76. A doutrina, quando da vigência da Lei 6.368/76, fazia um alerta sobre como estavam postas as hipóteses do referido dispositivo, uma vez que por serem consideradas vastas, podem enquadrar o agente por analogia como o traficante de fato, o passador que é a pessoa que oferece sem objetivar o lucro, o viciado e até mesmo o experimentador, conforme alega Luiz Carlos Rocha (1985).

³ Art. 5º, XLVI, da Constituição Federal: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.” (BRASIL. Constituição (1988). Disponível em CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, disponível em > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de agosto de 2020)

De acordo com o artigo 33 da Lei 11.343/2006, constitui crime, entre outras treze modalidades de condutas, adquirir, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar drogas.

Para a doutrina majoritária, a classificação do crime do tráfico de drogas se dá de maneira um tanto quanto incompreensível.

O tráfico de drogas é crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado (consuma-se com a prática da conduta criminosa, independentemente da superveniência do resultado naturalístico); de perigo comum (coloca em risco uma pluralidade de pessoas) e abstrato (presumido pela lei); vago (tem como sujeito passivo um ente destituído de personalidade jurídica), de forma livre (admite qualquer meio de execução); em regra comissivo (os núcleos indicam ações); instantâneos ou de estado (nas modalidades importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, oferecer, fornecer, prescrever, ministrar e entregar) ou permanente (nas formas expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar); unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual (pode ser cometido por uma única pessoa, mas admite o concurso); unissubsistente ou plurissubsistente (a conduta pode ser composta de um ou mais atos), e de máximo potencial ofensivo. (CARVALHO, 2016, p. 57).

O art. 33 da Lei de Drogas não dispõe referência específica de qual é a intenção do agente com a conduta realizada, que poderia ser caracterizada independentemente da sua destinação ao comércio ilícito, sendo assim, imprescindível, inclusive, a mercancia e a entrega efetiva da droga, entendimento esse consolidado pela própria jurisprudência⁴.

Ao acarear as elementares dos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006, assim como ocorria nos arts. 12 e 16 da pretérita Lei 6.368/76, Salo de Carvalho (2016) menciona que com relação aos elementos objetivos do tipo, ou seja, quanto às circunstâncias que autorizam discernir a conduta vontade do agente para que se estabeleça o juízo prévio de incriminação, encontra-se grande semelhança a correlação entre os verbos e suas hipóteses é total⁵.

⁴ Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial (FRANCO, Alberto Silva. STOCOCO, Rui 2001, p. 3131-3132).

⁵ Na Lei 6.368/76, havia correlação de apenas três modalidades de conduta (*adquirir, trazer consigo ou guardar substância entorpecente*), em face de o tipo do art. 16 definir como crime “*adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização legal ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”.

Notável que as dificuldades de definição dos requisitos configuradores dos delitos previstos nos arts. 28 e 33 da Lei de Drogas não se resumem unicamente à discussão dos elementos subjetivos, visto que o problema também se encontra em identificar qual a intenção do agente com aquele comportamento, o que deseja, insurgindo em diversos questionamentos, por este motivo é preciso estudar quais os critérios concretos à respeito da vontade do agente em praticar a conduta e qual o seu especial fim.

As concepções tradicionais, segundo Gomes (2017), no que diz respeito ao componente dolo que será por conseguinte abordado são baseadas em uma análise psicológica, que tem como ponto de referência um estudo no Brasil, onde a vontade do agente é aferida à partir da constatação de fenômenos psicológicos em sua mente do no momento em que realizou o fato, sendo assim, quais fenômenos são projetados sob uma atual realidade que aconteceu no passado.

Por esse motivo, essas concepções são estudadas com base em aprimorar os critérios que possam fornecer suficientemente dados da índole interna ao agente aqui especificamente dispendo sobre o usuário e traficante, critérios esses que estejam aptos à demonstrar a representação da vontade e sua correlação com o resultado mesmo que indiretamente, como exemplo de uma anuência, conforme comenta Gomes (2017).

3 DO DOLO

3.1 TEORIAS CLÁSSICAS E MODERNAS

Após a exposição da problemática acerca da diferenciação do usuário e do traficante à luz da Lei 11.343/2006, fica evidente que a análise dos atores públicos envolvidos na persecução de tais crimes recaíra sempre sobre o dolo do agente como critério diferenciador. Aníbal Bruno (1967) descreveu o dolo como sendo por si só a forma comum e mais grave do elemento subjetivo da culpa, pois é nele que se apresentam a configuração e eficácia dos momentos da representação e da vontade do agente em seus dois aspectos – o puramente psicológico e o normativo.

Segundo Aníbal Bruno o ato do agente deve ser voluntário, pois se não for produto da vontade não merecerá a consideração do Direito. Mesmo que sejam nas

mínimas formas da culpabilidade, o ato inicial precisa ser produzido pela vontade própria do agente.

Quer ainda que do seu ato decorra aquele resultado, isto é, quer a relação causal que conduz à realização do fato criminoso, sem que seja preciso que venha a querer todos os fatos que se sucedem até o desenlace final. (BRUNO, 1967, p. 70).

Nestes termos, de acordo com Frank, Kantorowicz e Mezger (1914, 1933 e 1949, *apud* Aníbal Bruno, 1967, p. 60) o dolo deve ser considerado como a representação e vontade em referência a um fato punível que o agente pratica sabendo ser o mesmo ilícito.

Com isso, imprescindível entender que a consciência e a vontade são considerados elementos indispensáveis à constituição do dolo, conforme menciona Aníbal Bruno (1967).

Outrossim, quando a discussão se volta à questão de diferenciar a figura do usuário de drogas para o traficante na Lei 11.343, é comum acontecer a utilização de expressões como “consumo pessoal” e “traficância” para diferenciar suas condutas, além de elementos que podem possuir relativa proximidade, as circunstâncias e também a pureza da droga.

No entanto, além dessas, que são consideradas circunstâncias internas do agente para a configuração do dolo as questões externas também precisam ser verificadas, por esse motivo, alguns doutrinadores, buscam com teorias dar melhores sustentações à caracterização do dolo.

Ao discutir a conduta do agente levando em consideração sua consciência e vontade ilícita é preciso entender o que o Código Penal Brasileiro define dolo com a expressão – *quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*, que faz compreender assim como a vontade de praticar o ato e produzir o resultado.

Por outro lado, os termos do problema utilizados para configurar o dolo do agente tanto na problemática em questão discutida quanto na doutrina em geral, suscitaram uma controvérsia entre duas teorias extremamente influentes, sendo a da *representação* e da *vontade*.

A teoria da representação traz como requisito principal e suficiente para configurar o dolo a previsão do resultado. Essa dita representação se dará por um

simples acontecer psicológico que por si só não pode conduzir a nada de relevância para o Direito, mas demonstrara o conteúdo e orientação a vontade do agente.

Já a teoria da vontade, exigindo além da representação a vontade, ou seja, o que determina o indivíduo, o sentimento que o levou a fazer aquela coisa, a busca por atingir seus objetivos. A vontade, é por sua vez um movimento psíquico dirigido a determinado fim, o que não se consegue verificar sem que este fim tenha sido representado no espírito do agente.

O que denotasse como certo no entanto é que a existência de nenhuma das duas correntes pode ser verificada diretamente, apenas serão deduzidas as circunstâncias do fato, além de que o argumento não afeta propriamente o problema da estrutura do dolo, mas sim a questão direta da prova, que podem assim, serem consideradas como externas.

A teoria que hoje predomina é a da vontade, exprimindo-se, aliás, na fórmula complexa – vontade e representação, o dolo do representado é caracterizado pela vontade com previsão, recaindo embora o acento sobre a vontade. (BRUNO, 1967 p. 63).

Aníbal Bruno, em seu livro de Direito Penal – Parte Geral, Tomo II, Fato Punível (1967, p. 65) entende que antes de tudo o agente precisar conhecer os elementos do fato constitutivos do tipo, decididamente em acordo com a teoria da vontade pois “*o crime é a realização do tipo e esta deve ocorrer não só na objetividade do resultado, mas ainda no mundo subjetivo da representação.*”

Entende-se assim, como crime a ação que compõem além do comportamento do agente a alteração que dela surge no mundo externo, o resultado.

Diante disso, considera-se aos agentes como usuário e traficante a ação integrada em seus dois momentos, sejam eles comportamento e resultado que daquilo provém produzirá tais efeitos e ante as teorias do dolo cabe o seu enquadramento.

Contudo, a vontade especificamente não é ligada apenas ao desejo ou aspiração, mas um querer que seja ativo e se projete no mundo exterior, através da ação, para produzir o resultado. Assim, o agente quando tipificado pelo art. 28 da Lei de Drogas naturalmente demonstra o preenchimento do requisito vontade, mas quanto à prática do ato, quanto a sua consciência há um desacordo com a realidade penal necessária.

Porquanto, o agente tipificado pelo art. 33 verifica sob o ponto de vista da voluntariedade a vontade direta e precisa em relação ao resultado, podendo ser considerado como o extremo mais grave, e a anuência ao resultado previsto como possível ou provável pelo limite mínimo e ao máximo o resultado, acrescenta Aníbal Bruno (1967).

A relação da consciência e da vontade ainda, como elementos essenciais do tipo em análise desse estudo, permitem a elucidação de diversos temas importantes dentro do dolo, por que são eles que o dão estrutura, para assim distinguir a função e a intensidade psíquicas do agente quanto ao dolo.

Destarte a importância das chamadas Teorias do Dolo, pois elas apontam e defendem o conhecimento da ilicitude como núcleo do dolo. Logo, a classificação dessas teorias é bastante variável pois nem sempre os doutrinadores no âmbito penal concordaram expressamente.

Todas as teorias que partem do estudo do dolo com base na vontade psicológica são evadidas de um vício insuperável: a aferição subjetiva, ou melhor, presumida da vontade (ou sua ausência). Em outras palavras são teorias deterministas que, ao fim e ao cabo, fazem com que o operador do Direito (em especial o julgador) 'escolha' o que é vontade e o que não é vontade! (GOMES, 2017).

A Teoria da vontade é considerada como uma das mais importantes e com a formação ideológica mais próxima da nossa realidade, dispendo que o dolo é a consciência e também vontade do agente dirigidas ao resultado. Então, o autor do delito deve ter consciência e vontade em relação à conduta praticada, assim como em relação à consequência provocada.

Essa teoria foi adotada pelo Código Penal quanto ao dolo direto, conforme mencionam Azevedo e Salim (2017).

Já à respeito da teoria da representação, Fernando Capez (2016) alega que o dolo é a vontade de realizar a conduta, prevendo a possibilidade de o resultado ocorrer, sem, contudo, desejar-lo, denominando-a teoria da representação, pois basta ao agente representar (prever) a possibilidade do resultado para a conduta ser qualificada como dolosa.

Ainda, a teoria do assentimento ou consentimento é considerada também como de grande relevância no entendimento de Azevedo e Salim (2017), sendo idealizada

com a mera anuência do agente quanto ao resultado que configura o dolo. Assim, o agente tem consciência que sua conduta pode gerar determinada consequência mas aceita e age mesmo assim ou seja, existe a previsão do resultado, mas não é exigido que a conduta praticada pelo autor do delito seja voltada a esse fim.

Essa teoria foi adotada por nosso Código Penal no que se relaciona ao dolo eventual.

Segundo entendimento de Fernando Capez (2016) as teorias adotadas pelo nosso Código Penal, da análise do disposto no art. 18, inciso I, concluiu que foram adotadas as teorias da vontade e do assentimento.

Dolo é a vontade de realizar o resultado ou a aceitação dos riscos que decorrem de produzi-lo. Por sua vez, a teoria da representação que confunde culpa consciente com dolo, não foi adotada.

Uma discussão de grande impacto à respeito das teorias do dolo, que vai além de uma análise do cenário nacional, traz o posicionamento de Luiz Greco, que defende a constituição do núcleo do dolo com a teoria do dolo sem vontade. Greco (2004) afirma que sua teoria surgiu com a intenção de fundamentar quais são os elementos descritivos e normativos do dolo e não as suas definições, por que seria mais difícil de se aferir quais são esses elementos em suas definições, e que o dolo segundo o seu entendimento é constante então somente representação e consciência de que aquele fato foi praticado poderiam produzir o resultado criminoso.

A afirmação que essa teoria busca trazer é que o dolo só é necessário a representação do conhecimento do fato praticado e não do elemento vontade no seu conceito descritivo psicológico.

Nesse sentido, Luiz Greco (2004), pergunta qual seria a importância de se distinguir e mencionar os fundamentos filosóficos teóricos do conceito de dolo como seus elementos constantes e normativos se a própria lei já dispõe o seu conceito jurídico do que seria dolo. Chegando à hipótese de que é importante mencionar esses elementos de justificação de fundamentos normativos e teóricos por que o direito ele não é tão somente constante da letra da lei, o direito é uma ciência jurídica que dispõem de elementos legais normativos, elementos filosóficos, teóricos doutrinários, sendo assim de suma importância a sua interação entre a doutrina a jurisprudência e também a lei.

Verificando necessária tal composição, de quais seriam os elementos que configurariam esse “dolo” pois à depender de cada caso, cada crime, o resultado da representação seria então considerado o suficiente.

Em comparação, Luiz Greco (2004) fez referência inclusive a teoria volitiva, que também é adotada em determinados casos no Brasil, dispondo que o dolo é constante da representação ou conhecimento do fato praticado e também da intenção, ou seja da vontade psicológica de se realizar, e dentro do elemento vontade pode-se ainda subdividir a vontade como elemento psicológico descritivo e vontade como elemento atributivo normativo.

No entanto, quanto ao aspecto volitivo, a sua verificação vem sido aplicada e considerada pela jurisprudência, segundo Gomes (2017) como algo por vontade própria do interprete da lei⁶, fazendo da decisão um ato de vontade do Juiz, o que não é consentâneo com um Estado Democrático de Direito, em ênfase Penal.

Ante a distinção entre os dois elementos o psicológico descritivo e vontade atributiva normativa, Greco (2004) nos trouxe um exemplo que pode ser considerado bastante comum, no caso em tela um estudante tem conhecimento de uma prova a ser realizada, mas ainda não havia estudado para a mesma decidindo apenas um dia antes da realização da prova abrir um livro com o intuito de estudar, momento em que também recebeu um telefonema de um amigo convidando-o para uma festa na qual decide ir, abandonando os estudos para a prova do dia seguinte. No outro dia ele vai direto da festa para a faculdade e realiza a prova restando reprovado na matéria.

A respeito da seguinte situação questiona-se: ele teve a vontade de ser reprovado?

Nota-se que duas considerações são idealizadas para o caso, sendo uma delas pelo colega do estudante que responde *“é claro que ele teve a vontade ele tinha conhecimento dessa prova e não estudou para a mesma e realmente ele teve a vontade de ser reprovado”*. Já o próprio estudante responde o seguinte: *“Não! Eu me arrependo e lamento muito pela reprovação*. Sendo assim, no âmbito psicológico

⁶ Interessante a crítica de Santos: Em seu conteúdo reside o tradicional desinteresse que os penalistas materiais cultivam ao partirem do pressuposto de que a viabilidade prática ou não de uma teoria material é um mero dado atinente à produção probatória, cujo problema cabe ao interprete solucionar no plano processual... // O que faz a teoria volitiva é ignorar que um instituto de direito material inacessível na prática é, essencialmente, um instituto inútil pois dificilmente se saberá estar o mesmo caracterizado no objeto em análise.” (SANTOS, 2008, p.287).

descritivo interno desse estudante, ele não deteria essa vontade essa intenção. Já no campo atributivo normativo como um elemento vontade como um elemento normativo jurídico se detém esse conceito de vontade, ou seja, pela própria prática pela externalização dos atos desse estudante de ele não estudar para a prova é óbvio e evidente a vontade de ser reprovado por que ele não estudou, se ele quisesse ser aprovado ele teria estudado para essa prova.”.

A correlação que podemos fazer com o tema estudado é que um usuário ou traficante já terá praticado a conduta independente do fim que pretende atingir, pois ela se dá pela sua própria externalização “querer”, mas a caracterização do dolo, não é imperiosamente configurada por isso, ou seja, conscientemente o agente entende que o melhor é não ter a droga em posse mesmo que seja para uso próprio e que se for pego com determinada quantidade de drogas será configurado o crime, mas mesmo assim o pratica, momento em que preenche o campo atributivo normativo que visa em si demonstrar a totalidade da vontade, mas não o porquê externo, que vai além do que a redação do dispositivo pede.

Na intenção de reforçar a distinção entre o elemento psicológico descritivo do atributivo normativo, Greco (2004), faz referência ainda a outro exemplo que considera como “o famoso caso do atirador de Lacmann” que em seu entendimento fez algumas modificações.⁷

Dois fazendeiros que brincam de tiro ao alvo numa feira popular decidem fazer uma aposta. O desafio: que o primeiro deles atire no chapéu da menina que se encontra vinte metros adiante, sem a ferir. O prêmio: todo o patrimônio do perdedor. O primeiro fazendeiro atira e ocorre o duplamente indesejado, a menina é atingida e morre. Neste caso, é óbvio que o atirador não quis, em sentido psicológico-descritivo, o resultado. Era-lhe sumamente indesejado sequer ferir a menina, uma vez que isso significaria a perda de todo o seu patrimônio. Ainda assim, parece que ninguém hesitará em afirmar o dolo, e se essa conclusão é correta, isso significa que tanto o Código, quanto a doutrina dominante conhecem casos de dolo sem vontade em sentido psicológico (GRECO, 2009, p. 888)

Sobre o entendimento de Luís Greco que defende a teoria do dolo sem vontade Enéias (2017), concluiu que o que é decisivo para o dolo é que o autor agente da

⁷ Essa variante se deve a Souza Santos, problemas estruturais. No caso original, o atirador é um garoto, a quem se promete o montante de 20 marcos caso consiga acerrar uma bola de vidro que se encontra na mão da menina que trabalha na tenda de tiro ao alvo (SANTOS, 2008, p.285).

prática delitiva, tenha criado conscientemente um risco, gerando uma alta probabilidade para a produção do resultado.

É evidente que o nosso Código Penal concedeu tanto a jurisprudência quanto à doutrina liberdade para a construção e criação de instrumentos que objetivamente aferem ao agente o elemento volitivo do dolo. Associado à esse fato, observamos que o direito penal contemporâneo vem enfrentando diversos problemas, problemas esses que até pouco tempo eram considerados inimagináveis, podendo ser considerado como fruto do rápido e tecnológico desenvolvimento, acrescenta Enéias (2017).

Não é incomum os aplicadores do Direito deturparem conceitos dogmáticos, solucionando questões a seu bel prazer. Por isso o Direito Penal acaba se transformando em um instrumento para fins que não lhe cabe. (GOMES, 2017, p. 88).

Enéias (2017) ainda ressalta que os entendimentos à respeito da temática escolhida para o presente artigo nos mais variados quesitos encontra-se com concepções bastante pacíficas e já consolidadas na doutrina brasileira, tanto para a falta de critérios que auxiliariam na conclusão do aferimento do dolo do usuário e traficante como do próprio dolo em si.

Luís Greco sempre nos lembrou da importância da frase de que se for à verdade “onde o legislador fala, a filosofia cala” quase nos fazendo crer que não há mais espaço para discutir-se a filosofia, especialmente sobre o conceito de dolo. Mas ao contrário é o que tende a prosperar e por esse motivo, cá estamos.

Mesmo que o legislador tenha definido o conteúdo do dolo, sempre caberá um estudo além por parte da ciência jurídica.

Assim, parece-nos muito claro o dever de novas proposições, caso contrário, nunca sairemos do mesmo lugar quanto aos obstáculos que são vivenciados por aqueles que com bravura labutam pelas ciências penais⁸.

⁸ Como bem aponta Hassemer: “a dogmática jurídico-penal não só está à disposição da atividade decisória prática dos juízes penais, mas também à dirige” (HASSEMER, 1984, p. 53).

4 CONCLUSÃO

Em consonância com todo o exposto, o presente trabalho buscou discutir e demonstrar a relevância sobre a necessária mudança que o atual sistema penal brasileiro precisa, especialmente em face da aplicabilidade da Lei de Drogas, com base, nos critérios de aferimento do delito do usuário e traficante quanto ao dolo do agente.

Inicialmente, buscou-se demonstrar características que são consideradas de maior relevância da Lei de drogas e posteriormente fora realizada a abordagem das redações dispostas pelos artigos 28 e 33 da referida lei para a discussão do tema em si.

Com isso, a luz do que nos foi disposto e através da pesquisa científica foi possível verificar ainda com maior veemência é que sim o sistema penal brasileiro é falho, especialmente quando encontra condutas de crimes tão parecidos mas não possui e fornece em seus sistema além da Lei que acomete à pratica instrumentos ou outros métodos que facilitem e corroborem para que no momento da condenação do agente singularmente o dolo do agente seja de fato distinguindo.

É notório que quando fala-se em matéria de drogas além de considerarmos as falhas que vem ocorrendo no nosso sistema precisamos estar atentos à sociedade em geral, ao processo que tem continuidade. Tanto o dolo que é o campo dessa pesquisa quanto à culpa ficam por vezes muito distantes dos entendimentos básicos e quando não se tem essa consciência na prática de um ilícito, torna-se um problema ainda mais generalizado não sendo possível mensurar quais os danos que irá causar.

Nesse sentido, conclui-se que a problemática drogas e dolo é necessariamente estudo para se ter levantado em pauta.

De modo geral, entender e distinguir o que são as drogas, o que pode e não pode é muito simples, pois estamos acostumados à essa cultura sobre ir e vir, no entanto, com o passar dos anos, tornou-se necessário intitular o que pode e não pode, além disso, você ser penalizado pela prática do “não pode” evidenciando e demonstrando qual à necessidade pela prática daquilo que encontra-se em desacordo.

Nessa perspectiva o que se pretendeu ao longo do trabalho foi demonstrar a imprescindibilidade na utilização de novos meios de interpretação de cada caso

concreto, analisando suas circunstâncias integralmente o contexto da vontade do agente e sua representação no momento da prática. Por fim, cumpre-se uma importante observação.

Sempre existiram elementos externos na situação fática que irão evidenciar a existência de determinado dolo, sendo que a vontade do agente neste sentido não pode ser considerada apenas por sua vontade interna. Ademais, não deve ser considerada para configurar o dolo do agente suficientemente, como se bastasse, pois a vontade interna do agente é algo impossível de se descobrir, sendo despendida a averiguação dos fenômenos psicológicos para a conclusão exata do dolo do agente, integralizando assim a ideia da insuficiência do uso das teorias do dolo para diferenciar o usuário do traficante.

REFERÊNCIAS

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral, tomo II: fato punível. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BRASIL. Código Penal. **Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei 11.343/2006**. Lei de Drogas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume I**: parte geral: (arts. 1º a 120). 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

COSTA, João Soares Nunes. SANTOS, Declesson Ferreira dos. ALMEIDA, Guilherme de Carvalho. **Diferenciação entre usuário e traficante**, 2018. Disponível em: <https://jotasoares.jusbrasil.com.br/artigos/632178895/diferenciacao-entre-usuario-e-traficante?ref=serp>

GANEM, Galhães Pedro. Traficante ou usuário de Drogas? **Canal Ciências Criminais**, 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/traficante-usuario-drogas/#:~:text=28.,33>.

GOMES, Enéias Xavier. **Dolo sem vontade psicológica**: perspectivas de aplicação no Brasil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Lei de Drogas**: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

NUNES, Marcelo G., TRECENTINI, Julio AZ. **Reforma de decisões nas câmeras de direito criminal em São Paulo. 2015**. Pesquisa disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/estudo-camaras-criminais-tj-sp-pdf>.

SANTIAGO, Assunção Patrick. **Dolo sem vontade**: o elemento cognitivo como via de justificação ao dolo. Canal Ciências Criminais, 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/dolo-sem-vontade-o-elemento-cognitivo-como-via-de-justificacao-ao-dolo/>

ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Romas Rodrigues. **Legislação Criminal**: para concursos, doutrina, jurisprudência e questões de concursos. Salvador: JusPodivm, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do Crime**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

SALIM, Alexandre. AZEVEDO, Marcelo Andre de. **Direito penal**. 3. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador. Juspodivm, 2017.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2.ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.