

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Renan Antunes Sanfelice

**LEI DE DROGAS:
CRITÉRIOS PARA DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS DELITOS DE TRÁFICO E
PORTE PARA CONSUMO E PARA APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO**

Porto Alegre

2018

RENAN ANTUNES SANFELICE

**LEI DE DROGAS: CRITÉRIOS PARA DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS DELITOS DE
TRÁFIO E PORTE PARA CONSUMO E PARA APLICAÇÃO DO TRÁFICO
PRIVILEGIADO**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Área de habilitação: Direito Penal

Orientadora: Vanessa Chiari Gonçalves

Porto Alegre

2018

À professora Vanessa, minha orientadora,
pela atenção e auxílio no desenvolvimento
do trabalho;

À minha mãe, meu pai e meu irmão, por todo
amor, dedicação, carinho e compreensão;

À Natália, minha companheira eterna, pelo
amor, amizade, apoio, força e por toda cor
que dá à minha vida;

Aos meus amigos, pelo suporte que me dão,
pelas discussões que me aprofundam e
pelas risadas que me alegam;

“Um fato não deve ser proibido se não é, em algum sentido, reprovável; mas não basta que seja considerado reprovável para que tenha de ser proibido”.

Luigi Ferrajoli

RESUMO

A presente monografia objetiva analisar de forma crítica a atual Lei de Drogas, observando o contexto histórico em que ela está inserida, as ideologias e os discursos que fundamentam a política de Guerra às Drogas, bem como a crítica criminológica quanto à criminalização. Analisam-se principalmente os delitos de Tráfico de Drogas e de Porte para Consumo, atentando-se para a construção dos tipos penais em questão, aos seus elementos objetivos e subjetivos e aos critérios utilizados para sua diferenciação. Analisa-se criticamente a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e os principais fundamentos utilizados nas decisões para caracterizar o crime de tráfico, bem como busca-se, a partir delas, encontrar um parâmetro fixo para cada quantidade de drogas. Também é estudado o tráfico privilegiado, causa especial de diminuição da pena, o tratamento jurídico que lhe é dispensado, os critérios para sua aplicação e a compreensão destes pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelas Cortes Superiores. O trabalho adota a revisão bibliográfica e a pesquisa jurisprudencial como técnicas de pesquisa.

Palavras Chave: Lei de Drogas; Tráfico de Drogas; Porte Para Consumo; Critérios Para Diferenciação; Tráfico Privilegiado.

ABSTRACT

This monography aims to analyze critically the actual Act About Drugs, attempting to its historical context, the ideologies and speeches that ground the politic of War on Drugs, as well the criminological criticism and alternative politics to criminalization. The drugs trafficking and the possession of drugs crimes are mainly analyzed, attempting to the respective criminal types, to their objective and subjective elements and to the criteria that is used to their differentiation. The case law of the State Court of Rio Grande do Sul is critically analyzed, as well the fundamentals that are used in the decisions to characterize the drugs traffic crime. In addition, the goal is to set a parameter for the amount of each one of the principal drugs, based on the decisions. Also, the special cause of penalty reduction for the drugs trafficking is studied, as well its legal discipline, the criteria for its application and the understanding of the case law of the State Court of Rio Grande do Sul and the Upper Courts about those criteria. The monography adopts the literature review and the case law research as source of research.

Key Words: Act of Drugs, Drugs Traffic; Possession of Drugs; Differentiation Criteria; Special Cause of Penalty Reduction for the Drugs Trafficking.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS: ANÁLISE DA HISTÓRIA, DAS IDEOLOGIAS E DAS ALTERNATIVAS AO PROIBICIONISMO PENAL.....	12
2.1 BREVE HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO DE DROGAS NO BRASIL	12
2.2 PRINCIPAIS INFLUÊNCIAS TEÓRICAS E IDEOLÓGICAS DA ATUAL POLÍTICA DE DROGAS.....	15
2.3 CUSTOS DA CRIMINALIZAÇÃO, PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO, DESCRIMINALIZAÇÃO E REDUÇÃO DE DANOS	21
2.3.1 Custos da Criminalização.....	21
2.3.2 Crítica Criminológica e Dogmática: Insustentabilidade da Criminalização e Princiologia do Direito Penal Contemporâneo.....	23
2.3.3 Descriminalização e Programas de Redução de Danos.....	27
3. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE PARA CONSUMO: DISCIPLINA JURÍDICA APLICÁVEL, ANÁLISE DOS TIPOS PENAIS, CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.....	31
3.1 DISCIPLINA JURÍDICA APLICÁVEL AOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS DE PORTE PARA CONSUMO.....	31
3.2 ANÁLISE DOS TIPOS PENAIS DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE PARA CONSUMO.....	34
3.3 TIPICIDADE NA FORMA DE NORMA PENAL EM BRANCO	39
3.4 ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO TIPO E CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS DELITOS DO ART. 28 E 33 DA LEI DE DROGAS.	41
3.5 O ESTABELECIMENTO DE UMA QUANTIDADE FIXA PARA CADA TIPO DE DROGA	44
3.6 CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS PARA O ENQUADRAMENTO NO TIPO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS	47
3.6.1 Metodologia da Pesquisa Realizada.....	47
3.6.2 Dos Resultados Obtidos.....	51
3.7 ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL PARA CARACTERIZAR O DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.....	56

4. TRÁFICO PRIVILEGIADO	66
4.1 NOÇÕES PRELIMINARES	66
4.2 APLICABILIDADE DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E NÃO HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO	68
4.2.1 Penas Restritivas de Direitos.....	68
4.2.2 Não Hediondez do Tráfico Privilegiado.....	70
4.3 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA.....	72
4.3.1 Primariedade, Reincidência e Antecedentes.....	73
4.3.2 Integração em Organização Criminosa e Dedicção a Atividades Criminosas	77
5. CONCLUSÃO	85
REFERÊNCIAS.....	89
ANEXO A – TABELA COM AS DECISÕES CONDENATÓRIAS USADAS NO TRABALHO	95
ANEXO B- TABELA COM AS DECISÕES ELIMINADAS DA ANÁLISE.....	101

1 INTRODUÇÃO

Publicada em agosto de 2006, a Lei 11.343/2006, revogando e substituindo a Lei 6386/76, passou a ditar as diretrizes normativas para a prevenção e repressão ao tráfico e ao uso de drogas no Brasil.

Nesse sentido, a atual Lei de Drogas se insere em um contexto histórico de internacionalização da repressão, marcado por acentuadas políticas de Guerra às Drogas. A universalização do discurso sobre as drogas, trazida com a internacionalização, junto com correntes ideológicas, movimentos, formulações teóricas e discursos específicos levaram à criação de um diploma normativo e uma política criminal que apostam na forte repressão ao tráfico de drogas.

Por outro lado, a política de Guerra às drogas se mostrou, nacional e internacionalmente, um verdadeiro fracasso. Contrariamente à promessa de redução da criminalidade, o combate às drogas apenas produziu o encarceramento em massa e o aumento da violência.

Dessa forma, a crítica criminológica busca desconstruir os paradigmas que fundamentam a criminalização, ao mesmo tempo em que propõem políticas alternativas. É possível aprender com a experiência de outros países que optaram por uma forma diferente de tratar o fenômeno, apostando em políticas alternativas, como a descriminalização do uso de drogas e a regulamentação da matéria, não obstante permaneça criminalizado o tráfico de drogas.

No Brasil, no entanto, a lei continua apostando na repressão às drogas e no discurso diferenciador. Nesse sentido, a Lei 11.343/2006, ao mesmo tempo em que retirou a pena privativa de liberdade do crime de porte para o consumo, aumentou a pena do tráfico de drogas em relação ao diploma legal anterior. Assim, desde o início a Lei de Drogas sofreu severas críticas, principalmente em razão dos impactos trazidos ao sistema carcerário.

Percebe-se que o mesmo diploma legal prevê duas figuras típicas às quais é dispensado tratamento jurídico extremamente diverso, de forma que as consequências jurídicas de um e de outro oscilam entre o mínimo e o máximo de punitividade.

Por outro lado, apesar da enorme diferença quanto à resposta penal dada a cada um dos delitos, as diferenças quanto ao enquadramento jurídico da conduta

não são tão claras. Isso porque ambos os tipos penais preveem algumas condutas semelhantes, de modo que todas aquelas descritas no tipo penal do porte para o consumo também estão descritas no tipo penal do tráfico de drogas.

Assim, a diferenciação entre os tipos penais é feita a partir do elemento subjetivo especial do tipo, consistente na destinação da droga ao consumo próprio. Para resolver essa questão, a lei indica alguns elementos que podem ser usados para concluir qual a finalidade do agente. Esses elementos, entretanto, são de pouca clareza e precisão, o que dificulta a atividade do aplicador da lei.

Entre esses dois horizontes de mínima e máxima punitividade, o tráfico privilegiado, previsto no art. 33,§4º, surge com a nova Lei de Drogas como figura intermediária. Embora não constitua um tipo penal autônomo, consiste em uma causa especial de diminuição do delito de tráfico de drogas, e visa à redução da pena do traficante pequeno ou eventual. Além da pena aplicável, também há diferenças quanto ao tratamento jurídico dispensado à figura.

Em vista disso, o tráfico privilegiado assume especial importância na política criminal brasileira, criando alternativas ao encarceramento. A lei exigiu quatro requisitos cumulativos para sua incidência. No entanto, nem todos esses requisitos são dotados de precisão conceitual, sendo necessário interpretá-los de forma a garantir o cumprimento da finalidade do dispositivo legal.

Dessa forma, o presente trabalho objetiva realizar uma análise crítica à Lei de Drogas e a suas principais figuras penais, buscando-se uma maior precisão e segurança nos critérios utilizados para diferenciar os delitos de tráfico de drogas e porte para consumo e para aplicar a causa especial de diminuição da pena do tráfico privilegiado.

Nesse interim, o trabalho está estruturado em três partes. Na primeira parte será analisado o histórico das principais legislações no Brasil que trataram da temática das drogas, bem como as ideologias mais influentes para a política de drogas. Também serão analisadas as principais críticas criminológicas à Guerra às Drogas e as políticas alternativas à criminalização, a partir de experiências concretas em outros países.

Na segunda parte serão analisados os principais tipos penais da Lei de Drogas: o Porte para o consumo, previsto no art. 28, caput e, §1º, e o Tráfico de Drogas, previsto no art. 33, caput e §1º. Nesse interim, será abordada a diferença da disciplina jurídica aplicável a cada um dos delitos, bem como será feita uma análise

pormenorizada da estrutura tipológica de cada uma das figuras penais, levando-se em conta seu caráter de norma penal em branco. Também serão abordados os critérios para a diferenciação dos delitos, analisando-se de forma crítica como a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem compreendido a matéria e fundamentado suas decisões. Nessa abordagem, também buscar-se-á encontrar um parâmetro fixo para a quantidade das principais drogas apreendidas nos casos analisados.

Por fim, na terceira parte, será analisada a figura do tráfico privilegiado, o tratamento jurídico que lhe é dispensado e os requisitos para sua aplicação, bem como a forma que a jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul e das Cortes Superiores os tem compreendido.

2 A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS: ANÁLISE DA HISTÓRIA, DAS IDEOLOGIAS E DAS ALTERNATIVAS AO PROIBICIONISMO PENAL

Analisar a evolução histórica de uma política criminal é tarefa complexa. É preciso sobretudo romper-se com a ideia de linearidade. Nesse sentido, compreende-se que a origem da criminalização das drogas não pode ser determinada, uma vez que o processo de criminalização tem sua origem fluida e volátil.¹

Não obstante, é possível a identificação de uma série de legislações que criminalizaram o uso e a venda de substâncias entorpecentes no Brasil. Todavia, o objetivo do presente capítulo não fica restrito a um olhar meramente dogmático para leis brasileiras que antecederam a atual Lei de Drogas (lei 11.343/2006). Mais que isso, busca-se, mediante uma perspectiva criminológica, identificar as principais influências ideológicas que levaram à atual orientação político-criminal de Gerra às Drogas no Brasil. Por fim, realizou-se uma breve análise sobre resultados concretos dessa política criminal e sobre alternativas a ela.

2.1 BREVE HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO DE DROGAS NO BRASIL

A primeira legislação brasileira a tratar da criminalização das drogas foi o Código Penal de 1890, que no título III da parte especial (Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública) tipificava, em seu art. 159, a conduta de “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”. A pena prevista era meramente a de multa.

Posteriormente, em 1932, com a Consolidação das Leis Penais, o caput do art. 159 foi alterado, sendo substituída a expressão “substâncias venenosas” pela expressão “substâncias entorpecentes”, e sendo acrescentadas as condutas de “dar, trocar, ceder, ou proporcionar-se a realizar” qualquer uma das condutas mencionadas. Também restou criminalizada a conduta de instigar ou induzir o uso de substâncias entorpecentes. Pela primeira vez, foi prevista a pena de prisão

¹ CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46.

celular, sancionada em um a cinco anos. Além do mais, foram adicionados 12 parágrafos com condutas parecidas ou equiparadas. Nesse sentido, chama atenção a figura do §1º, que previa punição para quem tivesse a guarda de substância entorpecente em quantidade superior a doses terapêuticas determinadas pelo Departamento Nacional de Segurança Pública.

No entanto, foi a partir do final da década de 30 e início da década de 40 que teve início uma real política proibitiva e autônoma de combate às drogas, com a edição dos decretos 780/36 e 891/38.²Com a edição do Código Penal, de 1940, a matéria foi novamente codificada, incluindo-se no art. 281, caput, além das já mencionadas, as condutas de “trazer consigo, ter em depósito e guardar” substância entorpecente. Entretanto a matéria sofreu novo processo de descodificação a partir da edição do Decreto-Lei 4.720/42 e da Lei 4.451/64.

A partir da década de 1960, o Brasil ingressou no cenário internacional de combate às drogas, o que ocorreu em plena ditadura militar, com a publicação do Decreto 54.216/64, que recepcionou a Convenção Única Sobre Entorpecentes da ONU.

Seguindo na linha das legislações brasileiras, o Decreto-Lei 385/1968 modificou o artigo 281 do Código Penal, rompendo com a tendência internacional do discurso de diferenciação e impondo ao usuário de drogas, no parágrafo terceiro do referido artigo, pena igual à do traficante, o que foi mantido pela Lei 5.276/1971.

Com a Lei 6368/76, antecessora da vigente Lei de Drogas, o Brasil incorporou formalmente a tendência ideológica internacional de diferenciação, trazendo em seu art. 12 pena mais severa ao crime de tráfico (prisão na forma de reclusão de 3 a 15 anos, além do pagamento de multa), e, no art. 15, penalizando de forma “mais branda” aquele que adquirisse, guardasse ou trouxesse consigo substâncias entorpecentes para uso próprio (prisão na forma de detenção de 6 meses a 2 anos, além de multa).

Observe-se que as condutas de “guardar” e “trazer consigo” estavam previstas tanto no tipo penal de tráfico quanto no tipo penal de porte para consumo. Para diferenciar o enquadramento em uma ou em outra conduta, a lei determinava, nas disposições gerais, em seu art. 37, que o juiz deveria atentar “à natureza e a quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se

²CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 49.

desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”, o que deveria fazer em decisão fundamentada.

A referida lei ainda trouxe, em seu artigo 1º, o dever (mais moral do que propriamente jurídico) de toda pessoa “colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determinasse dependência física ou psíquica”.

Quanto à perspectiva sanitária da lei, três fatores podem ser destacados ³: a associação entre a dependência e o delito, na medida que autorizava internação hospitalar obrigatória ao dependente, independentemente da prática de delito; o abandono da ideia de voluntariedade do tratamento, com a já mencionada internação obrigatória; ampliação da possibilidade de identificação do usuário como dependente, ao prever no art. 11 que ao dependente que praticasse qualquer infração penal seria dispensado tratamento ambulatorio interno no sistema penitenciário onde estivesse cumprindo a pena.

Ademais, além uma série de majorantes (art. 18), foi prevista pela primeira vez a figura autônoma da associação para o tráfico (art. 14). Cumpre referir que o antigo diploma legal não previu qualquer hipótese de diferenciação entre o “grande traficante” e “pequeno comerciante de drogas”, que muitas vezes não passa de um usuário que se vale do comércio de entorpecentes para o sustento do próprio vício. Dessa forma, tanto a um quanto a outro aplicavam-se as sanções do art. 12.

Entre o período compreendido entre as publicações da antiga e da atual Lei de Drogas, foram publicadas algumas leis que influenciaram na política de drogas no Brasil, não obstante nem todas tratassem especificamente sobre o tráfico de entorpecentes: Lei 9034/95, Lei 10.409/2002 e Lei 10.792/2003.

A Lei 9034/95 dispunha sobre o combate ao crime organizado. Embora não tratasse especificamente do “tráfico de drogas”, inegável sua influência sobre o tema, principalmente porque boa parte da criminalidade organizada no Brasil estava envolvida com o tráfico. Destacam-se alguns dispositivos do referido diploma legal que foram reproduzidos de forma semelhante na lei 11.343/2006: artigo 2º, inciso V, que autorizava a infiltração de agentes da polícia em organizações criminosas; artigo 6º, que premiava a delação; artigo 7º, que proibia a liberdade provisória, artigo 9º, que negava a possibilidade de apelar em liberdade.

³CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 67.

A Lei 10.409/2002 modificou a Lei 6.368/76, mas, em virtude do veto presidencial, limitou-se à alteração de aspectos processuais, sem que houvesse alteração no direito material. Por fim, a Lei 10.792/2003, que inseriu no art. 52 da Lei de Execução Penal (Lei 7210/84) o regime disciplinar diferenciado, não só para presos que cometessem faltas graves que acarretassem “subversão da ordem”, mas também para aqueles que apresentassem alto risco para ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (§1º), ou integrassem organização criminosa (§2º), independentemente da prática de falta grave.

2.2 PRINCIPAIS INFLUÊNCIAS TEÓRICAS E IDEOLÓGICAS DA ATUAL POLÍTICA DE DROGAS.

Identificadas as principais legislações brasileiras que trataram sobre a temática das drogas, passa-se à análise dos principais marcos teóricos e ideologias que influenciaram a realização da lei 11.343/2006 e da política de combate às drogas em geral.

Conforme leciona Salo de Carvalho, “o sistema proibicionista no Brasil se sustenta no tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN)”.⁴

Em primeiro lugar, a Ideologia de Defesa Social (IDS), que surgiu com o iluminismo e a percepção da necessidade de racionalizar a resposta estatal aos delitos praticados pelos particulares. De acordo com Alessandro Baratta⁵, essa ideologia pode ser reconstruída a partir dos seguintes princípios:

i) Princípio da Legitimidade, segundo o qual o Estado, como expressão da sociedade, estaria legitimado para reprimir a criminalidade, por meio das instancias oficiais de controle social. Essa reação do Estado equivaleria à reação da grande maioria da sociedade contra comportamentos individuais desviantes, a qual reafirmaria as normas e valores sociais;

⁴ CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.71.

⁵BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal** . Rio de Janeiro: Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 3. ed. p. 41/43.

- ii) Princípio do “Bem e do Mal”, segundo o qual o delito e o criminoso seriam elementos negativos e disfuncionais do sistema social. Nessa perspectiva, a sociedade seria o bem e o criminoso seria o mal;
- iii) Princípio da Culpabilidade, segundo o qual o delito seria expressão de uma atitude interior reprovável, contrária a valores morais pré-existentes à criação da norma pelo legislador;
- iv) Princípio da Finalidade da Prevenção, segundo o qual a pena não teria unicamente a função retributiva, mas também a de prevenir que outros pratiquem crime (prevenção geral) e ressocializar o criminoso (prevenção especial);
- v) princípio da Igualdade, segundo o qual a lei seria igual para todos, de forma que todos teriam mesmas condições de cumpri-la ou descumpri-la, e de modo que a sanção penal aplicar-se-ia de igual forma a todos;
- vi) princípio do Interesse Social e do Delito Natural, segundo o qual a norma penal protegeria os bens jurídicos mais fundamentais para toda a sociedade, independentemente da ordem política vigente.

Em segundo lugar, a Ideologia de Segurança Nacional (ISN). Essa ideologia surgiu a partir do final da Segunda Guerra Mundial, com a polarização do mundo em dois blocos econômicos. Originariamente voltada para o “inimigo político”, ao ser congregada à IDS, estabeleceu as diretrizes para o combate à criminalidade comum, e principalmente ao combate ao tráfico de drogas e organizações criminosas.

Todavia, diferentemente da IDS, a ISN não enxergava no criminoso simplesmente alguém que cometeu uma conduta desviada dos valores sociais, e sobre o qual deveria recair a legítima intervenção estatal. O criminoso, para essa corrente ideológica, seria um inimigo do próprio Estado. Dessa forma, a pena não teria mais a finalidade de prevenir o cometimento de delitos, mas tão somente de retribuição, de verdadeiro castigo ao criminoso.

Importante perceber o contexto histórico do surgimento da ISN na América Latina, entre as décadas de 1960 e 1970. Conforme já mencionado, a partir da década de 1960 o Brasil ingressou no cenário internacional de política de combate às drogas, o que foi concretizado com a recepção da Convenção Única Sobre Entorpecentes da ONU, por meio do Decreto 54.216/64.

Nesse sentido, Rosa del Olmo chama atenção ao problema trazido com a internacionalização:

Difundir um mesmo discurso universal, atemporal e a-histórico sobre o problema da droga, como se a situação de cada país, e de cada droga fossem semelhantes. E mais, como se os condicionantes estruturais dentro de um mesmo país fossem estáticos e nada tivessem a ver com o tema.⁶

Foi também a partir de década de 1960 que surgiu, nos Estados Unidos, um discurso de diferenciação na temática das drogas, um duplo discurso, que pode ser chamado de discurso médico-jurídico⁷: de um lado, identificava-se a figura usuário-dependente, sobre o qual recaía o paradigma médico-sanitarista, com os aparelhos estatais voltados ao seu tratamento; de outro lado a figura do traficante, que, sob a influência da Ideologia de Segurança Nacional, passava ser visto como verdadeiro inimigo interno, o qual deveria ser combatido pelo Estado e sobre o qual recaía o paradigma jurídico-político de repressão, o que no âmbito legislativo significava a imposição de severas penas

Diferentemente do que ocorreu na década de 1950, em que o uso de entorpecentes era visto como um problema de subculturas marginalizadas, nessa época, o uso de drogas (especificamente maconha), assim como outros fatores como música e arte, era ligado a movimentos de contracultura, críticos à política belicista da época e ao modelo “americanway of life”, tão difundido na década anterior. Os jovens brancos de classe média passavam a tomar consciência da problemática dos direitos das minorias e interagir com os grupos marginalizados, integrando-se às suas atividades políticas e também ao consumo da maconha.

Por essa razão a importância do discurso médico-jurídico: era necessário, por um lado, explicar a não participação de tantos jovens brancos de classe média no ideal de vida americano, aplicando-se a eles o discurso médico, sendo tratados como vítimas, dependentes a serem curados. De outro lado, era necessária a criação do estereótipo criminoso, ou seja, o vendedor, de classe baixa, que corrompia os “filhos de boa família”.

Por outro lado, na América Latina, o uso da maconha não esteve tão ligado a movimentos de protesto, mas teve muito mais o caráter mimético, pelos jovens latino-americanos de classe alta, de jovens norte-americanos de classes baixas, o que não impediu a difusão do discurso diferenciador.⁸

⁶OLMO, Rosa Del. **A Face oculta da Droga**. 1.ed.Rio De Janeiro:Renavan, 1990. p. 26.

⁷*Ibidem*, p. 34.

⁸*Ibidem*. p. 37.

Ainda importante mencionar que a difusão do pânico moral na década de 1970 acarretou uma mistura incoerente dos diversos estereótipos das drogas, importados dos Estados Unidos, que vivia em um contexto diferente. Nesse sentido, na América Latina, quando falava-se em drogas, normalmente referia-se à maconha, droga de maior consumo, enquanto nos Estados Unidos a droga de maior consumo era, na década de 1970, a heroína.⁹

Por fim, o terceiro sustentáculo do mencionado tripé ideológico foram os Movimentos de Lei e Ordem (MLOS). Diferentemente de uma ideologia, que é o substrato teórico, a visão ou percepção de mundo que fundamenta uma política criminal, movimentos são um conjunto de instrumentos, planos de ação que concretizam essa política.

Nesse sentido, as principais metas dos MLOS eram:

- a) justificar a pena como castigo e retribuição; b) instaurar regime de penas de morte, perpétuas ou impor severidade no regime de execução de pena; c) ampliar as possibilidades de prisões provisórias; d) diminuir o poder judicial de individualização da sanção.¹⁰

Pode-se perceber que os MLOs apareceram no Brasil, também na década de 1960, como uma tentativa de resgate de valores Cristãos-Ocidentais, e dessa forma acentuavam a dicotomia “bem e mal”, reforçando a ideia que o crime era uma doença infecciosa em uma sociedade saudável, e que o criminoso, como um ser daninho, deveria ser eliminado. Por outro lado, reproduziam a crença de que o sistema penal era o único meio eficaz de combate à criminalidade, e como tal, deveria ser sempre ampliado e reforçado, ampliando-se o horizonte e a intensidade da punição.

Se, por um lado, esse tripé ideológico acabou por sustentar a orientação da política criminal de drogas no Brasil, por outro, a construção teórico-dogmática que lhe deu substrato foi a ideia de Direito Penal do Inimigo, conforme formulada por GuntherJakobs.¹¹

Segundo essa formulação, seria possível identificar dois tipos de criminosos: de um lado, o cidadão que eventualmente cometeu um delito, e que não representaria ameaça à sociedade como um todo, nem discordaria de seus valores

⁹ *Ibidem*, p. 45/46.

¹⁰ CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.86.

¹¹ *Ibidem*, p.110.

morais; de outro, o inimigo, que poderia ser identificado a partir da habitualidade, organização e profissionalização no delito, e que representaria verdadeira ameaça a toda sociedade e seus valores. Ao primeiro tipo, seriam estendidas todas as garantias do direito penal, pois ele deveria ser protegido do poder punitivo do Estado. Ao segundo tipo essa proteção não seria devida, pois, por serem considerados inimigos da sociedade, não faria sentido serem protegidos, mas sim eliminados. “O direito penal do cidadão é o direito de todos, o direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”.¹²

A construção teórica de Jakobs pretende identificar aquelas situações em que seria legítimo tratar o delinquente como inimigo, justamente para diferenciar de situações em que tal tratamento seria indevido. Assim o autor refere que incumbiria ao Estado o seguinte dever:

Distinguir com clareza entre aquilo que está dirigido somente ao terrorista ou outro sujeito que dissinta ativamente e de modo grave e permanente, e aquele que também se dirige ao cidadão, visto que, ao contrário, o Direito Penal do Inimigo contamina o Direito Penal do Cidadão.¹³

Assim, são formulados dois modelos de intervenção punitiva: o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. Essa diferenciação representa a assunção formal da dicotomia “bem e mal”.

Com o direito penal do inimigo, a probabilidade, mesmo genérica do dano, legitimaria a intervenção penal desde os atos preparatórios¹⁴, a exemplo do artigo 34 da Lei 11.343/2006, que criminaliza, entre outros, a posse e a guarda de aparelhos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas. Da mesma forma, estariam autorizadas a supressão de garantias processuais, como a vedação de liberdade provisória e de apelar em liberdade, previstas nos artigos 44 e 59, respectivamente, da Lei de drogas, ambos já declarados inconstitucionais.¹⁵¹⁶

¹² JAKOBS, Gunther; Meliá, Manuel Cancio. **DIREITO PENAL DO INIMIGO: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.28.

¹³ *Ibidem*, p.69.

¹⁴ CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.114.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1038925/SP. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes. D.E 18-09-2017.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103529/SP. Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello. D.E 12-03-2014.

Percebe-se, sem maiores dificuldades, que a formulação do direito penal do inimigo traduz um modelo de direito penal do autor, pois não visa a punir fatos, mas sujeitos. Essa construção teórica, originariamente voltada ao terrorista, sofre inevitável ampliação. Nesse sentido, Salo de Carvalho refere que:

A inevitável ampliação do conceito de inimigo, ao ultrapassar o marco dos integrantes de grupos terroristas para agregar as demais organizações criminosas, fornece condições de expansão das malhas de punitividade a partir da radical ruptura com os sistema de garantias constitucionais.¹⁷

Assim, em relação às drogas, muito mais que punir o tráfico, busca-se punir o traficante. Dessa forma, adquirem enorme relevância conceitos como personalidade do agente, periculosidade e antecedentes. Alguns desses fatores, conforme será visto em capítulo próprio, são utilizados inclusive para diferenciar o modelo repressivo que recairá sobre o criminoso, ao diferenciar o traficante do usuário. Nesse sentido, o artigo 28,§2,º da Lei de Drogas define como critério de diferenciação, entre outros, as circunstâncias pessoais e sociais do agente.

Portanto, a construção doutrinária do Direito Penal Inimigo, em conjunto com o Tripé Ideológico formado pela IDS, ISN e MLO sustenta discurso de legitimação de permanente Estado de Exceção, o que acaba sendo facilmente assimilável, pois, no cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias é suportável em troca da retomada da segurança social. Essa assimilação se torna ainda mais fácil a partir da percepção de que tais direitos e garantias integram o patrimônio de um inimigo, e não de um cidadão.¹⁸

Por outro lado, a crença no direito penal como único meio de garantir essa segurança da sociedade contra o inimigo levou a criação de um modelo jurídico extremamente repressivo e punitivo, o que foi concretizado com a Lei 11.343/2006.

¹⁷CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 115.

¹⁸*Ibidem*, p. 118.

2.3 CUSTOS DA CRIMINALIZAÇÃO, PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO, DESCRIMINALIZAÇÃO E REDUÇÃO DE DANOS

A questão da descriminalização e de alternativas à criminalização às drogas é de suma relevância, e apesar de não ser objetivo do trabalho esgotar o tema, é necessária uma análise sobre ele, o que é feito no presente tópico.

2.3.1 Custos da Criminalização

Cumprido salientar, primeiramente, que há uma visão equivocada sobre a temática das drogas e que norteia toda a lógica punitivista: a de que existe um vínculo necessário entre consumo e dependência, e de que o uso de drogas leva necessariamente à criação de subculturas criminais. Assim, partindo-se dessa premissa, o mito de que o direito penal é a única ou melhor solução para o problema acaba sendo reforçado. Esse mito leva a crer que a criminalização serve como contramotivação psicológica, recuperando os dependentes e impedindo-os que, em razão do vício, cometam delitos de outra natureza.

Todavia, a política proibicionista em relação às drogas, não só no Brasil mas em escala global, mostrou-se um verdadeiro fracasso. Constatou-se que a criminalização produziu mais danos à saúde pública do que as drogas propriamente. Nesse sentido, Salo de Carvalho aponta cinco tipos de custos causados pela criminalização das drogas: custos individuais, custos nos sistemas educacionais e médicos, custos econômicos, custos à administração da justiça penal e custos ao sistema carcerário.¹⁹

Individualmente, a criminalização produz a estigmatização dos usuário, a partir de sua identificação com subculturas criminais, além de reproduzir discurso que identifica o usuário com a figura do dependente, indicando, ademais, que o uso de drogas leva necessariamente ao isolamento social. Entretanto, a própria criminalização produz o isolamento do usuário, que é levado à clandestinidade. A situação é ainda mais grave para a figura do usuário dependente, uma vez que o

¹⁹ CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.183/2015.

sistema punitivo o leva a esconder sua condição, refutando a busca voluntária pelo tratamento. Por outro lado, a manutenção da ilegalidade de condutas como o uso de entorpecentes não permite fiscalização mínima sobre as condições de consumo e sobre a própria droga consumida, gerando maiores riscos à saúde do usuário.

Quanto ao sistema educacional e médico, a coercibilidade de tratamento trazida pela proibição, principalmente a partir da previsão no artigo 28, inciso III, da Lei de drogas, de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, afasta os princípios da voluntariedade e da autonomia individual, essenciais para o efetivo tratamento do usuário.

Economicamente, a ilegalidade cria mercado extremamente lucrativo, o que, em outras palavras, significa dizer que a proibição estimula o tráfico de drogas. Assim, o crescimento do mercado do narcotráfico depende de sua ilegalidade. Além disso, um estudo realizado pelo economista Jeffrey A.Miron em 2005 apontou que se a maconha fosse legalizada nos Estados Unidos, o país economizaria cerca de U\$7,7 bilhões anualmente gastos com policiamento e ações militares, enquanto, de outro lado, poderia aumentar a arrecadação de impostos em até US\$ 6,2 bilhões.²⁰

Quanto aos efeitos no sistema de administração da justiça penal, o principal problema da ilegalidade é a criação de criminalidade secundária. Essa criminalidade secundária ocorre desde a corrupção de integrantes das agências repressivas até a figura do dependente que, fora de qualquer possibilidade eficaz de tratamento e empurrado para a criminalidade, acaba por praticar delitos de natureza patrimonial para sustentar o vício.

Em relação ao sistema penitenciário, a política de criminalização das drogas criou um substancial aumento da população carcerária. Nesse sentido, dados do último levantamento realizado pelo sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro (INFOPEN),²¹ demonstram que, entre os anos de 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento no Brasil, calculada pelo número de presos a cada 100 mil habitantes, subiu de 137,1 para 352,6, o que, em números absolutos, equivale a um aumento de 232 755 para 726712 presos. O que mostra a pertinência desse aumento com a criminalização das drogas é que 28% das incidências penais incorridas pelos presos são em crimes previstos na Lei 11.343/2006, o que supera a

²⁰ **Estudo Prevê Economia de US\$ 14 BI**, Folha de S. Paulo: 19.06.2005.

²¹ Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento de Informações Penitenciárias**, 2016.

incidência em crimes de roubos e extorsão (25%), furto (12%) e homicídio doloso (11%).

2.3.2 Crítica Criminológica e Dogmática: Insustentabilidade da Criminalização e Principiologia do Direito Penal Contemporâneo

A partir das constatações do alto custo da criminalização, as teorias críticas desmistificaram as funções declaradas do direito penal, principalmente as ideias de prevenção geral e especial, demonstrando o alto custo social e econômico da criminalização, conforme foi referido, e vislumbraram a necessidade de racionalizar as normas proibitivas, as formas de persecução e de punibilidade.

Por outro lado, principalmente em relação ao uso de drogas, do ponto de vista da principiologia do direito penal contemporâneo, a criminalização é injustificável. Isso porque o fundamento do direito penal do fato é a separação radical entre direito e moral. Nesse aspecto, o direito penal não serviria para criar ou reforçar padrões deontológicos, nem para criminalizar “padrões de vida”, devendo-se limitar sempre na ideia de lesividade e de vida privada.

Luigi Ferraioli, ao definir os dez princípios que constituem o modelo garantista do direito penal, refere-se ao princípio da lesividade, traduzido pela máxima latina “*nulla necessitas sine injuria*”, que, combinada com a máxima “*nullalex (poenalis) sine necessitate*” (princípio da necessidade), acarreta na máxima de que nenhuma lei penal deve ser criada se não há ofensa a bem jurídico.²²

Assim, o mencionado autor, buscando responder a resposta à pergunta de “quando punir?”, prescreve a fórmula “*prohibendum qua peccatum a*”, que define parâmetros substanciais ao direito penal. Por outro lado, a necessária separação entre direito e moral, trazida com a secularização do direito, delimita o âmbito de incidência daquela, vedando a incriminação de estados morais e padrões de comportamento. “Em razão disso, um fato não deve ser proibido se não é, em algum sentido, reprovável; mas não basta que seja considerado reprovável para que tenha de ser proibido.”²³

²²FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

²³*Ibidem* p. 368.

Portanto, há um limite ao direito penal trazido pelo princípio utilitário da necessidade, segundo o qual as incriminações são justificadas pela sua absoluta necessidade, ou seja, o direito penal deve servir como “*ultima ratio*”. Assim, a proibição só se justifica na medida em que a conduta vedada traga maiores danos que a proibição e a repressão institucional dela decorrente. Dessa forma, o que irá definir a necessidade da norma penal será a lesividade do fato proibido em relação a terceiros. Já a definição de lesividade, por sua vez, será dada a partir da ideia de bem jurídico.

Todavia, a ideia de bem jurídico não define, positivamente e de forma universal, o objeto do direito penal, mas serve como fator negativo, ou seja, delimita o alcance da norma penal, definindo aquilo que não deve estar sujeito a ela.

Originariamente, no pensamento iluminista, o objeto da norma penal deveria ser necessariamente um direito subjetivo natural da pessoa, do indivíduo, como a vida, a liberdade, a saúde física e a propriedade. A partir do século XIX, houve uma substancial mudança dessa terminologia, que adquiriu feições autoritárias com a inclusão, no conceito de bem jurídico, do interesse do Estado. Assim, o bem jurídico deixou de servir como parâmetro externo de legitimação do direito penal, confundindo-se com interesse do Estado, de forma a ser traduzido simplesmente como o interesse na obediência ou fidelidade às normas.

Essa conformação ao interesse do Estado atingiu seu auge na Alemanha Nazista, momento em que o conceito de bem jurídico é definitivamente corrompido “transformando-se, de critério de delimitação e deslegitimação externa, em instrumento positivo e auto-reflexivo de legitimação política dos interesses tutelados”.²⁴ Somente após o final da Segunda Guerra, com o ressurgimento de uma cultura penal liberal, foi que o conceito de bem jurídico retornou a ter feições garantistas.

Assim, adotando-se uma perspectiva garantista de direito penal, as proibições só estarão fundamentadas quando se dirigirem a impedir ataques concretos a bens jurídicos, que podem ser compreendidos como direitos fundamentais, individuais, sociais ou coletivos, bem como o interesse coletivo a uma administração pública não corrupta. E por ataque, entende-se não somente o dano, mas o perigo causado.

²⁴FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 376.

Todavia esse perigo ou dano devem ser verificáveis empiricamente, decorrentes diretamente da própria conduta.

Dessa forma, qualitativamente, o conceito de bem jurídico e o princípio da lesividade impõem proibições mínimas às normas penais: devem ser penalizadas apenas aquelas condutas que atinjam pessoas concretas, de carne e osso. Por essa razão, conforme Ferrajoli, não estaria justificada a criminalização de delitos “contra a personalidade do Estado”, como delitos de desobediência, desacato e de associação criminosa. Também não seria justificável penalizar atos que não causem prejuízo a terceiros, mas apenas de autolesão, como o uso de entorpecentes.²⁵

Por fim, percebe-se, pela terminologia adota pelo autor italiano, que a categoria “saúde pública”, da forma que concebida a pela da Lei de Drogas, não estaria em consonância com o princípio da lesividade, tendo em vista que não é possível vislumbrar a partir dela uma lesão direta a direito individual, social ou coletivo de uma pessoa.

Isso ocorre porque, em relação ao uso de entorpecentes, a lesão é ocasionada pela própria pessoa, o que, por não causar prejuízo a terceiros, não legitima a intervenção penal. Já em relação à venda ou distribuição da droga, ainda que de forma gratuita, a lesão não é direta porque só ocorre mediante o consentimento daquele que seria lesionado, ou seja, o usuário. Assim, não é razoável criminalizar e punir pessoas adultas por eventuais escolhas consideradas errôneas. “Não responsabilizamos a obesidade dos gordos a quem lhes vende comida, mas atribuímos os hábitos dos dependentes a quem lhes vende droga”²⁶.

Importante distinguir, ainda, quatro questões, ou melhor, quatro tipo de discursos sobre o bem jurídico. O primeiro, de caráter ético-político, extrínseco ao direito, diz respeito à necessidade um ordenamento jurídico sancionar penalmente apenas condutas que causem lesão a terceiros. O segundo, de caráter jurídico-constitucional, refere-se à análise de se um sistema concreto adotou ou não esse paradigma. O terceiro, de caráter jurídico-legal, analisa concretamente se as normas penais do sistema tutelam apenas bens jurídicos. O quarto, de caráter sociológico-

²⁵FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.380.

²⁶ SZAS THOMAS. *OurRighttoDrugs*. New Yor: SiracuseUniversity Press, 1996. P. 12.
*Apud*CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.222.

empírico, define se as normas efetivamente conseguem proteger o bem jurídico que declararam proteger.²⁷

Nesse sentido, o discurso que foi adotado até o momento foi o primeiro, metajurídico, a partir do qual buscou-se a crítica do ordenamento jurídico vigente. Todavia, partindo-se para análise do nosso sistema constitucional, verifica-se que não há menção explícita aos princípios da necessidade e da lesividade em relação ao direito penal. No entanto, cabe aqui a mesma observação feita por Ferrajoli ao analisar a Constituição Italiana: “Seria ilógico, no entanto, entender que admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional”.²⁸

Dessa forma, é possível afirmar que o sistema constitucional brasileiro adota, ainda que implicitamente, os princípios da necessidade e da lesividade, e defender que a criminalização do uso de drogas é inconstitucional. Todavia, não é possível estender essa compreensão para o tráfico de drogas, uma vez que a constituição expressamente optou pela sua criminalização, no artigo 5º, incisos XLIII. No entanto, a definição de condutas que caracterizem o tráfico de drogas fica a cargo do legislador, de forma que sempre é possível controlar seus excessos.

Já em relação ao caráter jurídico legal, tendo em vista a inflação do direito penal e por tudo que foi exposto no presente trabalho, impossível dizer que as normas penais respeitam a noção de bem jurídico e, portanto, de princípio da lesividade.

Por fim, em relação ao caráter sociológico-empírico, e embora se defenda que as normas proibitivas da lei de drogas não observam o princípio da lesividade, por ausência de lesão direta a bem jurídico de terceiros (e portanto, ilegítima a pretendida tutela à “saúde pública”) constatou-se que a criminalização causou mais danos à saúde pública do que as condutas criminalizadas, ainda que indiretamente, causaram.

²⁷FERRAJOLI, op. cit., p. 376/377.

²⁸FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.380.

2.3.3 Descriminalização e Programas de Redução de Danos

Após fundamentarem a insustentabilidade da criminalização e desmistificarem as funções declaradas do direito penal, as teorias críticas da criminologia partiram para a criação de políticas criminais alternativas ao encarceramento, consistentes em novas formas de gestão do fenômeno delitivo, baseadas, em sua maioria, nos discursos de descriminalização.

A descriminalização pode ser definida, segundo Salo de Carvalho, como:

Os processos formais e informais pelos quais os autores de condutas criminalizáveis não sofrem efeitos reativos, institucionais ou sociais, derivados da ausência de postulados formais (legalidade, iniciativa da ação e sentença condenatória) ou de interesses (da vítima, do corpo social ou das instituições repressivas) para sua concreção.²⁹

Dentro dos processos formais de descriminalização, existe o legislativo e o judicial. O processo de descriminalização legislativa pode ser total, quando uma conduta antes tipificada deixa de ser crime (*abolitio criminis*), ou parcial (*reformatio legis in mellius*), quando a infração penal passa para outro ramo do direito, ou quando há alteração dos critérios sancionatórios, como a modificação nos critérios de tipicidade ou criação de novas regras de extinção de punibilidade, entre outros.

Já a descriminalização judicial, decorrente da interpretação dos juristas, pode operar-se de duas formas: a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou de sua não recepção pela constituição, seja por meio controle difuso ou concentrado de constitucionalidade; ou então, mesmo entendendo que uma lei é formalmente válida, reconhecendo causas supralegais de exclusão (da tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade), como no caso de aplicação do princípio da insignificância e adequação social (tipicidade material), consentimento do ofendido (antijuridicidade) e inexigibilidade de conduta diversa (culpabilidade).

Por fim, fala-se em descriminalização imprópria ou informal em uma acepção sociológica, referindo-se àquelas condutas criminosas que não são alcançadas pelo

²⁹CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 178.

sistema repressivo, seja pela não comunicação da vítima, seja pela não persecução das agências policiais, o que demonstra a seletividade do direito penal.

Entre as formas de descriminalização mencionadas, a mais adequada é a legislativa, tendo em vista a maior segurança jurídica e garantia de ampla aplicabilidade que gera. Entretanto, em relação às drogas, não houve, no Brasil, desde o Código Penal de 1890, nenhuma legislação que tratou da descriminalização das drogas, apesar da tentativa do Projeto de Lei 4591/94 de descriminalizar o consumo, sancionando-o apenas de forma administrativa. O que ocorreu, com a lei 11.343/2006, foi a descarcerização em relação ao porte para consumo, que, apesar de continuar sendo crime, deixou de ser sancionado com pena de prisão.

Não obstante, é possível o aprendizado de experiências reais de descriminalização a partir da análise de algumas legislações e projetos de redução de danos estrangeiros.

Nesse sentido, os Países Baixos foram os pioneiros na descriminalização, com sua Lei de Ópio de 1976. Todavia, ao contrário do que pensa o senso comum, não houve liberação de todas as drogas. Na verdade, a legislação holandesa continua punindo a posse e venda de drogas, bem como condutas análogas. No entanto, não é penalizada a posse de pequena quantidade de cannabis, bem como foi regulamentada sua venda em *coffe shops*, atualmente limitada a 5g diários por pessoa.³⁰ Essa regulamentação, permite, de um lado, controlar a quantidade e a qualidade da droga que é fornecida ao usuário, diminuindo os riscos com o seu uso; por outro, permite a criação de preço fixo para venda, dificultando o comércio ilegal e o enriquecimento de organizações criminosas.

No Uruguai há uma forte regulamentação da cadeia de produção de cannabis, descriminalizando boa parte das condutas relacionadas com a maconha. Assim, a partir da Lei 19.172/2013, o acesso à droga foi regulamentado de três formas, sendo permitidos: a) o cultivo de até seis plantas que produzam até 480 gramas anuais, para consumo próprio; b) O cultivo em associações, os “clubes de membresía”, que devem ter entre 15 a 45 membros, de até 99 plantas e que produzam até 480 gramas anuais por associado; c) As farmácias autorizadas, que podem vender até

³⁰CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto. Países baixos: o infindável debate acerca da descriminalização da maconha. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 23, n. 116, p. 319-336., set./out. 2015. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=126473>. Acesso em: 6 nov. 2018.

quarenta gramas mensais para cidadãos uruguaios previamente cadastrados.³¹ Além do mais, nos termos do art. 31, não é criminalizado o transporte, o porte, a posse, o depósito e o armazenamento de qualquer droga quando for destinada a consumo pessoal, presumindo-se tal quando a quantidade de maconha for inferiores aos valores acima indicados.

Em Portugal, desde a lei 30/2000, é descriminalizado o uso, a aquisição e a detenção de droga em quantidade não superior à necessária para 10 dias de consumo. A determinação da quantidade de dose diária tem por referencial a portaria 94/96, embora seja possível a prova de que o agente consumia diariamente dose superior à indicada na portaria, nos termos do acórdão de Tribunal da Relação de Lisboa, julgado em 26/09/2017. No entanto, as condutas permanecem criminalizadas, ainda que destinadas ao consumo, se a quantidade de drogas for superior à dez doses diárias, nos termos do acórdão n° 08/2008 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Também permanece criminalizado o cultivo, ainda que para consumo, independentemente da quantidade.³²

Na Espanha, a legislação estabelece a diferença entre quatro graus de condutas relacionadas às drogas: consumo, tráfico simples, tráfico com punição agravado e tráfico qualificado. O porte e condutas análogas, quando destinadas ao consumo, são fatos atípicos. A legislação espanhola não define parâmetros quantitativos para diferenciar as figuras, tarefa que foi relegada à jurisprudência. A matéria será melhor analisada no próximo capítulo, no entanto, adianta-se que os tribunais, partindo de dados provenientes das autoridades sanitárias, estabeleceram uma quantidade limite até a qual o fato é considerado atípico, independentemente da conduta praticada.³³

³¹ BERTRAN, Maria Paula; BRUNI, Aline Thaís; VELHO, Jesus Antônio; Amaral; Cláudio do Prato. **Consumeristas: Precisamos Falar Sobre Drogas**. Revista Brasileira de Direito do Consumidor, vol. 114, 2017. Disponível em:

<<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000167008d49513d495d93&docguid=lf8e0840d58511e78b32010000000000&hitguid=lf8e0840d58511e78b32010000000000&spos=3&epos=3&td=5&context=62&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 06. nov. 2018

³² OLIVEIRA, Jorge Albino Quintas de; FIRMIANO, João Diego Rocha. Decisões judiciais em matéria de drogas em São Paulo e em Portugal: estudo comparativo de sentencing. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 26, n. 143, p. 245-287., mai. 2018. Disponível em:

<http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143415>. Acesso em: 11 nov. 2018.

³³ CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 283 /285.

Por fim, cumpre referir a experiência do programa governamental de subministração de heroína para dependentes severos na Suíça em 2002. O Conselho Federal autorizou que, em casos de grave dependência, órgãos estatais relacionados à saúde prescrevessem e ministrassem heroína. Assim, foram criadas oitocentas vagas, em janeiro de 1994, recebendo vagas até julho de 1996, momento a partir do qual o programa se restringiu aos pacientes já cadastrados. Foram criados 18 centros de prescrição de heroína nas principais cidades Suíças, e só podiam ingressar pacientes com idade mínima de 20 anos, que possuísem histórico de envolvimento com heroína, presença de danos associados ao consumo de droga e duas prévias tentativas de abandono por métodos convencionais. Após o primeiro contato com o paciente, os médicos determinavam a quantidade de droga diária. A aplicação fora do centro não era permitida.³⁴

A avaliação do programa, no que tange a aspectos criminológicos, foi delegada ao Instituto de Polícia Científica e Criminologia (IPSC).

Os resultados demonstraram que o tratamento com heroína era mais que eficiente que outras alternativas para motivar os tóxico-dependentes a participar, permanecer e respeitas as regras de tratamento, bem como para abandonar a prática de delitos.³⁵

O Instituto também verificou, além do decréscimo de incidência delitiva, diminuição do consumo feral de drogas, fato que impactou o mercado ilícito das drogas.³⁶

Destarte, as experiências de diversos países, em maior ou menor grau, demonstram que a criminalização não é o único caminho, nem o mais eficaz, para a tutela da saúde pública. Percebe-se, por outro lado, que descriminalização não é sinônimo de liberalização, uma vez que, em todos os países citados, a descriminalização foi acompanhada por forte regulamentação da matéria.

³⁴CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.233/238.

³⁵KILLIAS, Martin; AEBI, Marcelo e RIBEAUD, Denis. **The Impact of Heroin Prescription on Heroin Markets in Switzerland**. *Crime e Delinquency*, v.46, n.2, Netherlands, 2000, p.78. *apud*. CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed São Paulo: Saraiva, 2016. p.236.

³⁶CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.237.

3. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE PARA CONSUMO: DISCIPLINA JURÍDICA APLICÁVEL, ANÁLISE DOS TIPOS PENAIS, CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Analisada a evolução histórica das legislações sobre drogas e dos discursos, ideologias e movimentos que influenciaram na política criminal em relação à matéria no Brasil, bem como vista a crítica criminológica e as alternativas práticas à criminalização, passa-se à análise dos principais tipos penais previstos na Lei 11.343/2006 e as questões jurídicas que os envolvem.

Nesse íterim, o presente capítulo foi dividido em sete tópicos:

- a) disciplina Jurídica Aplicável aos Delitos de Tráfico de Drogas e Porte Para o Consumo;
- b) Análise dos Tipos Penais de Tráfico e Porte para Consumo;
- c) Tipicidade na Forma de Norma Penal em Branco;
- d) Elemento Subjetivo Especial do Tipo e Critérios de Diferenciação entre os Delitos do art. 28 e 33 da Lei de Drogas;
- e) O Estabelecimento de Uma Quantidade Fixa Para Cada Tipo De Drogas;
- f) Critérios Judiciais para o Enquadramento no Tipo Penal do Tráfico de Drogas;
- g) Análise Crítica dos Fundamentos Utilizados pela Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para Configurar o Delito de Tráfico de Drogas;

3.1 DISCIPLINA JURÍDICA APLICÁVEL AOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS DE PORTE PARA CONSUMO.

Conforme foi referido no capítulo anterior, o forte discurso de diferenciação surgido na década de 60, responsável pela criação de um duplo discurso médico-jurídico, acarretou em diferentes formas da resposta estatal dispensadas aos delitos de tráfico de drogas e de porte para consumo.

É claro que a principal diferença na consequência jurídica da incidência em um tipo penal ou em outro é a pena à cada um cominada. Nesse sentido, a Lei 11.343/2006 previu, no art. 33, caput, uma sanção maior ao tráfico de drogas (05 a 15 anos de reclusão e multa de 500 a 1500 dias) em relação à constante na lei

anterior, que previa pena de 03 a 15 anos de reclusão e de multa de 50 a 360 dias. Por outro lado, deixou de prever pena de prisão para o delito de porte para consumo (a legislação anterior previa pena de prisão de 06 meses a 02 anos, além de multa), para prever, no art. 28, incisos I, II e III somente penas de advertência, prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Embora a principal diferença da consequência jurídica de cada um dos crimes seja a pena aplicada, também há outras de suma importância.

Uma dessas diferenças é percebida na Constituição Federal, que dispensa tratamento penal ao tráfico de drogas semelhante àquele previsto para o crime hediondo, ao prever, em seu artigo 5º, inciso XLIII, que:

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 evita-los, se omitirem.

É de se estranhar esse dirigismo constitucional em matéria penal, chamando à atenção a inserção da referida norma no capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), tendo em vista que esse local caracterizou-se, na história do constitucionalismo, como espaço não de criação, mas de estabelecimento de limites a do poder punitivo do Estado.³⁷

Essa equiparação ainda é reforçada pela Lei 8072/90 (lei de crimes hediondos) que prevê, no artigo 2º, §2º, progressão de regime mais rigorosa do que a prevista para delitos comuns (2/5 do cumprimento da pena, se primário; 3/5 do cumprimento da pena, se reincidente).

Por outro lado, o delito de porte para consumo é crime de menor potencial ofensivo, tendo em vista a previsão geral no art. 61 da Lei 9099/95 e previsão específica no art. 48, §1º, da Lei 11.343/2006.

Essas diferenças influenciam não só o direito material, como também o processo penal. Isso porque o processamento do delito de porte para consumo segue o trâmite da Lei 9099/95, com a possibilidade de transação penal (art. 76), além de oferta de suspensão condicional do processo (art. 79). Também não há a

³⁷CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed São Paulo: Saraiva, 2016. p.252

possibilidade de prisão em flagrante, caso o autor do fato seja encaminhado imediatamente ou se comprometa a comparecer em juízo (art. 60, parágrafo único). Aliás, há quem defenda que a prisão em flagrante não caberia ainda que o autor do fato não se compromettesse a comparecer em juízo, pois, considerada também uma medida cautelar, esbarraria na cláusula do art. 283, §1º do Código de Processo Penal, segundo a qual não se aplica medida cautelar à infração que não for cumulada isolada ou cumulativamente pena privativa de liberdade. Nesse sentido leciona Nestor Távora:

Percebe-se que mesmo que o agente se negue a assumir o compromisso de comparecer aos juizados, ainda assim não será detido, obstando a lei, peremptoriamente, a prisão do usuário de substância entorpecente. É verdadeira hipótese de liberdade provisória incondicionada.³⁸

Do lado oposto, o processamento do crime de tráfico de drogas segue o trâmite da lei 11.343/2006, não sendo-lhe aplicáveis os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo. Ademais, para o delito de tráfico é cabível prisão em flagrante, sendo crime inafiançável, conforme determinação constitucional.

Podem também ser citadas as seguintes normas aplicáveis ao delito de tráfico de drogas: o tempo para conclusão do inquérito policial quando o indiciado for preso preventivamente aumenta, em relação aos delitos comuns, de 10 dias para 30 dias, podendo inclusive ser prorrogados mediante requerimento ao juiz, nos termos do art. 51 da lei 11.343/2006; aplica-se a prisão temporária, nos termos do artigo 1º, inciso III, alínea 'n' da lei 7960/1989; há alteração no momento processual do interrogatório, que ocorre antes da oitiva das testemunhas, nos termos do art. 57 da lei de drogas; o livramento condicional só ocorre após o cumprimento de 2/3 da pena, nos termos do art. 44, parágrafo único, da lei de drogas e art. 83, inciso V, do Código Penal

Há ainda outros dispositivos que merecem destaque, mas que já foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: impossibilidade de liberdade provisória, nos crimes de tráfico de drogas, conforme previsão do art. 44 da lei 11.343/2006³⁹; impossibilidade de apelar em liberdade, conforme previsão do

³⁸TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed.Salvador: Juspodium, 2016. p. 1231.

³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1038925/SP. Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes. D.E. 18-09-2017.

art. 59 da lei 11.343/2006;⁴⁰ obrigatoriedade do regime inicial fechado, nos termos do art. 2º, §1º da lei 8072/90.⁴¹

Nas palavras de Salo de carvalho:

O movimento criminalizador pendular, porém, em casos relevantes e muito comuns no cotidiano forense, é definido por circunstâncias nebulosas, de baixa perceptividade e difícil comprovabilidade, motivo pelo qual é fundamental estabelecer critérios rígidos de definição.⁴²

Percebe-se, dessa forma, que os tipos penais de tráfico de drogas e porte para consumo oscilam entre o máximo e o mínimo de repressão estatal punitiva. No entanto, apesar da extrema diferença de tratamento, as diferenças entre um delito e outro não são dadas a partir de critérios tão claros e seguros, o que acarreta problemas para o correto enquadramento jurídico da conduta, abrindo-se espaço para o arbítrio e para a insegurança jurídica, conforme será visto

3.2 ANÁLISE DOS TIPOS PENAIS DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE PARA CONSUMO

As normas penais incriminadoras são aquelas compostas de duas partes: preceito primário, formado pelo tipo penal, que define a conduta passível de sanção penal; preceito secundário, que consiste na sanção aplicada pela incidência na figura tipificada. A análise enunciada no presente tópico refere-se à primeira parte da norma.⁴³

As principais normas incriminadoras da Lei 11.343/2006, conforme referido, são os chamados delitos de tráfico e de porte para consumo. O delito de tráfico está tipificado no Título IV (Da Repressão à Produção Não Autorizada e Ao Tráfico de Drogas), Capítulo II (Dos Crimes), no art. 33, caput, que assim prevê:

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103529/SP. Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello. D.E 03-08-2010.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso com Agravo n. 1052700/ MG. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília. D.E 31-01-2018.

⁴² CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.255

⁴³ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.158.

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.

Também são previstas, no parágrafo primeiro, figuras equiparadas ao tráfico de drogas, sujeitas às mesmas penas:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Por outro lado, o delito de porte para consumo está tipificado no título III (Das Atividades de Prevenção do Uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de usuários e Dependentes de Drogas), no Capítulo III (Dos Crimes), no art. 28, Caput, que assim prevê:

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.

Assim como ocorre no tráfico de drogas, há previsão de condutas equiparadas, sujeita às mesmas penas:

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Conforme refere a doutrina, o bem jurídico a que visam tutelar as normas penais da Lei 11.343/2006 é Saúde Pública. Nesse sentido, para a existência do

delito não há necessidade de dano, pois o perigo é presumido de forma absoluta.⁴⁴ Trata-se, portanto, de crime de mera conduta.

O tipo penal pode ser definido como o conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal. Assim, o tipo penal exerce uma função individualizadora da conduta humana e limitadora do direito penal, sendo verdadeira expressão da reserva legal, garantindo que ninguém será punido se sua conduta não se conformar à moldura do tipo (juízo de tipicidade) .⁴⁵

O tipo penal pode ser dividido em tipo objetivo e tipo subjetivo.

O tipo objetivo descreve todos os elementos objetivos que identificam e limitam o teor da proibição penal: o sujeito ativo, a conduta proibida, o objeto da conduta, as formas e meios da ação, o resultado, a relação de causalidade, as circunstâncias do fato, etc. Isso quer dizer que o tipo objetivo constitui o referente fático sobre o qual se projeta a vontade reitoria da ação, elemento do tipo subjetivo.⁴⁶

Dentro do tipo objetivo podem ser identificados elementos objetivos-descritivos e elementos normativos. Os primeiros são aqueles de fácil cognição, de percepção meramente sensorial, como os atos praticados pelo agente e as circunstâncias do fato. Já os segundos são o que dependem de algum juízo valorativo, não sendo simplesmente percebidos a partir do sentidos.⁴⁷

Analisando a figura do art. 33, caput, constata-se que o tipo objetivo é formado por uma pluralidade de 18 verbos (elementos objetivos-descritivos), pelo que é classificado doutrinariamente de tipo misto alternativo.

Integram também o tipo objetivo o objeto da conduta, que são as “drogas”, além da expressão “sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar” (elemento normativo). Esse último elemento normativo, assim como o objeto da conduta (droga), além de dependerem de uma atividade valorativa, dependem da complementação de uma norma externa, o que, conforme será visto, caracteriza o tipo como norma penal em branco.

A figura do art. 33, §1º, inciso I, segue estrutura semelhante à do caput, prevendo 14 condutas idênticas, e com mesmo elemento normativo, com a diferença

⁴⁴FILHO, Greco; RASSI, João Daniel. **Lei De Drogas Anotada: lei n. 11.242/2006**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

⁴⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.297/299.

⁴⁶*Ibidem*, p. 305

⁴⁷*Ibidem*, p.302.

de que o objeto da ação são as matérias primas, insumos ou produtos químicos destinados à preparação da droga. Seguindo estrutura parecida, o art. §1º, inciso II, prevê as condutas de semear, cultivar ou fazer a colheita, e o objeto da ação são as plantas que constituam matéria-prima para a preparação de drogas. Por sua vez, o art. 33, §1º, inciso III, prevê as condutas de utilizar ou consentir que outrem se utilize, e como objeto material o bem, de qualquer natureza, que o sujeito ativo tenha a posse, administração, guarda ou vigilância, e que seja destinado ao tráfico de drogas. Nesse sentido, não precisa haver uma relação jurídica com o bem, pois “não desnatura o delito a precariedade da posse ou detenção do agente sobre o local, bastando que possa dele se utilizar ou tenha condições de consentir que outro se utilize”.⁴⁹

Quanto ao tipo objetivo do art. 28, caput, assemelha-se ao do art. 33, caput, e embora tenha-se chamado de “porte” para consumo, prevê cinco condutas semelhantes àquelas no delito de tráfico: as condutas de adquirir, ter em depósito, guardar, trazer consigo ou transportar. A diferença entre os tipos objetivos, portanto, é quanto à abrangência, já que o tipo do art. 33 prevê, além das cinco condutas mencionadas, outras 13. No mesmo sentido o art. 28, §1º prevê as mesmas condutas do art. 33, §1º, inciso II. Portanto, não é possível determinar a incidência penal em um ou outro delito apenas pelo tipo objetivo. Essa diferenciação é feita a partir do elemento subjetivo especial, conforme será visto.

Em relação ao tipo subjetivo das normas penais, ele é composto pelo elemento subjetivo geral, que é o dolo e, a depender da norma, por elementos subjetivos especiais. Existem entretanto situações em que o dolo não é integrante do tipo, nos casos dos tipos penais culposos. Pela legislação brasileira, entretanto, é necessária previsão específica da modalidade culposa, nos termos do art. 18, parágrafo único, do Código Penal.

Retomando a análise do tipo subjetivo, o dolo pode ser definido como “a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto”.⁵⁰ Segundo a legislação brasileira, o dolo é de dois tipos: direto ou eventual.

⁴⁹FILHO, Greco; RASSI, João Daniel. **Lei De Drogas Anotada: Lei n. 11.242/2006**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 103.

⁵⁰BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 308.

O dolo direto consiste na consciência e vontade direta de praticar todos os elementos integrantes do tipo penal. O dolo eventual, por sua vez, ocorre quando o agente, não obstante não tenha uma vontade direta de realizar todos os elementos integrantes do tipo penal, tem consciência de que poderia realizá-los e, mesmo assim, assume tal risco. Todavia, pode-se dizer que essa assunção de risco constitui uma manifestação da vontade do agente.⁵¹

Já o elemento subjetivo especial é um especial motivo ou fim de agir que pode estar contido no tipo penal. A doutrina clássica, de forma equivocada, chamava esse elemento de dolo específico. No entanto, embora amplie o tipo subjetivo, o elemento subjetivo especial não se confunde com o dolo, que, como visto, esgota-se com a consciência e vontade de praticar os elementos do tipo objetivo, ou a assunção do risco de fazê-lo. De qualquer forma, a ausência desse especial fim de agir, quando previsto, descaracteriza o tipo subjetivo, independentemente da presença de dolo.⁵²

Quanto às figuras penais sob análise, o dolo, portanto, é elemento integrante tanto do tipo penal do tráfico de drogas quanto do porte para consumo, uma vez que a Lei 11.343/2006 não previu a modalidade culposa para essas figuras. Dessa forma, o sujeito ativo, para incidir em qualquer delas, deve ter consciência e vontade, ou no mínimo, ter assumido o risco de praticar todos os elementos do tipo penal. Um exemplo do último caso ocorre quando o agente não tem certeza de que a substância se trata de droga, mas, mesmo tendo consciência de que pode ser, não se importa de cedê-la a terceiro ou de mantê-la em depósito.

No entanto, se o agente, por exemplo, guardava substância que não sabia que era droga, acreditando ser outra coisa, não responderá por nenhum crime, uma vez que terá incidido em erro de tipo, nos termos do art. 20 do Código Penal.

A questão dos elementos subjetivos especiais nos tipos penais do tráfico de drogas e do porte para o consumo será tratada em tópico próprio (item 3.4), tendo em vista a relevância do assunto para o presente trabalho.

⁵¹ *Ibidem*, p. 312.

⁵² BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 313.

3.3 TIPICIDADE NA FORMA DE NORMA PENAL EM BRANCO

A norma penal em branco pode ser entendida como aquela em que um dos elementos do tipo penal necessita de um complemento externo, exterior ao próprio tipo. Essa necessidade de complementação não decorre da simples vagueza das palavras, existente em todos os textos, inclusive os de dispositivos legais.

Na norma penal em branco, o tipo penal, já em sua forma exterior, prevê um conceito jurídico indeterminado e que deve ser complementado por outra fonte, exterior ao próprio tipo.⁵⁴

Nesse caso, a sanção está vinculada a um tipo penal que precisa ser definido por uma norma complementadora. Quando essa norma complementadora é emanada pelo próprio legislativo, fala-se em tipo penal em branco em sentido amplo ou impróprio, podendo o complemento estar na própria lei que prevê o tipo ou em outra lei. No entanto, quando o complemento emanar de outra fonte, inferior à legislativa, fala-se de tipo penal em branco em sentido estrito ou próprio.⁵⁵

Nesse sentido, os tipos penais do art. 28 e 33, bem como de seus parágrafos, podem ser definidos como tipos penais em branco em sentido estrito ou próprio. Assim, o elemento exterior, não definido pelo próprio tipo, é justamente o conceito de “droga”. Não é possível definir, apenas com a leitura dos referidos dispositivos legais, quais substâncias podem ou não ser consideradas drogas.

Dessa forma, a Lei 11.343/2006, no seu art. 1º, parágrafo único, estabelece que são consideradas drogas “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Essa definição, conforme indica o art. 66 da lei de drogas, é feita pela Portaria nº 344/1998 da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério de Saúde (SVS/MS), a qual é periodicamente alterada por meio de resoluções da Agência Nacional de Vigilância em Saúde, com a inclusão de novas substâncias ou alteração das existentes.

⁵⁴MEZGER, Edmund. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*. Bd. I. Berlin: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951, p. 85 e s. Apud. Alfien, Pablo Rodrigo. **Sobre a Técnica Legislativa em Matéria Penal na Lei de Drogas**. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 Anos da Lei De Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 666.

⁵⁵**Sobre a Técnica Legislativa em Matéria Penal na Lei de Drogas**. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 Anos da Lei De Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 666.

Nesse ponto, chama-se a atenção para uma observação feita por Pablo Rodrigo Alflen: A Lei 11.343/2006, ao tratar do assunto, previu a possibilidade de a complementação ser feita por outra lei **ou** por lista atualizada pelo poder executivo da União. Por outro lado, o art. 66, ao remeter o conceito de drogas para os conceitos da Portaria nº 344/1998 da SVS/MS, “até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada” no artigo 1º, parágrafo único, não excluiu a possibilidade de a matéria ser regulada por outra lei. A lei de drogas, entretanto não indicou a preferência entre um ou outro, de modo que não é impossível a existência de dois diplomas funcionando como normas definidoras do conceito de drogas, o que acarretaria maior insegurança jurídica e incerteza do cidadão destinatário da norma.⁵⁶

Importante referir que há contundente crítica da doutrina em relação às normas penais em branco, pois esse tipo de norma “representaria um risco por dificultar ao indivíduo o conhecimento da norma, e, ao mesmo tempo, desrespeitá-lo como pessoa”⁵⁷

Ao mesmo tempo, e especificamente em relação às normas penais em branco em sentido estrito, não há que se olvidar que, embora produza os mesmos efeitos incriminadores que qualquer norma, a parte integradora do tipo (norma complementar), não passou pelo rigoroso procedimento legislativo de criação da lei penal.⁵⁸ Portanto, esse tipo de norma seria uma relativização da reserva legal absoluta.

No entanto, apesar das relevantes críticas, a criação de normas penais em branco é cada vez mais comum. Isso se deve principalmente à complexidade e dinamicidade da vida moderna diante em diversos setores da atividade, como economia, tributação e consumo, que, apesar de terem bens jurídicos relevantes a serem protegidos, são de difícil regulamentação, tendo em vista a pouca agilidade do processo legislativo. Assim, as normas penais em branco são vistas como um

⁵⁶ALFLEN, Pablo. Sobre a Técnica Legislativa em Matéria Penal na Lei de Drogas. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 Anos da Lei De Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p 668 e 669.

⁵⁷**Sobre a Técnica Legislativa em Matéria Penal na Lei de Drogas**. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 Anos da Lei De Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p 662

⁵⁸CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed São Paulo: Saraiva, 2016. p.257.

mal necessário, não sendo mais prescindíveis, de forma que o que se discute não é sua existência, mas como e em que medida devem ser usadas.⁵⁹

Por fim, cumpre salientar, na esteira do que leciona Cezar Roberto Bittencourt, que, tratando-se de norma penal em branco, a denúncia do Ministério Público deve indicar a lei complementadora do tipo penal em branco, pois necessária à adequação típica.⁶⁰

3.4 ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL DO TIPO E CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS DELITOS DO ART. 28 E 33 DA LEI DE DROGAS.

Conforme visto, não é possível diferenciar, tão somente pelo tipo objetivo, as figuras do art. 28, caput e §1º, das figuras do art. 33, caput e §2º da Lei de Drogas, quando o agente comete uma das condutas previstas em ambas as normas penais.

Portanto, o que é determinante para a incidência em um tipo penal ou em outro é o especial fim do agir do sujeito ativo (elemento subjetivo especial). O art. 33, caput e §2º, no entanto, não descrevem qualquer elemento subjetivo, que apenas foi expressamente previsto na figuras do art. 28, caput e §1º, que contém a expressão “para consumo pessoal”.

Assim, a doutrina, de forma tranquila, costuma mencionar que não há elemento subjetivo especial no delito de tráfico de drogas, de modo que não é necessário para sua configuração que o sujeito ativo cometa uma das condutas com o fim de comercializar a droga. A finalidade de agir, por estar expressamente prevista apenas no art. 28 e §1º, leva à situação de que, não havendo a finalidade de consumo pessoal, qualquer outra finalidade, ainda que não a comercialização, configura o tráfico de drogas.⁶¹

Entretanto, deve-se ter cuidado para que essa afirmação não seja mal interpretada, pois ela pode criar situação que potencializa uma tendência de inversão do ônus da prova, de modo que recairia ao réu o dever de provar o especial

⁵⁹**Sobre a Técnica Legislativa em Matéria Penal na Lei de Drogas.** In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 Anos da Lei De Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p.667

⁶⁰BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral.** 19.ed São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117.

⁶¹ FILHO, Greco; RASSI, João Daniel. **Lei De Drogas Anotada: Lei n. 11.242/2006.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87

fim de agir, eximindo a acusação do dever, imposto pela constituição, de confirmar, à exaustão, as hipóteses narrada na denúncia e apresentar evidências que permitam concluir que a ação era destinada ao uso pessoal.⁶²

Assim, Salo de Carvalho propõem que o raciocínio deva ser realizado de forma contrária, invertendo-se os rumos da doutrina e jurisprudência na vigência da Lei 6.368/76, para que se entenda que o tipo penal do tráfico de drogas possui o elemento subjetivo especial, consistente na finalidade específica de mercancia, pelo que não havendo prova dessa finalidade ou dúvida quanto a ela, deva haver a desclassificação da conduta para porte para consumo.⁶³

As inquietações trazidas são de suma importância, e o problema decorre da ausência de critérios claros para a diferenciação dos tipos penais, da disparidade entre as penas e da ausência do estabelecimento de tipos penais intermediários⁶⁴. Na verdade, poder-se ia dizer que a figura prevista no art. 33, §3º (consumo compartilhado), consiste em um tipo penal intermediário. No entanto, a tendência jurisprudencial é, nos casos de consumo compartilhado, desclassificar para a figura do porte para consumo.^{65 66}

A questão, portanto, é a de como o juiz, ao se deparar com o caso concreto, irá diferenciar se a conduta específica destinava-se ao consumo pessoal ou à outra finalidade. A lei de drogas, para tentar resolver essa situação, prevê no art. 28, §2º, que, para determinar a finalidade específica da ação, o magistrado deve levar em consideração “a natureza e quantidade de drogas, ao local, às condições em que a ação foi desenvolvida, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e os antecedentes do agente”.

Percebe-se, que a lei, para definir o elemento subjetivo, valeu-se de critérios objetivos, o que é natural, tendo em vista a impossibilidade de adentrar-se na mente do sujeito ativo para definir qual a finalidade específica de sua conduta.

No entanto, um dos problemas que pode surgir a partir da determinação do art. 28, §2º, é a tendência, equivocada, de objetificação do elemento subjetivo.

⁶² CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.. 270.

⁶³ *Ibidem*, p.270.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 261.

⁶⁵ *Ibidem*, p.262.

⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70074096074. Segunda Câmara Criminal, Relatora: Rosaura Marques Borba. D.E 08-03-2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70078024676. Terceira Câmara Criminal, Relator Diogenes Vicente Hassan Ribeiro D.E 15-08-2018.

Assim, alguns elementos objetivos, como a elevada quantidade de droga de natureza altamente lesiva à saúde, podem servir como indícios, mas jamais determinar, de forma absoluta e para todos os casos, que a conduta se destina ao tráfico de drogas. Ou seja, esses elementos criam uma tendência, indicam uma finalidade, mas não são provas absolutas da ausência de destinação ao consumo.⁶⁷

Ademais, não se pode reavivar um sistema de prova legais (tarifada), em detrimento do livre convencimento motivado, conforme determina o art. 157 do Código de Processo Penal combinado com art. 97, IX, da Constituição Federal.⁶⁸

Entretanto, outro problema da redação do art. 28, §2º, é que, não obstante tenha referido critérios objetivos, utilizou termos muito vagos, não os determinando com muita precisão. Assim, por exemplo, apesar de indicar a quantidade e natureza de drogas como critérios a serem considerados, não definiu o que seria quantidade elevada para cada tipo de droga. Essa definição sequer consta em qualquer outro texto normativo, sendo relegado ao juiz decidir, no caso concreto, não só a finalidade da conduta, mas também a própria definição de alta ou baixa quantidade de drogas, o que cria certa insegurança jurídica e desigualdade no julgamento de casos semelhantes.

Dessa forma, a definição de um parâmetro do que seria quantidade de drogas elevada, apta a indicar a atividade de traficância, como ocorre em alguns países, poderia estabelecer uma maior igualdade de tratamento de casos. Frise-se: não se quer dizer, com isso, que deva ser estabelecido um parâmetro absoluto e inquestionável.

A questão do estabelecimento de um parâmetro para o critério da quantidade de drogas será tratada nos próximos tópicos, onde será analisada a legislação da Espanha sobre o tema (item 3.5) e os critérios jurisprudenciais para a diferenciação dos delitos de tráfico de drogas e porte para consumo (Item 3.6 e 3.7).

Antes de entrar no tema, todavia, cumpre adiantar o entendimento jurisprudência sobre o elemento subjetivo especial do tipo penal e sua prova nos delitos de tráfico e de porte para consumo. Embora boa parte da doutrina mencione que o delito de tráfico não dependa da finalidade da mercancia, nota-se que deve ser demonstrada, no mínimo, a finalidade de circulabilidade ou destinação a

⁶⁷ CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 274.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 275.

terceiros. Ou seja, em havendo dúvida se a conduta destinava-se ao consumo ou não, aplica-se o princípio do *in dubio pro reo*, pelo qual incide o tipo penal de menor gravidade.

Sobre o tema, leciona Nestor Távora:

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incisos II, V e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição.⁶⁹

Portanto, cabe à acusação demonstrar os elementos que indiquem que a conduta destinava-se ao tráfico de drogas e não ao consumo. Se esses elementos forem devidamente demonstrados, junto com a autoria e materialidade, então poderá se inferir que a atividade não era destinada ao consumo.

Nesse sentido, tanto as decisões condenatórias pelo tráfico de drogas, quanto as absolutórias ou desclassificatórias, são fundamentadas a partir da existência ou não de comprovação da destinação da droga à terceiros(mercancia ou circulabilidade), pelo que a dúvida em relação à tipicidade é interpretada a favor do réu.⁷⁰

3.5 O ESTABELECIMENTO DE UMA QUANTIDADE FIXA PARA CADA TIPO DE DROGA

Conforme referido, não há, e jamais houve, na legislação ou jurisprudência brasileiras, o estabelecimento de quantidade fixa para cada tipo de droga como critério de diferenciação entre as hipóteses de uso ou comércio.

O direito comparado, no entanto, tem exemplos de adoção do critério objetivo da quantidade. Toma-se como referência o direito penal espanhol. Nesse sentido, o

⁶⁹TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 19.ed.Salvador: Juspodium, 2016. p. 866.

⁷⁰RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70076601590. Terceira Câmara Criminal, Relator Honório Gonçalves da Silva Neto. D.E. 27-03-2018.
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70075343152. Terceira Câmara Criminal, Relator Diógenes Vicent Hassan Ribeiro. D.E 04-12-2017.

Código Penal Espanhol prevê, nos seus art. 368, 369 e 370, três níveis de incriminação, que variam do tráfico simples (art. 368), perpassam pelo tráfico com punição agravada (art. 369, §6º), até o tráfico na forma qualificada (art. 370, §3º). Por outro lado, a conduta destinada ao consumo próprio não é penalizada, sendo fato atípico.

A lei penal espanhola utiliza como critério de distinção entre as figuras puníveis, entre outros, a quantidade de droga, mas assim como a legislação brasileira, não estabelece quantidades fixas para cada tipo de droga. A jurisprudência, no entanto, utilizando-se de dados provenientes das autoridades sanitárias, fixou esse parâmetro. Especificamente em relação ao consumo, foi utilizado o número médio de consumo diário, projetado para três dias.

A título de exemplo, em relação ao haxixe, droga, que, assim como a maconha, deriva da *cannabis*, os parâmetros foram fixados da seguinte forma:

a) até 50 gramas o fato é atípico (posse para consumo pessoal); b) entre 50 gramas e 1 kilo, considera-se posse moderada, recaindo figura do tráfico simples; c) de 1 kilo a 2,5 kilos, a quantidade é de notória importância, incidindo as penas agravadas; d) acima de 2,5 kilos, a posse passa a ser de extrema quantidade, aplicando-se as sanções do tráfico.⁷¹

Percebe-se, portanto, que o estabelecimento de uma quantidade fixa de drogas no direito espanhol, além de ser usado para um sistema escalonado de incriminações, com diversos níveis de punição, é usado de forma absoluta para excluir a tipicidade do fato, independentemente da conduta de porte ou armazenagem.⁷²

A partir disso, Salo de Carvalho propõem o estabelecimento da quantidade fixa como critério para excluir, a priori, a discussão sobre a tipicidade penal, de modo que casos em que a quantidade de drogas apreendidas estiver abaixo do padrão fixado teriam a presunção absoluta de uso, devendo ser tratadas no âmbito do Juizados Especiais Criminais.⁷³

Entretanto, a proposta do presente trabalho, ao tentar encontrar parâmetros na jurisprudência sobre a quantidade de drogas considerada elevada, foi diversa, conforme será explicado no próximo tópico.

⁷¹CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p 285

⁷²CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8.ed São Paulo: Saraiva, 2016. p 285

⁷³*Ibidem*. p 287

Todavia, cumpre, desde já, mencionar severas e fundadas críticas em relação ao estabelecimento de quantidades fixas de droga, formuladas por Bruno Shimizu e Patrick Cacicedo⁷⁴.

Segundo os autores, o estabelecimento de quantidades fixas apostaria no discurso diferenciador para atenuar a gama de punitividade trazida pela lei de drogas. Todavia, esse discurso não estaria baseado na realidade empírica, em que muitos dos consumidores acabam pontualmente envolvendo-se com o tráfico, até mesmo para sustentar o próprio consumo. Ou seja, esse discurso, além de reforçar a ideia do traficante como inimigo público, não evitaria a ampla repressão e encarceramento contra as camadas mais pobres da população. Seria ingenuidade acreditar que o problema de superlotação das prisões proporcionado pelo combate às drogas seria devido a falhas na legislação, ignorando-se o fato de que é, na verdade, um problema de política pública.

Por outro lado, o estabelecimento de uma quantidade fixa de drogas poderia ser “um tiro no próprio pé”, uma vez que poderia criar a tendência de presunção de tráfico para quantidades superiores às encontradas, ao tempo que não evitaria a condenação para quantidades menores. Ainda, conforme referem os autores, na realidade do foro quase nunca os juízes utilizam exclusivamente o critério da quantidade para condenar alguém, utilizando, na maioria das vezes, apreciações discriminatórias.

Apesar da relevância da crítica feita, a busca por uma quantidade fixa de drogas, levando-se em conta os parâmetros jurisprudenciais, conforme feita no presente trabalho, é de suma importância, desde que interpretada corretamente, o que será demonstrado nos próximos tópicos.

⁷⁴SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 286, p. 08-09., set. 2016. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131190>. Acesso em: 30 out. 2018.

3.6 CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS PARA O ENQUADRAMENTO NO TIPO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS

Abordados os critérios definidos pela legislação brasileira e pelo direito espanhol, bem como a compreensão doutrinária sobre o tema, parte-se para a análise de como a jurisprudência tem compreendido a questão do tráfico e do porte de drogas. Para tanto, foi realizada uma pesquisa junto ao sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷⁵, acessado entre os dias 20 de março e 15 de abril de 2018. O objetivo da pesquisa foi o de tentar encontrar quais eram os fundamentos mais utilizados para configurar o delito de tráfico de drogas, caracterizando a destinação de mercancia ou circulabilidade da droga, ou afastar essa configuração. Dentro dessa finalidade, buscou-se, subsidiariamente, identificar um parâmetro do que seria quantidade, conforme a natureza da droga, considerada expressiva.

Ademais, buscou-se verificar, conforme será melhor aprofundado no item 4, quais fundamentos para a incidência ou não da causa especial de diminuição prevista do art.33, §4º, da Lei de Drogas.

3.6.1 Metodologia da Pesquisa Realizada

Visando a alcançar os objetivos acima enunciados, foram analisadas 60 (sessenta) decisões, todas elas proferidas pelas três primeiras câmaras criminais do Tribunal de Justiça, entre as datas de 20/09/2017 e 20/03/2018. Essas 60 (sessenta) decisões foram divididas em dois grupos, cada um com 30 (trinta decisões). A ferramenta de busca jurisprudencial do sítio do Tribunal de Justiça permite a utilização de uma série de filtros para melhor precisar a pesquisa. Dessa forma, foram utilizados diferentes filtros em cada um dos grupos.

O primeiro grupo foi formado por decisões condenatórias pelo delito de tráfico de drogas. Ele foi dividido em três subgrupos com dez decisões cada. O critério de divisão foi o órgão julgador: primeira, segunda ou terceira câmara criminal. Optou-se

⁷⁵ Disponível em

<[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris) -> Acessado entre os dias 20 de março e 15 de abril de 2018.

por fracionar dessa forma justamente para tentar encontrar uma visão mais ampla do entendimento do Tribunal, a partir das três câmaras competentes para o julgamento do delito de tráfico de drogas.

Os filtros utilizados, além da delimitação de data já mencionada, foram os seguintes: na aba “Tribunal”, selecionou-se a opção “Todos exceto turmas recursais”; na aba “Órgão Julgador”, selecionou-se a opção conforme o critério do subgrupo (primeira, segunda ou terceira câmara); na aba “Tipo de Processo”, selecionou-se a opção “Apelação Criminal” e na aba “com a expressão”, escreveu-se a expressão “Tráfico de Drogas”.

Dessa forma, foram selecionadas, em cada subgrupo, as decisões mais recentes, atentando-se a algumas restrições: I- Como um dos objetivos da pesquisa foi encontrar fundamentos para a incidência ou afastamento do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, garantiu-se um mínimo de 05 decisões que analisaram essa questão. Assim, a busca para cada subgrupo só cessou quando achadas dez decisões, em que no mínimo metade delas tivessem analisado a incidência da minorante; II- Não foram analisadas decisões em que a constatação da traficância se deu pela confissão judicial do réu, pelo testemunho em juízo de usuário que adquiriu as drogas do réu, por investigação policial, com interceptação telefônica ou abordagem de usuários, ou pela flagrância do ato da venda.

Essas últimas restrições se justificam, mas não porque nesses casos a prova da mercancia ou circulabilidade da droga é irrefutável. Aliás, sabe-se há muito tempo que a confissão não é mais a rainha das provas. No entanto, o objetivo do trabalho foi justamente identificar aquelas situações mais cinzentas, para tentar encontrar quais os critérios são utilizados nos julgados para diferenciar uma figura jurídica da outra. Não se nega, todavia, que mesmo nos casos mencionados seja possível o enquadramento no tipo penal do artigo 28 da Lei de Drogas, conforme as circunstâncias concretas.

Assim, para obter um número de dez decisões por subgrupo, atentando-se às condições mencionadas:

i) no primeiro grupo subgrupo (primeira câmara criminal), foi necessário analisar 16 decisões, de forma que, das seis eliminadas, uma foi em virtude de ter ocorrido absolvição, duas em virtude de ter havido investigação policial, com abordagem de usuários e uso de interceptações telefônicas, uma em virtude de patrulhamento de rotina ter sido abordado usuário que confessou ter adquirido a droga do réu, uma em

virtude de o réu ter confessado judicialmente a traficância e uma por ter sido objeto de recurso somente a questão da incidência do art. 33, §4º da Lei de Drogas.

ii) no segundo subgrupo (segunda câmara criminal) foi necessário analisar 33 decisões, de forma que das 23 eliminadas, uma foi por ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, uma pelo não conhecimento do recurso, ante a intempestividade, duas em virtude desclassificação jurídica da conduta, nove em que houve investigação, com uso de interceptação telefônica ou com abordagem de usuário logo após ter comprado a droga com o réu, ou que usuário ou testemunha (não policial) indicou em juízo ter presenciado a venda de drogas pelo réu; três em que houve a confissão do réu, em juízo, de que tentava vender as drogas apreendidas; uma em que os policiais flagraram os atos de mercancia; uma decisão que analisado apenas o *quantum* de pena aplicado e uma decisão em que as drogas foram diversas dos três tipos analisados na pesquisa. Além disso, para garantir um mínimo de cinco decisões que analisassem a incidência do Tráfico Privilegiado foram eliminadas quatro decisões que não analisavam essa questão.

iii) no terceiro subgrupo (terceira câmara criminal), foi necessário analisar 27 decisões, de forma que das 17 eliminadas, oito foram por ter ocorrido absolvição do réu, duas em que houve confissão judicial quanto à mercancia ou destinação da droga a terceiros, seis em que houve investigação, com uso de interceptação telefônica ou com abordagem de usuário logo após ter comprado a droga com o réu, ou que usuário ou testemunha (não policial) indicou em juízo ter presenciado a venda de drogas pelo réu, e uma por ter ocorrido flagrante dos atos de mercancia.

A relação de decisões eliminadas e os respectivos motivos constam no Anexo B do presente trabalho.

O segundo grupo, por sua vez, foi formado por decisões que entenderam haver dúvida quanto à destinação da droga a terceiros, absolvendo o réu ou desclassificando a conduta para a figura do Porte ou Posse para Consumo.

Nesse ponto, cumpre referir a existência de divergência no entendimento quanto à possibilidade de desclassificação na via recursal. Aqueles que entendem pela impossibilidade argumentam que a denúncia, ao imputar o delito de tráfico, não descreve o elemento subjetivo especial do tipo, enquanto a denúncia pelo crime do art. 28 da Lei de Drogas descreve esse especial fim de agir. Dessa forma, para esse entendimento, o julgador que realiza a desclassificação estaria mudando a descrição

fática da inicial acusatória, incorrendo na vedada *mutatio libelli*, nos termos da súmula 453 do STF.⁷⁶

Todavia, para outra parcela, a desclassificação é possível, desde que a denúncia descreva um dos verbos nucleares comuns aos delitos de Tráfico e Porte ou Posse para Consumo.⁷⁷

Voltando ao objeto da pesquisa, o objetivo, no segundo grupo, foi encontrar um parâmetro do que seria aceito como quantidade de drogas inexpressiva. Como, a partir do resultado obtido pela pesquisa no primeiro grupo, constatou-se que a quase totalidade de condenações se deu para três tipos de droga (maconha, cocaína em forma de pó e cocaína em forma de pedra – “crack”), o grupo foi subdividido em três, cada um com 10 (dez) decisões sobre um tipo de droga diferente dos outros subgrupos.

Dessa forma, além da delimitação de data já mencionada, os filtros utilizados para a busca no segundo grupo foram os seguintes: na aba “Tribunal”, foi selecionada a opção “Todos exceto turmas recursais”; na aba “Tipos de Processo”, foi selecionada a opção “Apelação Crime”; na aba “com a expressão” foi digitada a expressão “Tráfico de Drogas”.

A partir dos filtros selecionados, foram encontradas aproximadamente 1770 decisões. Dessas, buscou-se, entre as primeiras 800 decisões, todas aquelas que eram desclassificadoras ou absolutórias. Após, foram eliminadas aquelas decisões em que a absolvição ocorreu por outro motivo que não a dúvida quanto à tipicidade do fato, normalmente pelo acolhimento da preliminar de invasão de domicílio suscitada pela defesa, ou pela ausência de provas de que a droga encontrada pertencia ao réu.

Ainda, a partir do resultado obtido, operou-se mais uma “filtragem”. Como o objetivo do trabalho foi justamente encontrar um parâmetro limiar entre quantidade de drogas compatível e incompatível com o consumo, foram selecionadas, para análise em cada subgrupo, as dez decisões absolutórias ou desclassificadoras em que foram apreendidas a maior quantidade de drogas, totalizando trinta decisões – dez decisões com a maior quantidade de maconha, dez com a maior quantidade de cocaína em pó e dez) com a maior quantidade de “crack”.

⁷⁶RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70074242520. Terceira Câmara Criminal, Relator Diógenes Vicente Hassan Ribeiro. D.E 04-04-2018.

⁷⁷RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70076047604. Segunda Câmara Criminal, Relator Victor Luiz Barcellos Lima. D.E 19-12-2017.

Por fim cumpre referir que houve decisões em que a quantidade de drogas não foi considerada inexpressiva, mas a absolvição ocorreu por falta de demais provas quanto à traficância. Essas decisões, portanto, não foram consideradas para estabelecer a definição de quantidade inexpressiva.⁷⁸

3.6.2 Dos Resultados Obtidos

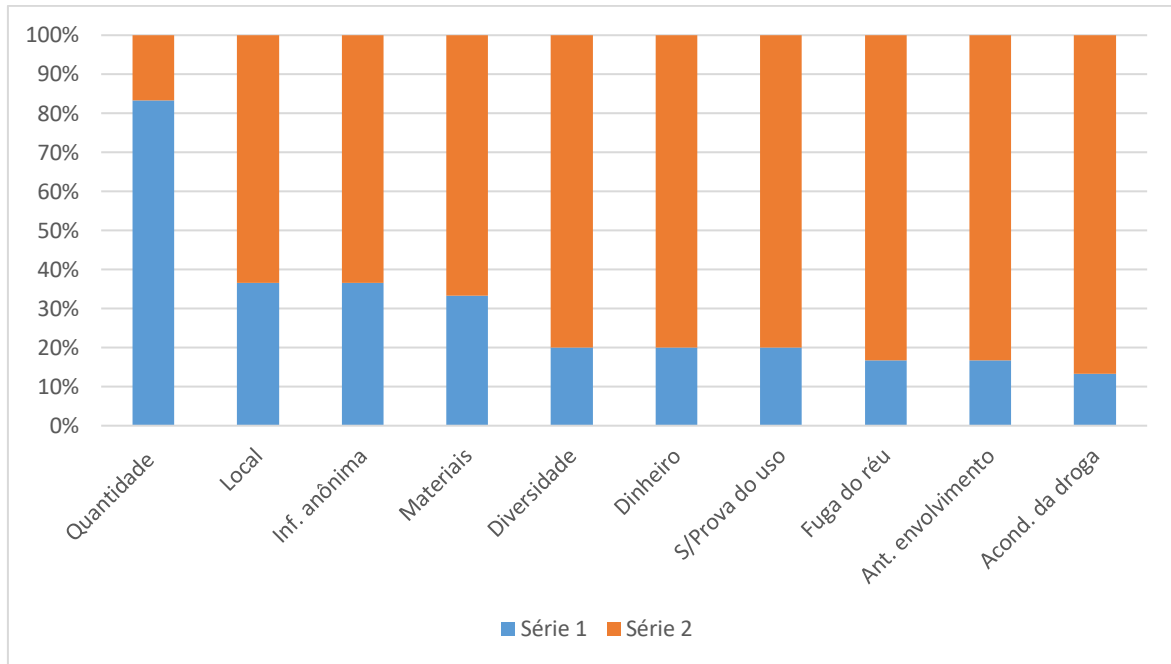
Depois de analisadas as trinta decisões do primeiro grupo, constatou-se que os principais fundamentos utilizados para caracterizar a mercancia ou circulabilidade das drogas foram:

Quantidade expressiva das drogas, em 25 decisões; local conhecido como ponto de tráfico em 11 decisões; existência de informações anônimas que indicavam que o réu estaria praticando o tráfico, ou que estaria em determinado lugar pronto para realizar a venda, em 11 decisões; materiais encontrados, característicos do tráfico, como balanças de precisão e/ou material para embalagem, em dez decisões; diversidade das drogas, em seis decisões; quantidade em dinheiro encontrada, em seis decisões; ausência da prova da condição de usuário, seja pela inexistência de apreensão de petrechos para consumo, seja porque o réu não alegou ou afirmou que não era usuário, em seis decisões; réu que tentou fugir da abordagem policial, em cinco decisões; réu que já havia sido condenado por algum crime, sofria processo ou já havia sido preso por tráfico, em cinco decisões; forma de fracionamento ou acondicionamento da droga, em quatro decisões.

A relação entre as a quantidades de decisões em que usado determinado fundamento, e o total de decisões analisadas, é expressa, em porcentagem, no gráfico abaixo:

⁷⁸RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70074118258. Terceira Câmara Criminal, Relator Diógenes Vicente Hassan Ribeiro. D.E. 30-11-2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70075684209. Terceira Câmara Criminal, Relator Ingo Wolfgang Sarlet. D.E 28-03-2018.



No item 3.7 será realizada uma análise mais detida em relação aos critérios acima registrados. Entretanto, desde já se percebe que a quantidade de drogas foi o fundamento mais utilizado para configurar o delito de tráfico.

Todavia, conforme visto, a lei não define o que seria quantidade expressiva de drogas, deixando tal encargo para o judiciário. Nesse interim, a pesquisa realizada no segundo grupo de decisões constatou os seguintes parâmetros, anotados nas tabelas abaixo⁷⁹:

Subgrupo 01- “Maconha”

Acórdão Nº	Câmara Julgadora	Quantidade de Droga e Forma de Fracionamento
70075343152	3ª	55 tijolinhos totalizando 147g maconha (0,45 cocaína)
70076381789	3ª	63 tijolos de maconha, pesando 101 gramas
70075143641	3ª	97 gramas de maconha
70075343277	3ª	2 tijolos de maconha pesando 91 gramas
70073404907	3ª	26 porções e 8 pontas de maconha, totalizando 70g
70073387615	3ª	61,5 gramas maconha

⁷⁹ Tabela completa, com data das decisões, principais objetos apreendidos e fundamentos utilizados, consta no Anexo A do presente trabalho.

70074934522	3ª	19 tijolos de maconha pesando 58,96g
70075773549	3ª	59 tabletes de maconha, pesando 56g
70075369793	2ª	55 gramas de maconha (e 4 buchas de cocaína pesando 3g).
70075704205	3ª	23 tabletes de maconha, pesando 46,28 gramas,

A primeira tabela demonstra que os valores definidos como não expressivos e compatíveis com o consumo de maconha variaram de 46,28 a 147 gramas nas dez decisões supramencionadas. Outrossim, percebe-se que em duas decisões a maconha não foi a única droga encontrada. Constata-se, também, que nove das dez decisões absolutórias ou desclassificatórias foram proferidas pela terceira câmara criminal, e apenas uma pela segunda câmara. Nenhuma foi proferida pela primeira câmara criminal.

Subgrupo 02- "Cocaína"

Acórdão nº	Câmara Julgadora	Quantidade de Droga e Forma de Fracionamento
70073152167	3ª	22 trouxinhas de cocaína, pesando 30g
70075678359	3ª	6 buchas de cocaína, totalizando 23,85g
70074242520	3ª	Uma bucha com 17g de cocaína
70071199368	3ª	14 petecas de cocaína, pesando 11g
70075451864	3ª	9 buchas de cocaína pesando 10,1 gramas
70073755365	3ª	25 buchas de cocaína pesando 8,86g (e 6,43 maconha)
70071924716	3ª	5 buchas de cocaína pesando 7.3 g.
70075462556	3ª	10 petecas de cocaína pesando 7g (11g de maconha).
70075542613	3ª	8 porções de cocaína, pesando 5,5 g. (7 porções de maconha, pesando 24,5g)
70073645012	3ª	27 buchas de cocaína, totalizando 4,7g.

A segunda tabela demonstra que os valores considerados não expressivos e aceitos como compatíveis com o consumo de cocaína variaram de 4,7 a 30 gramas nas dez decisões supramencionadas. Percebe-se que em três decisões a cocaína

não foi a única droga apreendida. Consta-se também que todas as decisões absolutórias ou desclassificatórias foram proferidas pela terceira câmara criminal.

Subgrupo 03- "Crack"

Acórdão nº	Câmara Julgadora	Quantidade de Droga e Forma de Fracionamento
70075556027	3ª	93 pedras de crack, totalizando 15g
70076047604	2ª	99 pedras de crack, pesando 13,1 gramas
70072012032	3ª	80 pedras de crack, pesando 10g
70070026000	3ª	44 pedras de crack, pesando 9,5g
70072253156	3ª	60 pedras de crack, pesando 7,4g
70076114966	3ª	32 porções de crack, substância derivada da cocaína, pesando aproximadamente 6,6 gramas
70075778472	3ª	5,8 gramas de crack (, um invólucro com 1,7 gramas de cocaína e duas buchas de maconha, totalizando 4,9 grama)
70074160060	3ª	5,5 gramas de crack
70074908260	3ª	34 pedrinhas de crack, pesando 5,5g (e 1 porção de maconha pesando 5,4g)
70075657320	3ª	25 pedras pesando 4,5g de crack

A terceira tabela demonstra que os valores não considerados expressivos e aceitos como compatível para o consumo de crack variaram de 4,5 a 15 gramas nas dez decisões supramencionadas. Percebe-se que em duas decisões o crack não foi a única droga apreendida. Consta-se também que nove de dez decisões absolutórias ou desclassificatórias foram proferidas pela terceira câmara criminal, enquanto uma foi proferida pela segunda câmara criminal.

Visando a obter parâmetros ainda mais seguros para compreender o que boa parte dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendem por quantidade não expressiva, foi feita uma média, em cada subgrupo, considerando a soma das quantidades encontradas e dividindo-se esse valor pelo número de decisões. Dessa forma, foram obtidos os seguintes valores aproximados: 78,4 g, para maconha; 12,5 g, para cocaína; 8,3g, para crack. A fim de estabelecer certa margem de segurança, esses valores foram multiplicados por 1,5, obtendo-se

os seguintes resultados aproximados: 118 g, para maconha, 19 g para cocaína e 12,5g para crack.

Observe-se que, mesmo com a margem estabelecida, todos os resultados foram menores do que aquele da decisão absolutória com a maior quantidade para cada droga.

Ainda, no intuito de comparar-se os parâmetros acima mencionados com decisões sobre casos em que foram apreendidas mais de um tipo de droga, procedeu-se da seguinte maneira: o resultado para cada droga foi equiparado ao valor 1. Quando a soma das quantidades apreendidas ultrapassou o valor 1, entendeu-se que a quantidade estava fora do padrão. Se o valor foi inferior ou igual, então considerou-se a quantidade compatível.

A título de exemplo: Em um caso que tenham sido apreendidas 25 g de maconha e 10 g de crack, a quantidade é compatível, porque 25 g de maconha correspondem a 0,2 do valor máximo (118g), e 05 gramas de crack correspondem a 0,8 do valor máximo (12,5g). Somando os valores, obtêm-se o total de 1. Também foram considerados dentro do padrão valores que, não obstante ultrapassaram o valor 1, não chegaram a 1,1.

Quando houve mais de um réu denunciado, a quantidade de droga parâmetro foi considerada para cada réu. Assim, por exemplo, no caso de maconha, para dois réus, a quantidade de droga dentro do padrão para o consumo seria de 226 g (113 g para cada).

A partir desses referenciais, foram destacadas, na tabela constante no Anexo A, referente à análise do 1º grupo de decisões, todas aquelas em que houve condenação, não obstante a quantidade de drogas apreendidas, segundo os parâmetros trazidos, fosse inexpressiva.

Constatou-se que 11 das decisões condenatórias ocorreram em casos em que foram apreendidas quantidades dentro do parâmetro definido como compatível com o consumo, o que corresponde a cerca 37 % das decisões analisadas.

Dessas 11, sete usaram como fundamento para condenação, dentre outros, a expressiva quantidade de drogas, demonstrando a divergência e consequente insegurança jurídica na própria definição de quantidade de drogas elevada. Nas outras cinco decisões, os principais fundamentos foram: existência de informações anônimas indicando a prática da traficância; local conhecido como ponto de tráfico;

tentativa do réu em fugir da abordagem; forma de acondicionamento da droga ; dinheiro encontrado com o réu; materiais usados para o tráfico

Feitas essas considerações, passa-se a uma análise mais detida e crítica dos fundamentos utilizados nos acórdãos.

3.7 ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL PARA CARACTERIZAR O DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Antes de analisar os fundamentos mais utilizados na jurisprudência para configurar o delito de tráfico de drogas ou de porte para consumo, cumpre fazer um esclarecimento sobre a razão de ter-se buscado um parâmetro de quantidade de drogas considerada expressiva.

Embora se defenda a importância de uma política criminal que estabeleça uma quantidade fixa de drogas abaixo da qual a conduta não possa ser punida como tráfico, como ocorre na Espanha, não foi esse o objetivo da pesquisa. Aliás, em nenhuma das decisões encontradas foi sequer sugerida essa possibilidade. Portanto, os objetivos foram outros.

Por um lado, buscou-se apontar as incoerências das decisões, verificando-se ausência de consenso sequer sobre qual quantidade seria ou não elevada.

Por outro lado, verificou-se que a quantidade de drogas foi o fundamento mais utilizado nas decisões condenatórias para configurar o tráfico, embora não utilizado isoladamente. Assim, percebe-se que a quantidade de drogas já é usada, invariavelmente, para a classificação jurídica da conduta, e, no entanto, de forma paradoxal, não há parâmetro objetivo definido pelos julgados, o que permite a prevalência do subjetivismo e excessivo arbítrio da decisão.⁸⁰

Ademais, verifica-se que na maioria dos julgados os elementos que são usados para caracterizar o tráfico de drogas não são muito precisos, menos do que indiciários, dotados de alta carga de arbitrariedade. Nota-se, assim, que “o poder

⁸⁰MARONNA, Cristiano Ávila. Os danos constitucionais causados pela práxis do direito penal das drogas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 286, p. 02-03., set. 2016. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131184>. Acesso em: 30 out. 2018.

judiciário supre a precariedade das acusações com o arbitrário julgamento com base no estereótipo do acusado”⁸¹.

Nessa seara, a quantidade de drogas acaba sendo, muitas vezes, o argumento “mais forte” para fundamentar a condenação, e os outros elementos acabam servindo muito mais como fatores retóricos do que como elementos probantes propriamente. Nesse sentido, a maioria dos julgados que consideraram a quantidade de drogas expressiva ou “incompatível com o consumo” condenaram por tráfico, sendo poucos aqueles que, não obstante tenham considerado a quantidade expressiva, entenderam pela ausência de demais elementos probatórios.⁸²

Percebe-se que aqueles argumentos retóricos, agregados ao argumento da quantidade de droga, acabam embasando a condenação. Não obstante, em algumas vezes também são usados de forma exclusiva, sem considerar a quantidade de drogas.

Portanto, ao tentar definir uma quantidade para cada droga, buscou-se nada mais do que precisar única e exclusivamente o significado desse critério. Definida uma quantia, não poderia mais ser utilizado o argumento de “expressiva quantidade” nos casos abaixo do parâmetro.

Cria-se, dessa forma, pode-se dizer, uma “maior presunção de consumo” para os valores dentro do parâmetro estabelecido, exigindo-se um maior esforço probatório da acusação para demonstrar o delito de tráfico. Por outro lado, não significa eximir a acusação de comprovar a traficância, ainda nos casos em que a droga apreendida for maior do que o parâmetro.

Ou seja, criticam-se as frágeis provas e argumentos utilizados para a condenação. No entanto, ciente de que eles continuam sendo usados, busca-se pelo menos proteger da arbitrariedade aquelas decisões em que a quantidade de drogas encontrada estiver dentro do parâmetro definido.

⁸¹SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 286, p. 08-09., set. 2016. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131190>. Acesso em: 30 out. 2018.

⁸²RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70074118258. Terceira Câmara Criminal, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro. D.E 30-11-2017.
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70075684209. Terceira Câmara Criminal, RelatorIngo Wolfgang Sarlet. D.E 28-03-2018.

Importante ainda mais uma consideração: não obstante possa dizer que o parâmetro fixado para maconha, por exemplo, em 118 g, seja muito superior àquele fixado pela jurisprudência espanhola para o haxixe (50g), droga também derivada da cannabis, não se olvide que a fixação da quantidade de drogas cumpre lá um papel diferente do daqui. Na Espanha, conforme dito, sendo a quantidade de droga inferior ao padrão, exclui-se, a priori, o enquadramento no tráfico. Acima da quantidade é que a discussão inicia. No Brasil, entretanto, a quantidade acaba sendo usada como o fundamento principal, ou mais forte, para a condenação, e a pequena quantidade não exclui a possibilidade de consumo.

Assim, justifica-se uma quantidade mais elevada do que a da fixada pela jurisprudência espanhola, tendo em vista o papel diverso que é atribuído ao critério, bem como a necessidade de uma maior proteção ao mero consumidor da droga. Também não se pode esquecer que inexitem no Brasil grandes estudos sobre a média de consumo diário de drogas.

De qualquer modo, os parâmetro fixados foram retirados da própria jurisprudência brasileira, de modo que todos valores, conforme dito, foram inferiores àqueles da decisão com a maior quantidade de droga considerada inexpressiva.

No entanto, saliente-se que a definição do critério quantitativo foi objetivo subsidiário da pesquisa. O mais importante foi a análise da totalidade de argumentos utilizados para diferenciar os tipos penais.

Feitas essas considerações, passa as análises dos fundamentos mais utilizados nos julgados.

Conforme referido, a quantidade de drogas é usada na maioria das decisões como fundamento para condenação, mesmo não tendo um parâmetro para esse critério. Inclusive houve divergência no próprio significado do critério “quantidade”. Alguns julgados, ainda que minoritários, ao fundamentarem a decisão na excessiva quantidade, apontaram para a forma de fracionamento da droga, ou seja, em quantos invólucros, tijolos, pinos ou pedras estavam fracionadas⁸³. Todavia, essa é uma compreensão pouco precisa do termo, uma vez que a quantidade deve ser percebida a partir da pesagem das drogas. Assim, o critério deve ser percebido conforme sua lesividade em relação ao consumidor, de forma que serão grandes quantidades mais lesivas, ou que necessitam ser consumidas em um maior período

⁸³RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime70076475813. Terceira Câmara Criminal, Relator Honório Gonçalves Silva Neto. D.E 12-04-2018.

de tempo. A título de exemplo, é possível que uma quantidade de 50 g de crack esteja fracionada em 10 pedras, enquanto uma quantidade de 5g esteja fracionada em 40 pedras. Não se pode dizer que a quantidade de drogas, no segundo caso, é maior que no primeiro.

Portanto, a pesagem é elemento essencial, que deve ser descrito na denúncia, tendo em vista que a quantidade é uma das circunstâncias usadas para diferenciar o tipo penal de tráfico do tipo penal de consumo. Dessa forma, entende-se que a denúncia que não descrever a pesagem total das drogas apreendidas não descreve todas as circunstâncias do fato aptas a indicar a finalidade do agente, razão pela qual deve ser considerada inepta. “Inicial acusatória com descrição fática deficitária ou ausente é petição inepta, merecendo ser rejeitada (art. 395, I, CPP), e caso seja recebida, acarreta nulidade do processo”.⁸⁴

Outros elementos muito usados para indicar a traficância foram o local dos fatos conhecido como ponto de tráfico e a existência de informações anônimas que indicavam que o réu era traficante. No entanto, esses elementos, como se pode perceber, dependem muito da percepção e da atividade interpretativa do policial, uma vez que não é de praxe que os juízes nem os desembargadores tenham realmente verificado o “conhecido ponto de tráfico”, ou tenham analisado diretamente a informação anônima, que foi prestada apenas para o policial.

Nesse sentido, Cristiano Ávila Maronna leciona:

A avaliação policial sobre a destinação das drogas apreendidas funciona, aos olhos do livre convencimento judicial, como uma espécie de “rainha das provas”, muito embora, também nessa seara, inexistam provas empíricas capazes de confirmar a veracidade daquilo que no jargão jurídico e chamado de tirocínio policial.⁸⁵

Não se trata, aqui, de desqualificar a palavra do policial, que conforme entendimento consolidado na jurisprudência, tem o valor de qualquer outra testemunha.⁸⁶ Entretanto, justamente por ter valor de qualquer outra testemunha, deve-se admitir a possibilidade de não estar sendo totalmente verdadeiro ou de estar exagerando sua percepção dos fatos, até porque, por estar envolvido na prisão

⁸⁴TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed.Salvador: Juspodium, 2016. p.340

⁸⁵MARONNA, Cristiano Ávila. Os danos constitucionais causados pela práxis do direito penal das drogas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 286, p. 02-03., set. 2016. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131184>. Acesso em: 30 out. 2018.

⁸⁶RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70076297779. Primeira Câmara Criminal, Relator Sylvio Baptista Neto D.E 12-04-2018.

do réu, pode haver certa tendência ou interesse em demonstrar que agiu corretamente ao efetuar a prisão.

Entretanto, a situação é ainda mais grave, porque é dada suma importância não apenas ao testemunho do policial quanto à autoria e materialidade dos fatos, mas também à sua percepção e suas conclusões quanto à finalidade da conduta. Dessa forma, o magistrado, ao confiar de forma quase que absoluta na palavra do policial, inclusive quanto ao elemento subjetivo das condutas, imiscui-se do dever de analisar fundamentadamente a prova.

Em relação ao local dos fatos ser considerado ponto de tráfico, parece ser ignorada a obviedade de que, se é um local para venda, também é um local para compra de drogas. Nesse sentido, “o fato de o réu ter sido abordado em alegado conhecido ‘ponto’ de tráfico em nada modifica o contexto duvidoso, pois é justamente nesses locais em que há intensa movimentação de usuários”.⁸⁷

Quanto à existência de informações anônimas, há um risco muito grande em usá-las como elemento de prova. Não há dúvida de que possam dar início a investigações preliminares pelos policiais,⁸⁸ entretanto, elas acabam sendo usadas, junto com o fato da apreensão da droga, para excluir a finalidade de consumo e indicar a traficância.

Portanto, é preciso diferenciar as situações: a delação apócrifa, vulgarmente chamada de denúncia anônima, pode ensejar o início da atividade policial que levou à prisão do réu em flagrante e à apreensão das drogas, o que, confirmado pelo testemunho do policial e pelo laudo toxicológico definitivo, pode demonstrar a autoria e materialidade dos fatos; Todavia, a informação anônima não pode ser considerada elemento de prova quanto à finalidade da conduta do agente.

Não se pode descartar a possibilidade de o informante ter algum desapeço pelo réu, e, sabendo que ele consome drogas, tenta imputá-lo a atividade de traficância. O réu, no entanto, não pode se defender dessas imputações, uma vez que sequer sabe quem as manifestou, ou que motivos teria para dizer que era traficante. Muitas vezes, pelo que se extrai dos acórdãos, as informações anônimas

⁸⁷RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70075343152. Terceira Câmara Criminal, Relator Diógenes Vicente Hassan Ribeiro. D.E 04-12-2017.

⁸⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus N°105484. Segunda Turma, Relatora Ministra Carmen Lúcia. D.E 15-04-2013.

sequer indicam uma circunstância específica, apenas referem que o réu seria responsável por traficar na região, ou seria conhecido por ser traficante.

Não por outra razão o art. 5º, inciso IV, estabeleceu que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Sobre o tema, Tourinho Filho e Fernando da Costa lecionam:

Se se admitisse a delatio anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza e em outras cidades da Itália, inclusive na própria Roma, ao tempo da inquisitivo extra ordinem, quando se permitia ao povo jogasse nas famosas “Bocas dos Leões ou “Bocas de la Verità” suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno.⁸⁹

Por outro lado, o art. 155 do Código de Processo Penal veda a utilização exclusiva de elementos informativos para embasar a condenação, exceto nos casos de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Portanto, até para que seja respeitado o princípio do contraditório, os elementos informativos “devem ser repetidos na fase processual, leia-se, colhidos perante o magistrado, numa instrução dialética, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pois só então poderão embasar uma sentença condenatória”.⁹⁰

Portanto, as informações anônimas, ainda que mencionadas pela autoridade policial em juízo, não são passíveis de contraditório, pelo que não devem ser consideradas como elementos de prova para a condenação.

Outros elementos usados para a condenação por tráfico foram a apreensão de dinheiro com o réu, a forma de fracionamento da droga e a diversidade das drogas encontradas. Os dois primeiros no entanto, também constaram em diversas das decisões absolutórias, demonstrando, mais uma vez, que o uso dos elementos para configurar o tráfico aparecem de forma arbitrária.

Em relação ao dinheiro, é muito pouco seguro tomá-lo como parâmetro, uma vez que pode ter qualquer origem que não a atividade ilícita, ainda mais porque em geral não foram encontrados grandes valores. Quanto à forma de fracionamento, em por exemplo 20 ou 50 pedras de crack, se a droga é assim vendida, também assim ela é comprada.

⁸⁹Filho, Tourinho; Costa, Fernando da. **Processo Penal, volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.275/276.

⁹⁰TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodium, 2016. p.161.

A diversidade da droga aparece como um parâmetro um pouco menos arbitrário, uma vez que é razoável crer na tendência de que quanto maior a diversidade, menor a probabilidade de uso. Esse fator, entretanto, deve ser congregado ao fator da quantidade de drogas, como foi feito no presente trabalho ao estabelecer-se um padrão de quantidade para cada tipo de droga (item 3.6).

Também há certa razoabilidade na consideração de elementos como a existência de materiais característicos de comércio, como balança de precisão, pinos e embalagens para armazenar as drogas, uma vez que não são tão comuns para o mero usuário.

Ainda foram usados como argumentos: a ausência de prova quanto ao consumo de drogas, seja pela não alegação da condição de usuário, seja pela ausência da apreensão de petrechos para consumo; a tentativa de fuga do réu da abordagem; o anterior envolvimento do réu com algum crime.

Em relação ao primeiro argumento, conforme já referido (item 3.4), não é ônus do réu provar sua condição de usuário, mas da acusação em demonstrar as circunstâncias que permitam concluir pela traficância, pois, na dúvida, aplica-se o tipo penal menos gravoso. Assim é um contrassenso admitir que deva ser demonstrada a destinação da droga a terceiros, de um lado, e exigir prova da condição de consumidor, de outro. O fato de não ter sido apreendido petrecho para consumo nada indica, pois sua conduta pode ser destinada ao consumo ainda que não tenha sido preso consumindo. E quanto à falta de alegação da condição de usuário, é garantido, no art. 5º, LXIII, da Constituição, o direito ao silêncio, que não pode ser interpretado em prejuízo do réu.

A tentativa do réu em fugir da abordagem policial também não é um indicativo de que sua conduta seja destinada ao tráfico, pois conforme bem esclarecido pelo Desembargador Diógenes Vicente Hassan Ribeiro: “é completamente compreensível que (o réu) tente evitar ser abordado pela polícia, por temer qualquer forma de responsabilização criminal, ainda que como usuário”.⁹¹

Por fim, o anterior envolvimento do réu com alguma infração criminosa, ainda que no tráfico de drogas, não pode ser usado para formar o juízo de convicção sobre a finalidade da conduta, sob pena de violação do princípio da presunção de

⁹¹RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70075343152. Terceira Câmara Criminal, Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro. D.E 04-12-2017.

inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. O fato de o réu ser reincidente, ter antecedentes ou estar sofrendo outro processo criminal não retira essa presunção.

Nesse sentido, Tourinho Filho e Fernando Costa, comentando a proibição de o réu reincidente apelar em liberdade, constante no antigo texto do art. 594 do Código de Processo Penal (atualmente revogado), lecionam:

Há quem afirme que a prisão resultante de sentença penal condenatória era, também, cautelar. E a cautela residiria na circunstância de ser o réu perigoso, pelo fato de ser reincidente ou ter maus antecedentes. Já estava sepultada a época em que se presumia perigoso o reincidente (...) E, note-se, presumir perigoso o cidadão que não tem bons antecedentes é jogar a barra muito longe.⁹²

Portanto, o uso de fatores de pouca precisão, bem como de alguns argumentos de duvidosa constitucionalidade, é de considerável frequência nos julgados condenatórios do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Isso se deve, principalmente, pela falta de maiores investigações quanto à suposta traficância exercida pelo réu.

Sobre o tema, Jorge Albino Quintas de Oliveira e João Diego Rocha Firmiano, em um estudo comparativo de sentencing entre São Paulo e Portugal, perceberam que:

A maioria dos presumíveis crimes detectados em São Paulo (77,7%) ocorreu em espaços públicos, sendo muito frequente que se referenciem esses locais como territórios psicotrópicos, designadamente por meio da utilização de expressões que caracterizam os locais de detenção como ‘ponto de venda de drogas’, ‘local de venda de drogas’ ‘biqueira de venda de drogas’ ou ‘cracolândia’ (...) Em Portugal, pelo contrário, 48,7% dos presumíveis crimes foram detectados pelas autoridades policiais na residência dos indivíduos, sendo comum a descrição pormenorizada sobre a forma como a residência servia para a venda de drogas ou a localização das drogas apreendidas nos diferentes espaços da residência (...) Constata-se que a descoberta da situação criminal em Portugal foi predominantemente por meio de investigação policial (82,1%), enquanto em São Paulo essa condição de descoberta é muito rara (1,7%). Desse modo, em Portugal, as decisões registram frequentemente a utilização dos meios de obtenção de prova, designadamente os exames, as revistas, as buscas, as apreensões e as escutas telefônicas (...).⁹³

⁹² Filho, Tourinho; Costa, Fernando da. **Processo Penal, volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.81

⁹³ OLIVEIRA, Jorge Albino Quintas de; FIRMIANO, João Diego Rocha. Decisões judiciais em matéria de drogas em São Paulo e em Portugal: estudo comparativo de sentencing. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 143, p. 245-287., mai. 2018. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143415>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Os autores ainda perceberam que a “denúncia anônima” era expediente frequentemente utilizado para ter conhecimento da atividade delituosa, de forma que era raro essa forma isolada de conhecimento do crime em Portugal.

No caso do presente trabalho, foram propositadamente selecionadas, dentre as decisões encontradas, aquelas sem maiores investigações quanto à atividade criminosa.

Entretanto, conforme pode indicado no item 3.6.1, pode-se perceber que, na primeira câmara criminal, em um universo de 16 decisões analisadas, 14 analisaram a questão da autoria ou tipicidade e decidiram pela condenação. Dessas, em apenas três houve ou investigação policial, com interceptação telefônica ou abordagem de usuários, ou abordagem de usuários ainda que em patrulhamento de rotina.

Já na segunda câmara criminal, em um universo de 33 decisões analisadas, 27 analisaram a questão da autoria ou tipicidade em razão da apreensão de uma das três drogas objeto da pesquisa e decidiram pela condenação. Dessas, em apenas nove ocorreram investigações com uso de interceptações ou abordagem de usuários, abordagem de usuários ainda que em patrulhamento de rotina ou testemunho judicial de terceiro que não policial.

Em relação à terceira câmara criminal, em um universo de 27 decisões analisadas, 19 analisaram a questão da autoria ou tipicidade em razão da apreensão de uma das três drogas objeto da pesquisa e decidirão pela condenação. Dessas, em apenas seis ocorreram investigações com uso de interceptações ou abordagem de usuários, abordagem de usuários ainda que em patrulhamento de rotina ou testemunho judicial de terceiro que não policial.

Confirma-se, dessa forma, que o uso de investigações ou a abordagem de usuários ou outras testemunhas não é muito frequente nas decisões condenatórias, pelo que a prova, conforme já dito, depende muito do testemunho do policial e de sua percepção em relação à finalidade da conduta dos réus, o que leva ao uso de fatores pouco precisos para embasar a condenação.

Em um país que não demonstra qualquer indício de alteração legislativa relevante para regular o mercado de drogas, o aprofundamento dos níveis de exigência da prova é uma garantia de liberdade dos cidadãos, o que poderia

possibilitar respostas reabilitadoras alternativas ao encarceramento,⁹⁴ principalmente naqueles casos mais cinzentos em que a força do arbítrio parece prosperar.

⁹⁴OLIVEIRA, Jorge Albino Quintas de; FIRMIANO, João Diego Rocha. Decisões judiciais em matéria de drogas em São Paulo e em Portugal: estudo comparativo de sentencing. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 143, p. 245-287., mai. 2018. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143415>. Acesso em: 11 nov. 2018.

4. TRÁFICO PRIVILEGIADO

Analisadas as principais questões jurídicas envolvendo os tipos penais do tráfico de drogas e porte para o consumo, passa-se à análise da figura do “tráfico privilegiado”.

Atentando-se a essa finalidade, o presente capítulo foi dividido em três subtópicos:

- a) noções preliminares;
- b) aplicabilidade de penas restritivas de direitos e não hediondez do tráfico privilegiado;
- c) requisitos para incidência do tráfico privilegiado.

4.1 NOÇÕES PRELIMINARES

O chamado “tráfico privilegiado” é uma minorante ou causa especial de diminuição da pena do crime de tráfico de drogas e figuras equiparadas, prevista na Lei 11.343/2006, em seu art. 33, §4º, que assim dispõe:

Art. 33, §4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direito” foi declarada inconstitucional e teve sua eficácia suspensa por resolução do Senado Federal, conforme será tratado no próximo tópico.

Cumprе referir que tal figura é uma novidade da atual Lei de Drogas, criada no intuito de diferenciar o “grande traficante” do “pequeno traficante”, sem previsão semelhante na Lei 6768/1976.⁹⁵

Sendo uma causa especial de diminuição da pena, deverá incidir na terceira fase da dosimetria da pena, conforme o método trifásico, adotado pelo Código Penal no art. 68, parágrafo único, e amplamente aceito e aplicado pela jurisprudência e

⁹⁵ROSA, Rodrigo Silveira da. **Comentários à Nova Lei de Combate Às Drogas que Causam Dependência: prevenção e repressão**. 1. ed. Sorocaba: Minelli, 2009. p. 94.

doutrina.⁹⁶ Ademais, sendo uma causa de diminuição prevista em lei, caso os requisitos previstos sejam preenchidos, sua incidência é obrigatória, e o réu tem direito subjetivo à sua aplicação.

José Paganella Boschi, ao comentar as causas legais de aumento e diminuição da pena, explica:

Também explicamos que como essas circunstâncias são obrigatórias e, portanto, não podem ficar à margem das considerações judiciais, a pena provisória nesse concurso deverá ser exasperada e, observado o sistema de cálculo por cascata, minorada em último lugar, não obstante a ordem em sentido contrário prevista no artigo 68 do CP.⁹⁷

Dessa forma, não há que se falar em mera faculdade do juiz na aplicação da causa especial de diminuição da pena, pois a decisão do magistrado não pode ser arbitrária, mas deve ser fundamentada. Sob pena de nulidade, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Nesse sentido, o já citado doutrinador José Paganella Boschi leciona:

No curso do procedimento quantificador da pena também o juiz não exerce poder arbitrário, pois deve guiar-se fundamentadamente (art. 93, IX da CF) por critérios legais e jurisprudenciais e proclamar a pena em espécie e quantidade que reflita o ideal da proporcionalidade entre a ação criminosa e a resposta penal. É nesse espaço que se deve estudar o conhecido princípio da proporcionalidade (art. 59 do CP).⁹⁸

Portanto, o juiz, ao aplicar ou afastar a aplicação da minorante do art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, deve fundamentar sua decisão, baseado na existência ou inexistência das circunstâncias previstas no dispositivo legal.

Cumprido referir que a finalidade da figura é justamente beneficiar o “pequeno” traficante, diferenciando-o do grande comerciante de drogas:

Mediante uma interpretação teleológico-sistemática dentro do próprio dispositivo, aliando esse elemento ao demais (primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas), é possível constatar a vontade do legislador de beneficiar o “pequeno traficante”, ou seja, o

⁹⁶ Sobre o Método Trifásico ver: BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁹⁷ Sobre o Método Trifásico ver: BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 271.

⁹⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 149.

agente que, com sua ação típica, representa pouco risco ou causa pouco dano à sociedade.¹⁰⁰

Dessa forma, o tráfico privilegiado, apesar de não constituir um terceiro tipo penal, é uma figura intermediária entre o porte para consumo e o tráfico de drogas, o que se confirma, conforme será visto, pela possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e pelo reconhecimento de que não tem caráter hediondo.

Realizados alguns esclarecimentos preliminares sobre a figura do “tráfico privilegiado”, passa-se a uma análise mais aprofundada do instituto nos seguintes tópicos.

4.2 APLICABILIDADE DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E NÃO HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

4.2.1 Penas Restritivas de Direitos

A primeira questão que merece destaque quanto ao tratamento jurídico dispensado ao “tráfico privilegiado” é referente à possibilidade ou não da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Isso porque a aplicação da minorante, em quantidade de 1/6 a 2/3 pode levar a uma pena inferior a quatro anos de prisão, o que, conforme regra do art. 44, inciso I, do Código Penal, possibilitaria a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (caso também preenchidos os requisitos dos incisos II e III).

No entanto, conforme já referido, na redação original do art. 33, §4º da Lei 11.343/2006, havia proibição expressa à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que aquela fosse inferior a quatro anos. Assim, aqueles que eram favoráveis à possibilidade de substituição argumentavam pela inconstitucionalidade da proibição, por afronta ao princípio da individualização da

¹⁰⁰LIMA, Leilson Roberto da Cruz. "Mulas" do tráfico e aplicação do Art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 231, p. 17-18., fev. 2012. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=91051>. Acesso em: 10 nov. 2018.

pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, bem como ao princípio da proporcionalidade.¹⁰¹

A questão permaneceu por um tempo controversa na doutrina e jurisprudência, até o julgamento do Habeas Corpus nº 97256/RS,¹⁰² submetido ao plenário do Supremo Tribunal Federal, onde foi decidido, em apertada maioria, pela inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme previsão nos artigos 33,§4º e 44 da Lei de Drogas.

O relator Ministro Ayres Britto, que teve o voto vencedor, entendeu que a vedação, de forma apriorística, violava o princípio da individualização da pena, pois proibia que o juiz considerasse as circunstâncias concretas do caso para aplicar ou não as penas restritivas de direito. Nos termos do voto do relator, o princípio da individualização da pena possuiria três fases: uma legal (na determinação do crime e da pena em abstrato), uma judicial (na determinação da pena em concreto) e uma na fase de execução (na aplicação da pena cominada). Assim, o legislador teria ultrapassado limites razoáveis ao estabelecer a proibição, pois haveria, na individualização judicial da pena (dosimetria) uma “inafastável discricionariedade do julgador”.

O princípio da individualização da pena, previsto 5º, inciso XLVI, não prescindiria de integração legal, mas ao mesmo tempo, a lei não poderia anulá-lo. Restou esclarecido, também, “que as penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere”.

O voto do relator foi complementado pelo do Ministro Cezar Peluzo, segundo o qual a proibição de conversão em pena restritiva de direitos, apenas pela natureza jurídica do crime, seria inconstitucional, porque a natureza do crime não comporia o âmbito dos critérios de individualização da pena, diferentemente da quantidade de pena aplicada, que levaria em conta a gravidade concreta do crime (critério esse adotado pelo art. 44, inciso I, do Código Penal).

¹⁰¹ Nesse sentido : MOURA, Maria Esperia Costa; SILVA, Bruno Rodrigues da. Tóxicos: tráfico privilegiado e penas alternativas. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 22-33., abr./mai. 2011. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=87522>. Acesso em: 2 nov. 2018.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97256/RS. Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Brito. D.E. 15-12-2010.

O relator também referiu a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, incorporada formalmente no Brasil pelo Decreto nº 154 /1991, norma de caráter supralegal, que em seu art. 3º, §4º, alínea “c”, prevê que os países signatários da Convenção poderiam substituir a condenação da sanção penal pela aplicação de outras medidas, no caso de “infrações de caráter menor”.

Dessa forma foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Posteriormente, o Senado Federal, fazendo uso da faculdade prevista no art. 52, inciso X da Constituição Federal, criou a Resolução nº05/2012, suspendendo a eficácia da proibição contida no art. 33, §4º, da Constituição.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal e a medida adotada pelo Senado foram os mais adequados à realidade brasileira, tendo em vista não só as disposições constitucionais mencionadas, mas também em razão da necessidade de medidas alternativas ao cárcere para crimes com menor gravidade, principalmente em um país com uma população prisional cada vez maior e que sofre com o problema da superlotação dos presídios.

4.2.2 Não Hediondez do Tráfico Privilegiado

A segunda questão de destaque quanto ao tratamento jurídico dispensado ao “tráfico privilegiado” é sobre sua caracterização ou não como crime hediondo. A principal consequência dessa caracterização é a forma de progressão do regime: para crimes comuns, a progressão ocorre com o cumprimento de 1/6 da pena; para crimes hediondos, a progressão ocorre após 2/5, caso o agente seja primário, e 3/5, caso reincidente, nos termos do art. 2º, §2º da Lei de Crimes Hediondos.

A questão permaneceu controversa até 2016, quando o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento no julgamento do Habeas Corpus nº 118533/MS,¹⁰³ em que foi assentado o entendimento de que o tráfico privilegiado não era

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118533/MS. Tribunal Pleno, Relatora Ministra Carmem Lúcia. D.E. 16-09-2016.

compatível com o caráter de hediondo, devendo ter tratamento jurídico diverso do delito previsto no art. 33, caput e §1º.

O Voto do Ministro Edson Fachin, ao revisar seu entendimento anterior, elucida a *ratio decidendi* do julgado, conforme será exposto.

Nesse sentido, o Iminente Ministro ressaltou, em primeiro lugar, que a previsão do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, ao determinar ao legislador que punisse o tráfico de drogas de forma equiparada aos delitos hediondos, não suprimiu certa margem de conformação do legislador, de maneira que não é necessário que todas as condutas envolvendo mercancia de substâncias entorpecentes sejam tratadas da mesma forma, podendo a lei regular a individualização da pena.

Por outro lado, a Constituição não definiu o que seria crime hediondo, de maneira que para um crime ser assim considerado é necessária previsão legal expressa. Assim, a Lei 8072/90 teve a cautela de, ao definir os crimes hediondos, indicar os respectivos dispositivos jurídicos. Tal cautela, entretanto, não ocorreu em relação às figuras equiparadas, como o “tráfico ilícito de entorpecentes”, nos termos do art. 2º do referido diploma legal.

Todavia, conforme bem observado, não há um delito propriamente com o nomen *iuris* correspondente ao “tráfico ilícito de entorpecentes”, de modo a ser necessária “uma interpretação do real alcance da categorização legal”, por meio de um juízo sistemático e de proporcionalidade. Nesse contexto, ressalte-se que o art. 44 da Lei de Drogas, que prevê, entre outros, o livramento condicional a partir do cumprimento de 2/3 da pena, não previu expressamente a figura do tráfico privilegiado.

Ainda, embora a figura não constitua um tipo penal autônomo, a figura da tentativa, prevista no art. 14, inciso II, do Código Penal, também não constitui, e mesmo assim a Lei de Crime Hediondos optou por prever expressamente a punição das figuras tentadas quando as quis penalizar.

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade não constitui apenas mera orientação política, mas pode, em situações excepcionais, limitar a discricionariedade do legislador, “atuando como parâmetro normativo de controle de constitucionalidade”.

Ademais, é necessário entender o sistema jurídico não como um conjunto de leis proibitivas esparsas e arbitrárias, mas como um todo lógico e coerente. Assim, a

atuação judicial também deve visar manter a coerência desse sistema, por meio de uma interpretação sistemática.

Levou-se em conta também o Princípio da Unidade, bem como o conceito de tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição não a partir da norma isoladamente, mas sim dela conglobada na ordem normativa. Assim, a conclusão do Excelentíssimo Ministro:

Com efeito, não observaria a Constituição e a unidade do sistema jurídico a norma que atribuísse hediondez dissociada das demais nuances da infração penal, as quais, repita-se, derivam das demais decisões políticas do próprio legislador. Nesse contexto, a partir de um juízo conglobante, compreendo que não se verifica hipótese de hediondez equiparada.

Além da fundamentação mencionada, também foram levados em consideração o forte impacto social da decisão, tendo em vista o encarceramento em massa e, principalmente, o encarceramento feminino em razão delitos da Lei de Drogas.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recursos repetitivos, por meio da petição nº 11796, cancelou a súmula 512, que dispunha que “a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”, acolhendo a posição Egrégia Corte Constitucional.¹⁰⁴

Dessa forma, prevalece nos Tribunais Superiores o entendimento de que o tráfico privilegiado não é crime hediondo.

4.3 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

A Lei de Drogas prevê quatro requisitos cumulativos para a incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º: a primariedade do agente, que ele tenha bons antecedentes, que não integre organização criminosa e que não se dedique à atividades criminosas. Cada um dos requisitos será analisado no presente tópico.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Petição nº 11796/DF. Terceira Seção, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. D.E. 29-11-2016.

Todavia, cumpre, primeiramente, mencionar quais os fundamentos mais utilizados nos julgados do Tribunal de Justiça, indicados na tabela do Anexo A do presente trabalho. Das trinta decisões condenatórias, em vinte foram analisadas a aplicabilidade do tráfico privilegiado. Dessas, em dez a minorante foi aplicada. Nas dez restantes, os fundamentos utilizados para afastar a causa especial de diminuição da pena foram: a reincidência;¹⁰⁵ a presença de antecedentes,¹⁰⁶ a demonstração de dedicação à atividade criminosas, a partir de ações penais em curso ¹⁰⁷, ou pela elevada quantidade de droga encontrada.¹⁰⁸

4.3.1 Primariedade, Reincidência e Antecedentes

A primariedade é compreendida pelo conceito de reincidência, seu oposto, e não guarda maiores dificuldades. Assim, o Código Penal define a reincidência em seu art. 63, dispondo que “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Portanto, para que seja considerado reincidente, é necessário que o agente: a) tenha cometido um crime ; b) que esse crime tenha sido cometido em momento posterior ao transito em julgado da condenação pela prática de outro crime.

Além disso, exclui-se a reincidência quando, entre o momento fim do cumprimento ou extinção da pena pelo crime anterior e o momento do cometimento do novo crime, tenha transcorrido o prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal.

O segundo requisito são os “bons antecedentes” ou a ausência de maus antecedentes. Os antecedentes podem ser encontrados no histórico criminal do indivíduo, e podem ser auferidos no processo mediante certidão judicial, assim como a reincidência. A definição de bons ou maus antecedentes, no entanto, não é dada

¹⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70076601590. Primeira Câmara Criminal. Relator Honório Gonçalves da Silva Neto. D.E. 27-03-2018.

¹⁰⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº70075815746. Terceira Câmara Criminal. Relator Ingo Wolfgang Sarlet. D.E. 10-04-2018.

¹⁰⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70076475813. Primeira Câmara Criminal. Relator Honório Gonçalves da Silva Neto. D.E. 12-04-2018

¹⁰⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70076236454. Primeira Câmara Criminal. Relator Honório Gonçalves da Silva Neto. D.E. 27-03-2018

pela legislação, e não há consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre o alcance do conceito.

Segundo José Paganella Boschi, poderiam ser valoradas como maus antecedentes apenas as condenações por crime anteriores, transitadas em julgado em data anterior ao cometimento da infração penal, e desde que não tenha decorrido o prazo depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal. Assim, pela definição dada pelo autor, só haveria maus antecedentes quando antes da infração penal apurada houvesse no mínimo duas condenações criminais transitadas em julgado, sem que tenha decorrido 05 anos do momento cumprimento ou extinção da pena de cada uma delas e o momento do cometimento da infração penal. Isso ocorre porque, caso apenas houvesse uma decisão condenatória que atendesse aos requisitos mencionados, ela necessariamente seria considerada como reincidência, e, portanto, não poderia ser valorada como maus antecedentes, sob pena de incorrer em *bis in idem*.¹⁰⁹

Todavia, nem todos os elementos utilizados pelo autor para configurar os “maus antecedentes” são aceitos unanimemente. O que é consenso é apenas que a condenação valorada em um processo como “maus antecedentes” deva ter transitado em julgado e deva ter ocorrido em razão de crime praticado anteriormente, ou seja, que antecedeu o crime apurado no processo em que a valora.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado, por meio de regime de Repercussão Geral, de que só devem ser valoradas como maus antecedentes condenações com trânsito em julgado.¹¹⁰Do mesmo modo, o Supremo Tribunal de Justiça editou a Súmula 444, segundo a qual “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. O fundamento utilizado pelas cortes superiores foi o de que entendimento em contrário implicaria em violação ao princípio da presunção de inocência, previsto art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Entretanto, há divergência quanto a outros dois elementos mencionados pelo autor: a) (in)aplicabilidade do art. 64, inciso I, do Código Penal para os

¹⁰⁹ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 167/169.

¹¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 591054/SC. Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio. D.E. 25-02-2015.

anteriores; b) (des)necessidade de o trânsito em julgado da condenação valorada ter ocorrido em momento anterior à prática da infração penal apurada.

Em relação ao primeiro elemento, há divergência no Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. A Segunda Turma considera que não é possível valorar como “maus antecedentes” uma condenação cuja pena tenha sido cumprida ou extinta há mais de cinco anos antes do crime apurado, de forma que, para a turma, o art. 64, inciso I, do Código Penal também é aplicável aos antecedentes.¹¹¹ Já a Primeira Turma vinha se posicionando nesse sentido¹¹², no entanto acabou mudando seu posicionamento, de modo que o entendimento da maioria dos seus integrantes é o de que o mencionado dispositivo legal aplica-se apenas para a reincidência.¹¹³ Já foi reconhecida a repercussão geral da matéria, desde 2009, no entanto o mérito ainda não foi julgado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal.¹¹⁴

No Supremo Tribunal de Justiça há consenso, tanto na Quinta quanto na Sexta Turma, de que é possível valorar negativamente os antecedentes, ainda que tenha transcorrido o prazo do art. 64, inciso I, do Código Penal.¹¹⁵

A tese defendida no presente trabalho é a de que as condenações anteriores não podem macular eternamente a vida do agente, devendo ser observado o prazo do art. 64, inciso I, tanto para a consideração da reincidência quanto para a consideração de “maus antecedentes”.

Com efeito carece de sentido que o decurso do tempo produza o desaparecimento da reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos de causa legal de menor expressão jurídica, qual seja, a dos antecedentes.¹¹⁶

Com relação ao segundo elemento, há julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que, por maioria, entendeu ser possível valorar

¹¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 132600/ES. Segunda Turma, Relator Ministro Dias Toffoli. D.E. 27-05-2016.

¹¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário no Habeas Corpus nº 118977/MS. Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli. D.E. 03-04-2014.

¹¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 149573. Primeira Turma, Relator Ministro Alexandre de Moraes. D.E. 11-04-2018.

¹¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 593818/SC. Tribunal do Pleno, Relator Ministro Joaquim Barbosa. D.E. 02-04-2016.

¹¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1065764/SP. Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi. D.E. 03-10-2018;

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 12910034/MG. Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. D.E. 13-08-2018.

¹¹⁶BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 168.

negativamente, a título de maus antecedentes, a condenação pela prática de crime anterior ao apurado no processo, mas com trânsito em julgado posterior.¹¹⁷

O Supremo Tribunal de Justiça, por sua vez, tem entendimento reiterado, nas duas turmas responsáveis pelos julgamentos em matéria penal, de que a condenação transitada em julgado em momento posterior ao crime, embora não configure reincidência, pode configurar maus antecedentes.¹¹⁸

Destarte, divergindo do entendimento de José Paganella Boschi e adotando o entendimento das Cortes Superiores, compreende-se que não há óbice na valoração negativa dos antecedentes quando o trânsito em julgado da condenação por crime anterior tenha ocorrido em momento posterior à prática do crime apurado no novo processo.

É diferente do caso em que a condenação tenha ocorrido por crime posterior ao apurado no processo. Nesse caso, impossível valorá-la negativamente, pois deve ser avaliada a situação do réu no momento do cometimento do crime, até mesmo porque a palavra antecedente implica em fato ocorrido em momento anterior. No entanto, nas situações julgadas pelas Cortes Superiores, já havia sido cometido crime anterior, de modo que a posterioridade foi apenas quanto à certeza jurídica de que aquele havia sido cometido.

Ainda, não há que se falar, nessas situações, em violação ao princípio da presunção de inocência, pois não há mais reversibilidade das decisões valoradas negativamente a título de antecedentes. Por outro lado, permite-se diferenciar a situação daquele que não tem condenações transitadas em julgado em seu desfavor daquele que as possui, o que se coaduna com o princípio da individualização da pena.

¹¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 135400/SP. Primeira Turma, Relator Ministro Alexandre de Moraes. D.E. 04-09-2017.

¹¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1259749/SP. Quinta Turma, Relator Ministro Alexandre de Moraes. D.E. 30-05-2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1705609/PR. Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. D.E. 16-04-2018.

4.3.2 Integração em Organização Criminosa e Dedicção a Atividades Criminosas

Enquanto os critérios da “primariedade” e da “inexistência de maus antecedentes” não apresentam maiores problemas, o mesmo não se pode dizer em relação aos critérios da “integração em organização criminosa” e “dedicação às atividades criminosas”. Isso porque muitas das condenações que neles se baseiam utilizam elementos não tão claros, alguns de constitucionalidade duvidosa, para chegar à conclusão de que o agente integrava organização criminosa ou se dedicava a atividades criminosas.

Em relação à organização criminosa, cumpre referir que até o ano de 2013 a legislação brasileira não a conceituava, de modo que tal definição era retirada da “Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional”, recepcionada no Brasil pelo Decreto 5015/2004.

Entretanto, posteriormente foi promulgada a Lei 12.850/2013, que em seu artigo 1º, §1º, definiu o conceito de organização criminosa, nos seguintes termos:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Dessa forma, o melhor entendimento é o de que, desde a vigência da Lei 12.850/2013, para afastar tráfico privilegiado sob o fundamento de o agente “integrar organização criminosa” é necessário que sejam comprovados no processo todos os elementos descritos na lei.¹¹⁹ Ou seja, deve a acusação comprovar a efetiva existência de uma organização criminosa, estruturada e com divisão de tarefas.

Assim, não bastaria, para afastar esse critério, a condenação do agente no delito do art. 35 da Lei de Drogas, uma vez que para a configuração desse delito basta a associação entre duas pessoas com o fim específico de cometer os delitos tráfico de drogas e figuras equiparadas. Cabe aqui uma observação: conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, a associação não confunde-

¹¹⁹CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. A organização criminosa da Lei 12.850/2013 e a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006: novatio legis in mellius?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 265, p. 16-17., dez. 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=116079>. Acesso em: 6 nov. 2018.

se com o mero concurso eventual de pessoas, de forma que para a configuração desse crime é necessário que haja o dolo de se associar, com estabilidade e permanência, ou seja, deve haver um efetivo vínculo entre os agentes.¹²⁰

Observe-se que apesar de a lei definir o conceito de organização criminosa, não a tipificou como um crime. Assim nada obsta que os agentes condenados pelo delito do art. 35 também sejam considerados como integrantes de organização criminosa, desde que atendidos os já mencionados requisitos da Lei 12.580/2013.

Importante definir, além do significado de organização criminosa, o que significa efetivamente integrá-la. Em uma acepção meramente literal do termo, integrar significa complementar, tornar íntegro. No entanto, se essa fosse a compreensão adotada, praticamente ninguém faria jus ao benefício, uma vez que muito dificilmente o mesmo agente, sozinho, obtenha a matéria prima, produza, transporte e comercialize a droga. Ou seja, “todos incursos no caput do art. 33, fatalmente completam um grupo maior de pessoas voltado para o tráfico de drogas”.¹²¹

Portanto, deve-se rechaçar uma interpretação meramente literal, exigindo-se prova de que o agente atuava de forma estável e organizada com os demais membros da organização, excluindo-se participações isoladas daqueles que foram contratados para determinada atividade, de forma eventual, como ocorre com as “mulas”. Assim, “não basta que o agente “trabalhe” para qualquer organização criminosa de forma esporádica, sendo imprescindível que ele a integre como se sócio fosse”.¹²²

O requisito mais problemático, entretanto, é a “dedicação a atividades criminosas”, tendo em vista a imprecisão conceitual do termo. Diferentemente dos três outros requisitos, o legislador, nesse aspecto, utilizou um conceito extremamente aberto, sem qualquer delimitação de sentido na lei. Que elementos, além dos três já indicados em lei, poderiam indicar que o agente se dedica a atividades criminosas? Quantas vezes o agente deve comercializar, ou por quanto

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 997580/SP. Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi. D.E. 17-10-2018.

¹²¹LIMA, Leilson Roberto da Cruz. "Mulas" do tráfico e aplicação do Art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 231, p. 17-18., fev. 2012. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=91051>. Acesso em: 6 nov. 2018. Pg 17.

¹²²SILVA, Jorge Vicente. Da nova Lei Antidrogas: da nobre causa de diminuição de pena, 2006. **Da nova Lei Antidrogas**: da nobre causa de diminuição de pena. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=137958>. Acesso em: 6 nov. 2018.

tempo deve fazê-lo, para que seja assim considerado? Como provar essa dedicação?

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci, comentando o art. 33,§4º, menciona:

Estranha é a previsão a respeito de não se dedicar às atividades criminosas, pois não diz nada. Na norma do §4º, para que se possa aplicar a diminuição da pena, afastou-se a possibilidade de ser reincidente ou ter maus antecedentes. Portanto não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita. A parte final, entretanto, é razoável: não integrar organização criminosa. Pode o agente ser primário e ter bons antecedentes, mas já tomar parte em quadrilha ou bando¹²³

Assim, compreende-se que deve ser dada uma interpretação restritiva ao critério, de acordo com uma interpretação teleológica de todo o dispositivo. Conforme já mencionado, é possível constatar que a finalidade da figura do tráfico privilegiado é a de beneficiar o “pequeno traficante”, reduzindo a pena daquele que, com sua ação típica, representa um menor risco ou causa um menor dano à sociedade.

Reconhecendo-se essa finalidade, todos os quatro critérios do dispositivo devem ser interpretados conforme ela, principalmente aquele que padece de menor precisão conceitual, sob pena de, ao ampliá-lo, tornar inaplicável a causa especial de diminuição da pena.

Dessa forma, propõem-se que a “dedicação às atividades criminosas” deva ser interpretada no sentido de verificar-se se o agente atuava de forma estruturada, constante, ou que com sua atividade auferia alta lucratividade, além do necessário ao próprio sustento ou manutenção de eventual vício em drogas.

Reconhece-se que, no entanto, dificilmente se demonstrará que o réu atuava de forma estruturada e organizada sem que agisse em conluio com outras pessoas, como ocorre em organizações criminosas. Todavia, é possível que não consiga ser demonstrada a existência da organização criminosa, ante a exigência de pelo menos quatro membros para formá-la. Desse modo, naqueles casos em que tenha sido cometido o delito de associação criminosa, nos termos do art. 35 da Lei de Drogas,

¹²³NUCCI, Guilherme Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 372

ainda que com menos de quatro pessoas, é possível o afastamento da minorante, não sob o fundamento da integração à organização criminosa, mas da dedicação às atividades criminosas, conforme entendimento reiterado dos tribunais.¹²⁴

Por outro lado, ainda que não identificados outros indivíduos que agissem em conluio com o réu, seria possível a conclusão de que ele se dedicava a atividades criminosas quando demonstrado que agia, ainda que sozinho, de forma organizada, obtendo alta lucratividade com sua atividade, ou ainda, aliciando terceiros para o tráfico, mesmo que com eles não agisse de forma “associativa”.

É claro que, nesses casos, haverá uma maior necessidade de uso de meios investigativos, para além das abordagens de rotina e do uso de informações anônimas, demonstrando-se que com sua atividade o agente obteve grande patrimônio sem origem lícita. Também podem corroborar essa conclusão, junto com a demonstração da lucratividade da atividade, a existência de materiais “típicos da traficância”, como balanças de precisão, cadernetas com anotações de valores recebidos, diversos materiais para embalagem, além da quantidade de droga encontrada.

No entanto é preciso atentar-se para o fato de que a quantidade de drogas não deve ser usada isoladamente para afastar o privilégio, uma vez que “É possível que se transporte imensa quantidade de drogas de maneira eventual, sem que se perca, com isso, o caráter de eventualidade”.¹²⁵

Não obstante a visão demonstrada no presente trabalho, é muito comum na jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul o uso de elementos meramente indiciários, principalmente a quantidade de drogas e a existência de processos em curso para afastar a figura do tráfico privilegiado, sob o fundamento de o agente se dedicar à atividades criminosas.

Já foram apontadas diversas críticas quanto ao uso do critério “quantidade de drogas”, que, apesar de não haver um parâmetro fixo, acaba sendo usado tanto para configurar o delito do tráfico quanto para afastar o tráfico privilegiado. Não se ignora a existência de casos extremos, com centenas de quilo de drogas apreendidas, mas não se pode usar tal critério de forma absoluta, até porque, diferentemente do que

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 401050/SP. Quinta Turma, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. D.E. 18-09-2018.

¹²⁵LIMA, Leilson Roberto da Cruz. "Mulas" do tráfico e aplicação do Art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 231, p. 17-18., fev. 2012. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=91051>. Acesso em: 10 nov. 2018.

ocorre na Espanha, a jurisprudência sequer estabeleceu quantidades fixas para cada tipo de droga. Ademais, não há previsão legal no sentido de considerar a quantidade para afastar o privilégio.

Analisando a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constata-se certa divergência sobre o tema, mas em geral prepondera o entendimento de que não cabe a análise, no Habeas Corpus ou no Recurso Extraordinário, sobre os fundamentos utilizados para considerar que o agente integrava associação criminosa ou se dedicava a atividades criminosas, sob pena de vedado reexame de prova, havendo inclusive menção à possibilidade de se utilizar a quantidade para “dosar ou afastar o tráfico privilegiado”, e que “posse de substancial quantidade de entorpecente pode indicar a participação em organização criminosa”.¹²⁶

Entretanto, também existem julgados que reformam decisões e concedem o privilégio, revendo os fundamentos utilizados pelas instâncias inferiores. Nesse sentido, refere-se que “a quantidade de drogas não poderá, automaticamente, proporcionar o entendimento de que a paciente faria do tráfico seu meio de vida ou integraria uma organização criminosa”, que “a atuação da agente no transporte de droga, em atividade denominada ‘mula’, por si só, não constitui pressuposto de sua dedicação à prática delitiva ou de seu envolvimento com organização criminosa” e que “a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não pode ser indeferida com apoio em ilações ou em conjecturas de que o réu se dedique a atividades ilícitas ou integre organização criminosa”.¹²⁷ Nesses casos, no entanto, é comum que pelo menos uma das instâncias ordinárias tenha reconhecido o privilégio.

Já no Superior Tribunal do Justiça há o entendimento tranquilo de que a quantidade de drogas é fundamentação idônea para afastar o privilégio do art. 33,

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 157258/RJ. Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. D.E. 03-10-2018;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 135845/SP. Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio. D.E. 26-09-2018.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário no Habeas Corpus nº 138715/MS. Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. D.E. 08-06-2017;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 131795/SP. Segunda Turma, Relator Ministro Teori Zavascki. D.E. 16-05-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111309/DF. Primeira Turma, Relator Ministro Roberto Barroso. D.E. 08-04-2014.

§4º da Lei de Drogas, em virtude da demonstração de que o agente se dedicava a atividades criminosas.¹²⁸

Outra questão merece ser suscitada: O Supremo Tribunal Federal, em Regime de Repercussão Geral, já entendeu que a quantidade de drogas pode ser usada ou para a fixação da pena-base ou na terceira fase da dosimetria da pena, para mensurar a fração aplicável pela causa de diminuição do tráfico privilegiado. No entanto, a aplicação nas duas etapas consistiria em *bis in idem*.¹²⁹

Assim, apesar de expresso entendimento do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário¹³⁰, compreende-se que se utilizada a quantidade de drogas para afastar o privilégio (o que se refuta no presente trabalho), não pode ser usada também para a mensuração da pena-base. Parece contraditório entender pela existência de *bis in idem* em uma situação menos gravosa para o réu (utilização do critério para mensurar o quantum da fração redutora), mas não considerar como tal uma situação mais grave, na qual o privilégio sequer é aplicado.

Outro fundamento também muito encontrado nas decisões do Tribunal do Rio Grande do Sul, conforme referido, é a existência de ações penais em curso contra o réu, que indicariam sua dedicação às atividades criminosas. Tal argumento tem sido corroborado no Superior Tribunal de Justiça, que tem entendido que “embora ações penais em curso não possam ser utilizadas para negativar a pena-base, podem servir como fundamento para considerar que haveria dedicação às atividades criminosas”, afastando-se a incidência da minorante do art 33, §4º.¹³¹

Não obstante o entendimento da Egrégia Corte Superior, entende-se que o uso de ações penais em curso para presumir a dedicação a atividades criminosas pelo réu é uma clara afronta ao princípio da presunção de inocência, sobre o qual já se discorreu no item 3.7 do presente trabalho, onde foram analisados os fundamentos utilizados na jurisprudência para configurar o tráfico de drogas.

¹²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 469952/SP. Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer. D.E. 16-10-2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 438704/SP. Sexta Turma, Relator Ministro Nefi Cordeiro. D.E. 18-10-2018.

¹²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 666334/RG. Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Greice. D.E. 05-05-2014.

¹³⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 375624/RJ. Quinta Turma, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. D.E. 24-10-2018.

¹³¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1340204/PI. Sexta Turma, Relatora Ministra Joel Laurita Vaz. D.E. 23-10-2018.

Ademais, como também já referido, o Supremo Tribunal Federal, em regime de Repercussão Geral, e o próprio Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula 444, já entenderam pela impossibilidade do uso de ações penais em curso para agravar a pena base a título de antecedentes criminais.

Nesse sentido, o fundamento utilizado no julgamento do já citado Recurso Extraordinário nº 591.094 /SC foi justamente o de que o uso de ações penais em curso para agravar a pena base consistiria em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Nos termos do voto do Ministro Celso de Mello:

O ato judicial de fixação da pena, por isso mesmo, não poderá emprestar relevo jurídico-legal a circunstâncias que meramente evidenciem haver sido (ou estar sendo) o réu submetido a procedimento penal-persecutório, sem que deste haja resultado, com definitivo trânsito em julgado, qualquer condenação de índole penal. A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais – ou, ainda, a persecuções criminais de que não haja derivado, em caráter definitivo, qualquer título penal condenatório – não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave e inaceitável lesão ao princípio constitucional que consagra a presunção “*juris tantum*” de inocência dos réus ou dos indiciados em geral (CF, art. 5º, LVII).

Cumprе salientar que embora a tese fixada em repercussão geral seja a de que “a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como *maus antecedentes* para fins de dosimetria da pena”, o mesmo se aplica a outras circunstâncias judiciais utilizadas na primeira fase de dosimetria da pena, como reconheceu o Ministro Dias Toffoli no julgamento do Habeas Corpus nº125.586/SP ¹³²:

Ora, se inquéritos policiais arquivados, processos em andamento, absolvições e condenações não transitadas em julgado não podem ser valorados negativamente como *maus antecedentes* na dosimetria da pena, por força da presunção de inocência, também não podem sê-lo a título de conduta social ou personalidade, sob pena de burla ao citado princípio constitucional, que veda a extração de consequências desfavoráveis ao réu daquelas situações jurídicas.

Assim se as ações penais em curso, sem trânsito em julgado, não podem ser utilizadas para agravar a pena-base, o mesmo se diga quanto à terceira fase da

¹³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 125.586/SP. Segunda Turma, Relator Ministro Dias Toffoli. D.E. 14-12-2015.

dosimetria da pena, nos termos do HC 151431.¹³³ Não há qualquer razão jurídica para que se restrinja a aplicação do princípio da presunção da inocência apenas à primeira fase da dosimetria da pena, devendo ser utilizado para proteger o réu de meras ilações ou conjecturas acerca de sua culpabilidade, de forma que tal presunção só pode ser derrubada por prova robusta no processo.

Aliás, conforme já referido, nem a reincidência ou os antecedentes podem servir como fundamento para comprovar a culpa do réu. Eles podem ser utilizados apenas para a individualização da pena, na primeira, segunda ou terceira fase da dosimetria, por serem circunstâncias objetivas expressamente previstas em lei.

Diante do exposto, defende-se uma interpretação mais restritiva ao critério da “dedicação a atividades criminosas”, visando garantir a finalidade do privilégio do art. 33, §4º da Lei de Drogas e evitando que seja afastado por argumentos de duvidosa constitucionalidade.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 151431/MG. Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes. D.E. 07-05-2018.

5. CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado, compreende-se que a atual Lei de Drogas faz parte de uma política criminal inserida em um contexto internacional de guerra às drogas, iniciado na década de 1960, a partir da polarização do mundo duas grandes potências.

A internacionalização, por sua vez, acabou produzindo discurso universalizado sobre as substâncias entorpecentes, ignorando, por muitas vezes, aspectos particulares de cada país. A universalização do discurso, junto com as Ideologias da Defesa social, da Segurança Nacional e aos Movimentos Lei e Ordem, além do discurso de diferenciação, serviram de pano de fundo para a compreensão do fenômeno no Brasil.

Somada aos mencionados tripé ideológico e discurso de diferenciação, a formulação teórica do Direito Penal do Inimigo contribuiu para a formação de um dispositivo normativo e uma política criminal que apostam na forte repressão ao tráfico de drogas. Nesse sentido, a Lei de Drogas surgiu como um lei especial, apartada do Código Penal, buscando dar tratamento diferenciado a uma espécie “diferente” de criminoso: o traficante de drogas.

Assim, para esse tipo de criminoso, a lei não estendeu as mesmas garantias do direito penal aplicado ao cidadão: ampliou o prazo em que o investigado pode permanecer preso antes da conclusão do inquérito, inverteu a ordem do interrogatório do réu, que passou a ser realizado antes da oitiva das testemunhas, aumentou o tempo para a progressão de regime e para a liberdade condicional, bem como, proibiu a possibilidade de liberdade provisória e de apelar em liberdade, embora essas duas últimas proibições já tenham sido declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Ao mesmo tempo, adquiriram enorme relevância para o enquadramento jurídico da conduta conceitos como “condições sociais e pessoais do agente”, o que demonstra o caráter de direito penal do autor trazido pela lei, que não busca apenas punir o tráfico, mas sim o traficante.

A política de guerra às drogas, entretanto, demonstrou ser um verdadeiro fracasso, e, ao invés de combater à violência, apenas aumentou a criminalidade e o encarceramento. A criminalização às drogas produz danos individuais, ao sistema de saúde, econômicos, ao sistema de administração justiça e ao sistema carcerário

Dessa forma, a criminologia crítica desconstrói os principais fundamentos para a descriminalização, demonstrando a ausência dos aspectos preventivos da pena.

Nesse diapasão, a principiologia de um direito penal moderno e garantista indica que apenas devem ser criminalizadas condutas que ofereçam uma real lesão direta ou perigo concreto a bens jurídicos. Assim, não se justifica a criminalização de condutas para tutelar violações indiretas à “saúde pública”, o que se refere principalmente em relação ao porte para consumo.

Destarte, é possível aprender com a experiência de outros países que apostaram em políticas alternativas à criminalização em relação ao consumo de drogas e na melhor regulamentação da matéria, principalmente quanto ao estabelecimento de uma quantidade permitida para cada droga. Refere-se às experiências na Holanda, no Uruguai, em Portugal e na Espanha, bem como às experiências de prescrição de heroína para dependentes na Suíça. Conforme pôde ser observado, as políticas alternativas não são sinônimos de liberação das drogas, uma vez que em todos os países citados houve forte regulamentação da matéria, bem como o tráfico de drogas continuou sendo punido.

Nada obstante, o Brasil continua apostando na intensa repressão às drogas e no discurso diferenciador. Nesse sentido a Lei 11.343/2006, substituindo o diploma legal anterior, deixou de prever pena privativa de liberdade para o crime de porte para consumo, previsto em seu art. 28, caput e §1º, ao mesmo tempo que aumentou a pena do tráfico de drogas para 05 a 15 anos de reclusão, além de multa, o que acarretou severas consequências para o sistema penal e principalmente para o sistema carcerário.

A lei dispensou tratamento jurídico extremado para cada uma das figuras penais: ao porte para o consumo foi destinado o mínimo de repressão, não se lhe aplicando penas privativas de liberdade e sendo considerado crime de menor potencial ofensivo; ao tráfico de drogas o máximo de repressão, sendo considerado delito equiparado à hediondo, inclusive conforme previsão constitucional.

Apesar da enorme diferença quanto às consequências jurídicas, a lei não trouxe critérios claros para a diferenciação em concreto dos dois tipos penais. Em seu tipo objetivo, os crimes de tráfico de drogas e porte para o consumo preveem algumas condutas semelhantes, de modo que todas aquelas previstas no art. 28, caput e §1º, também estão previstas no art. 33, caput e §1º da Lei de Drogas.

A diferenciação entre os tipos penais, portanto, não pode ser feita pelos elementos objetivos do tipo, mas deve ser feita pelo elemento subjetivo especial, qual seja a finalidade de destinar a droga ao consumo pessoal. A lei refere alguns critérios que podem indicar qual a finalidade concreta do agente. Esses critérios, no entanto, são dotados de pouca clareza e precisão, o que dificulta a atividade do aplicador da lei.

Desse modo, analisando-se a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, percebeu-se que os magistrados acabam se socorrendo a elementos meramente indiciários, muitas vezes fundamentados em estereótipos não comprováveis empiricamente sobre o traficante de drogas. Nesse contexto, a quantidade de drogas, elemento dotado de certa objetividade, acaba aparecendo como um dos principais fundamentos para a condenação por tráfico, embora não tenha sido estabelecido um parâmetro fixo para cada quantidade de drogas.

Assim, a pesquisa jurisprudencial, visando a atender um objetivo subsidiário, a partir das decisões absolutórias ou desclassificatórias para a conduta de porte para o consumo, identificou um parâmetro fixo para cada uma das três quantidades de drogas mais apreendidas: 118 g, para maconha, 19 g para cocaína e 12,5g para crack.

A proposta do presente trabalho ao fixar as referidas quantidades não é a de estabelecer presunção de tráfico para valores superiores, mas somente precisar o significado de “quantidade elevada de drogas”, ante a ausência de definição sobre o termo. Justifica-se essa finalidade tendo em vista que a quantidade de droga já é usada, na maioria das vezes, como principal fundamento para a condenação.

Conclui-se, entretanto, que o uso constante de elementos meramente indiciários e de pouca clareza se deve à ausência de maiores investigações, tendo em vista que nos casos analisados a droga foi apreendida em virtude de patrulhamento de rotina ou de informações anônimas prestadas às autoridades policiais, de modo que não só o testemunho dos policiais quanto aos fatos, mas também sua interpretação quanto à finalidade da conduta são determinantes para a condenação.

Já em relação ao tráfico privilegiado, previsto no art. 33, §4º da Lei 11343/2006, constata-se que a figura consiste em uma causa especial de diminuição da pena que visa a beneficiar o “pequeno traficante”, que atua de forma eventual.

Assim, apesar de não ser um tipo penal autônomo, consiste em uma figura intermediária entre o crime de porte para o consumo e o crime de tráfico de drogas

Nesse sentido, o tráfico privilegiado, apesar de ser punido com pena privativa de liberdade e não ser crime de menor potencial ofensivo, admite a conversão em pena restritiva de direitos, bem como não é considerado crime hediondo.

Constata-se que a lei previu quatro critérios cumulativos para sua aplicação: primariedade, bons antecedentes, não integração à organização criminosa e não dedicação a atividades criminosas. Os três primeiros desses critérios estão definidos em lei, como o conceito de reincidência e o de organização criminosa, ou estão em boa parte consolidados na jurisprudência, como o caso dos antecedentes, e não guardam maiores problemas.

Junto a esses elementos, o critério da não dedicação a atividades criminosas não possui precisão conceitual, dando margem a interpretações arbitrárias. Assim, a quantidade de drogas e a existência de ações penais em curso contra o réu são usadas em alguns julgados do Tribunal do Rio Grande do Sul e admitidas em alguns julgados das Cortes Superiores como fundamentos aptos a afastar o minorante do art. 33, §4º da Lei de Drogas.

Entretanto, visando a assegurar a finalidade de diferenciar o pequeno traficante do grande traficante de drogas, deve ser dada interpretação teleológica ao tráfico privilegiado, afastando-o apenas naqueles casos em que demonstrado que o agente atuava de forma estruturada ou auferia alta lucratividade com sua atividade, não sendo suficiente para afastar o privilégio apenas a quantidade de drogas apreendida ou a existência de ações penais em curso.

Conclui-se, dessa forma, que deve-se exigir prova mais rígida para a consideração de critérios que prejudicam o réu, seja para configurar o delito de tráfico de drogas ou para afastar a causa especial de diminuição do tráfico privilegiado, evitando-se o uso de elementos puramente indiciários, baseados em estereótipos de traficante, bem como respeitando o princípio constitucional da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 3. Ed;
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013;
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 6. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013;
- CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016;
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;
- FILHO, Greco; RASSI, João Daniel. **Lei De Drogas Anotada: lei n. 11.242/2006**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
- FILHO, Tourinho; Costa, Fernando da. **Processo Penal, volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2011;
- JAKOBS, Gunther; Meliá, Manuel Cancio. **DIREITO PENAL DO INIMIGO: noções e críticas**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;
- NUCCI, Guilherme Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;
- OLMO, Rosa Del. **A Face oculta da Droga**. 1.ed.Rio De Janeiro:Renavan, 1990;
- ROSA, Rodrigo Silveira da. **Comentários à Nova Lei de Combate Às Drogas que Causam Dependência: prevenção e repressão**. 1. ed. Sorocaba: Minelli, 2009;

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11.ed. Salvador: Juspodium, 2016;

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Sobre a Técnica Legislativa em Matéria Penal na Lei de Drogas**. In: CARVALHO , Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 Anos da Lei De Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.p.661/684;

BERTRAN, Maria Paula; BRUNI, Aline Thaís; VELHO, Jesus Antônio; Amaral; Cláudio do Prato. Consumeristas: Precisamos Falar Sobre Drogas. **Revista Brasileira de Direito do Consumidor**, vol. 114, 2017. Disponível em: <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000167008d49513d495d93&docguid=lf8e0840d58511e78b32010000000000&hitguid=lf8e0840d58511e78b32010000000000&spos=3&epos=3&td=5&context=62&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 06. nov. 2018;

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. A organização criminosa da Lei 12.850/2013 e a minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006: novatio legis in mellius?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 265, p. 16-17., dez. 2014. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=116079>. Acesso em: 6 nov. 2018;

CAVALHEIRO, Carmela Marcuzzo do Canto. Países baixos: o infundável debate acerca da descriminalização da maconha. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 116, p. 319-336., set./out. 2015. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=126473>. Acesso em: 6 nov. 2018;

LIMA, Leilson Roberto da Cruz. "Mulas" do tráfico e aplicação do Art. 33, §4º, da Lei de Tóxicos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 231, p. 17-18., fev. 2012. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=91051>Acesso em: 30 out. 2018;

MARONNA, Cristiano Ávila. Os danos constitucionais causados pela práxis do direito penal das drogas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 286, p. 02-03., set. 2016. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131184>. Acesso em: 30 out. 2018;

MOURA, Maria Esperia Costa; SILVA, Bruno Rodrigues da. Tóxicos: tráfico privilegiado e penas alternativas. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 22-33., abr./mai. 2011. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=87522>. Acesso em: 2 nov. 2018;

OLIVEIRA, Jorge Albino Quintas de; FIRMIANO, João Diego Rocha. Decisões judiciais em matéria de drogas em São Paulo e em Portugal: estudo comparativo de sentencing. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 26, n. 143, p. 245-287., mai. 2018. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143415>. Acesso em: 11 nov. 2018;

SILVA, Jorge Vicente. Da nova Lei Antidrogas: da nobre causa de diminuição de pena, 2006. **Da nova Lei Antidrogas: da nobre causa de diminuição de pena**. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=137958>. Acesso em: 6 nov. 2018;

SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 286, p. 08-09., set. 2016. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131190>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil:promulgada em 5 de outubro de 1988 **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Institui o Código Penal.**Planalto**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Aprova a Consolidação das Leis Penais. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.html>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Decreto nº 780, de 28 de abril de 1936.**Planalto**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-780-28-abril-1936-472250-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal.**Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acessoem: 12nov. 2018.;

BRASIL. Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal.**Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Decreto-Lei n. 4720, de 21 de setembro de 1942.**Planalto**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4720-21-setembro-1942-414751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Lei n. 4451, de 4 de novembro de 1964.**Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4451.htm>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Decreto n. 54.216, DE 27 DE AGOSTO DE 1964. Institui a Convenção Única sobre Entorpecentes.**Planalto**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Decreto-Lei n. 385, de 26 de Dezembro de 1968.**Planalto**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4451.htm>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Lei n. 5726, de 29 de outubro de 1971.**Planalto**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5726-29-outubro-1971-358075-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Lei n. 6378, de 21 de outubro de 1976. **Planalto**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Decreto 151, de 26 de junho de 1991.Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.**Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995.**Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.**Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm>. Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Decreto 5015, de 12 de março de 2004.Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.**Planalto**. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2004/decreto/d5015.htm>.
Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Lei n. 11.340, de 23 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>.
Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Lei n. 12850, de 02 de agosto de 2013. **Planalto**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>.
Acessoem: 12nov. 2018;

BRASIL. Portaria n. 344, de 12 de maio de 1988. **Ministério da Saúde**. Disponível em:
<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>
. Acessoem: 12nov. 2018;

ESPAÑA. Lei n. 10 de 23 de novembro de 1995, Del Código Penal. **Congreso de Los Diputados**. Disponível em:<http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_010_1995.pdf>.
Acessoem: 12nov. 2018;

PORTUGAL. Lei n. 30 de 29 de novembro de 2000. **Legislativo**. Disponível em:<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=186&tabela=leis&so_miolo>. Acessoem: 12nov. 2018;

URUGUAI. Lei n. 19172, de 20 de dezembro de 2013. **Parlamento**. Disponível em:<<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp1850941.htm>>.
Acessoem: 12nov. 2018;

**ANEXO A – TABELA COM AS DECISÕES CONDENATÓRIAS USADAS NO
TRABALHO**

Apelação N ^o 134	Câmara Criminal	Data de Julgamento	Quantidade de Droga E Demais Objetos Apreendidos	Fundamento Para Condenação Por Tráfico
70076601590	1 ^a	14/03/2018	2 petecas de cocaína, pesando 4g e 12 pedras de crack, pesando 52g.	Informações anônimas. Realização de campana constatando grande movimentação de pessoas no local, com aparência de usuários (sujos). Um dos policiais já havia visto o réu entregar algo para uma das pessoas que iam até a casa. Quantidade expressiva de droga, diversidade das drogas. Ausência de material para consumo (caximbo). Reincidência no Tráfico.
70076475813	1 ^a	14/03/2018	14 buchas de cocaína, pesando 7g. 43 pedras de crack, pesando 7g. Apreendidos R\$97,55	Quantidade expressiva de drogas, diversidade de drogas dinheiro em R\$ 79,00 em cédulas e R\$ 18,55 em moedas. Local conhecido como ponto de tráfico. Crime praticado à noite. Ausência de material para consumo. Réu já havia sido preso no mesmo lugar por prática, em tese, do delito de tráfico- sofria outros dois processos criminais pelo mesmo fato. O réu havia empreendido fuga ao visualizar os policiais.
70076297779	1 ^a	14/03/2018	7 porções de maconha, pesando 11,2g, 04 pedras de crack, pesando 0,3g e 1 tijolo de maconha, pesando 137,26 g	Informações anônimas indicavam que o sujeito iria entregar droga e ele foi abordado em virtude dessas informações, após os policiais esperarem a passagem de seu veículo. Quantidade expressiva de drogas. Reincidência no tráfico.

¹³⁴ Consulta processual pode ser feita no site: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>

70076236454	1ª	14/03/2018	29 tijolos e uma porção de maconha, pesando 16.899,2kg; e seis porções de cocaína, pesando 292,9 g. Encontrada balança de precisão e rádios	Quantidade expressiva de drogas, e diversidade. Materiais encontrados: Balança de precisão e rádios.
70076244334	1ª	14/03/2018	73 pedras de crack (17g) e 34 torrões de maconha (42g).	Quantidade de drogas expressiva, local conhecido como ponto de tráfico reunidos mais quatro indivíduos.
70076281138	1ª	14/03/2018	Réu 1: 33 pedras de crack, pesando 06 g; Réu 2: 16 porções de maconha, pesando 17g e 08 pedras de crack, pesando 2g	Em relação a um réu : Movimentação suspeita vista por policiais, conhecido local de tráfico, não havia petrecho para consumo, condenações por furto e roubo, Quantidade expressiva de drogas. Em relação ao outro réu : Quantidade expressiva de drogas, réu afirmou que não era usuário (disse que haviam enxertado a droga), conhecido local de tráfico.
70076662162	1ª	14/03/2018	73 pedras de crack (6,94g) e 1 tijolo de maconha (1,38g).	Informações anônimas indicavam que o réu estaria portando as drogas. Suposto usuário teria indicado que havia comprado do réu. Local conhecido como ponto de tráfico
70076505346	1ª	14/03/2018	23 pedras de crack, pesando 3,60g, e 03 (três) trouxinhas de cocaína, pesando 0,28g Apreendidos R\$ 150,75	Expressiva quantidade do crack. Diversidade da droga conhecido ponto de tráfico. Réu já havia sido abordado e preso no local pela suposta pratica de tráfico. Policiais já tinham informações de que o réu exercia o tráfico no local. Réu possuía condenação posterior ao fato por crime de furto e era processado por tráfico. Não havia petrecho para consumo. Importância

				em dinheiro encontrada.
70076411107	1ª	14/03/2018	500g de maconha	Expressiva quantidade de drogas e existência de informações anônimas
70076348283	1ª	14/03/2018	241 pinos de cocaína (115g) Apreensão de R\$ 15,00	Quantidade de drogas, fracionadas e prontas pra venda, dinheiro encontrado e réu estava próximo a uma motocicleta, e o trafico era feito assim naquela região.
70074506163	2ª	08/03/2018	41 pedrinhas de crack, pesando 6,28 g (2 réus, 3,14 g para cada) Apreensão de R\$ 66, e supostos materiais dados por usuários (como televisão e caixa de som)	Quantidade de Droga, informações anônimas e objetos de usuários Dinheiro encontrado com réu. (Souberam do fato por denúncia anônima, mas não foi usada de fundamento)
70072614126	2ª	08/03/2018	401 tijolos de maconha pesando 463,5g	Quantidade Expressiva de drogas, a forma como foi encontrada (uma pequena parte com o réu, e o restante dentro da casa), as informações prévias descrevendo um sujeito com as características do réu. Conhecido ponto de tráfico
70074959131	2ª	08/03/2018	13 pedras de crack pesando 1,5 g	Informações anônimas indicavam o réu. Conhecido local de tráfico. Réu tentou fugir.
70071453104	2ª	08/03/2018	30,6 g de maconha	Réu tentou fugir, informações anônimas (de vizinhos) davam conta de que o réu era traficante, policiais conheciam o réu com essa fama.
70075832568	2ª	08/03/2018	3 tijolos de maconha, pesando 105g, Apreensão de balança de precisão.	Quantidade de drogas+ A apreensão das drogas não se deu por acaso, mas por fundadas suspeitas que motivaram mandado de busca e apreensão+ foi encontrada balança com resquícios de drogas.
70074597204	2ª	08/03/2018	16 tabletes de maconha, totalizando 578g. Apreensão de 01 balança de precisão 01 máquina Taser e R\$204,00	Quantidade expressiva, drogas nomeadas, prévias informações e materiais de tráfico.
70074767237	2ª	08/03/2018	56 pedras de	Quantidade de drogas,

			crack, pesando 7,4 g. Apreensão de R\$ 83,00	atitude do réu, em fugir do local, dinheiro encontrado e conhecido ponto de tráfico. Réu não tinha apetrecho para consumo.
70075881896	2ª	08/03/2018	20 porções de maconha, pesando 22,9g e 28 pedras de crack pesando 6,2 g	Quantidade incompatível com o consumo, embaladas e fracionadas na forma da mercancia. Local conhecido como ponto de tráfico, ausência de petrechos para consumo, réu que foi contraditório quanto à forma como adquiriu a droga.
70076490036	2ª	08/03/2018	2 pedras grandes e 11 pedrinhas separadas, totalizando 15,5 gramas de crack Apreensão de armas, objetos furtados e diversas embalagens.	Prévias informações anônimas que ensejaram o mandado. Diversas embalagens encontradas. Forma que a droga foi encontrada (duas pedras grandes e outras já fracionadas)+ Objetos oriundos do furto(comum de troca para tráfico)+ arma encontrada.
70074988270	2ª	08/03/2018	38g em pedras de crack. Apreensão de R\$133, uma balança de precisão e cachimbos artesanais	Quantidade de drogas, balança de precisão e tentativa da ré de se evadir ao ver os policiais.
70075815746	3ª	20/03/2018	78 (setenta e oito) pedras de crack, pesando cerca de 50,62 gramas, e 02 (duas) buchas de maconha, pesando cerca de 275 gramas	Quantidade expressiva e conhecido local de tráfico
70075396002		20/03/2018	2.kg maconha, 01 (um) tijolo e 3 porções de cocaína, pesando aprox. 2 KG e 120 (cento e vinte) 'buchas' de cocaína, pesando aproximadamente 168g. Apreensão de balanças de precisão, armas e cadernetas com anotações	Quantidade de drogas, existência de prévia informação anônima que foi expedido mandado (foi confirmado que o réu dirigia o carro dito na denuncia, bem como era familiar de um preso, também como visto na informação anônima), balança de precisão, armas e cadernetas.
70075772335	3ª	20/03/2018	174 g maconha,	Apesar de não ser

			com dois réus (87g pra cada). Apreensão de armas, balança de precisão e pinos para embalar droga	expressiva a quantidade da droga, os materiais encontrados (balança de precisão e os pinos para embalar) indicam que se destinava ao tráfico.
70075507061	3ª	20/03/2018	10kg (maconha; 01 (utijolo de maconha, pesando aproximadamente 500 gramas; e 148kg e 260 gramas	Quantidade expressiva da droga
70076208230	3ª	20/03/2018	28 pedras de crack, pesando 4,75 gramas, e de 04 buchas de cocaína, pesando aproximadamente 1,6 gramas (2 réus- 2,37 g de crack e 0,8 g de cocaína para dada)	Diversidade da droga, fato de um réu estar andando com o outro de forma armada, indicação por informação anônima, que descreveu especificamente a circunstância (obs: réus eram irmão e andavam juntos, o que colaborou para mostrar coautoria)
70075835298	3ª	20/03/2018	81 buchas pequenas e 2 buchas grandes de cocaína, pesando 181g.	Apesar de não ser grande a quantidade de drogas, o policial informou que já tinha informação de usuários que indicavam ser o local um ponto de tráfico.
70075814988	3ª	20/03/2018	141 pedrinhas de crack, pesando 11g, 01 pedra maior de crack, pesando cerca de 04 gramas, 02 (duas) porções de maconha, pesando 23 g s, além de 05 (cinco) pés em fase de crescimento de planta do gênero Cannabis (2 réus) 7,5 g de crack, 11,5 g de maconha p/cada.	Quantidade expressiva de drogas, diversidade, forma como estavam acondicionadas, material para embalagem e fato de os réus terem sido flagrados embalando (preparando) as mesmas.
70076006006	3ª	20/03/2018	28g, uma porção de cocaína, pesando cerca de 160g e diversas porções (de crack, pesando aproximadamente 941g . Duas Balanças de precisão, embalagens	Quantidade expressiva e materiais apreendidos, característicos do tráfico

			picotadas, sacolas plásticas e munições.	
70074978222	3ª	20/03/2018	Três frascos de lança-perfume, 24 buchas de cocaína, 620 gramas de maconha, 150 gramas de crack e 135 gramas de cocaína (dois réus). Apreensão de armas, munições, R\$495 e 7 notas falsas de R\$ 50.	Quantidade expressiva de drogas
70075875302	3ª	20/03/2018	83 pedras de "crack", pesando aproximadamente 10g, ; e 02 porções de "crack", pesando aproximadamente 13,40g. Apreensão de R\$ 113.	Quantidade de drogas, além dos materiais e dinheiro apreendidos.

ANEXO B- TABELA COM AS DECISÕES ELIMINADAS DA ANÁLISE

Câmara Criminal	Motivo da Exclusão	Apelação Crime n ^o 135
Primeira Câmara Criminal Segunda Câmara Criminal	Absolvição	70076440742
	Investigação com Interceptação e/ou Abordagem de Usuário	70075340950
		70076251545
		70076488634
	Confissão Judicial	70076489459
	Objeto do Recurso Exclusivamente a Dosimetria	70076620673
	Prescrição da Pretensão Punitiva	70075352971
	Intempestividade do Recurso	70076584358
	Desclassificação Jurídica da Conduta	70074353137
	Investigação com Interceptação Telefônica, Abordagem de Usuários ou Testemunha não Policial em Juízo	70075069567;
		70075734160;
		70074855121;
		70074436817;
		70053211678
		70075273664;
		70075993618;
		70075861062;
	Confissão Judicial	70074807090
		70075925438
70074812157		
Policias Flagraram atos de Mercancia	70074078924	
	70073627671	
Droga Diversa das	70074249152	

¹³⁵ Consulta processual pode ser feita no site: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>

	Analisadas	
	Não Analisaram o Tráfico Privilegiado	70075075929;
		70075083428;
		70076041847;
		70074156399;
		70075736157
Terceira Câmara Criminal	Absolvição	70076478999;
		70073186603;
		70072713167;
		70075832295;
		70074242520;
		70073808156;
		70073205148;
		70072827942
	Confissão Judicial	70076325802
		70076006006
	Investigação com Interceptação Telefônica, Abordagem de Usuários ou Testemunha não Policial em Juízo	70076097807
		70075194381
		70075504134
		70076317486
		70056831225;
		70075736157
	Policias Flagraram Atos de Mercandia	70076008374

Apelação N°	Câmara Criminal	Quantidade de Droga Apreendida
70076601590	1ª	2 petecas de cocaína, pesando 4g e 12 pedras de crack, pesando 52g.
70076475813	1ª	14 buchas de cocaína, pesando 7g. 43

		pedras de crack, pesando 7g.
70076297779	1ª	7 porções de maconha, pesando 11,2g, 04 pedras de crack, pesando 0,3g e 1 tijolo de maconha, pesando 137,26 g
70076236454	1ª	29 tijolos e 1 porção de maconha, pesando 16.899,2kg; e 06 porções de cocaína, pesando 292,9 g.
70076244334	1ª	73 pedras de crack (17g) e 34 torrões de maconha (42g).
<u>70076281138</u>	<u>1ª</u>	<u>Réu A: 33 pedras de crack, pesando 06 g; Réu B: 16 porções de maconha, pesando 17g e 08 pedras de crack, pesando 2g</u>
<u>70076662162</u>	<u>1ª</u>	<u>73 pedras de crack (6,94g) e 1 tijolo de maconha (1,38g).</u>
<u>70076505346</u>	<u>1ª</u>	<u>23 pedras de crack, pesando 3,60g, e 03 (três) trouxinhas de cocaína, pesando 0,28g</u>
70076411107	1ª	500g de maconha
70076348283	1ª	241 pinos de cocaína (115g)
<u>70074506163</u>	<u>2ª</u>	<u>41 pedrinhas de crack, pesando 6,28g (2 réus-3,14g para cada;</u>
70072614126	2ª	401 tijolos de maconha pesando 463,5g
<u>70074959131</u>	<u>2ª</u>	<u>13 pedras de crack pesando 1,5 g</u>
<u>70071453104</u>	<u>2ª</u>	<u>30,6 g de maconha</u>
70075832568	2ª	3 tijolos de maconha, pesando 105g,
70074597204	2ª	16 tabletes de maconha, totalizando 578g.
<u>70074767237</u>	<u>2ª</u>	<u>56 pedras de crack, pesando 7,4 g.</u>
<u>70075881896</u>	<u>2ª</u>	<u>20 porções de maconha, pesando 22,9g e 28 pedras de crack pesando</u>

		<u>6,2 g</u>
70076490036	2ª	2 pedras grandes e 11 pedrinhas separadas, totalizando 15,5 gramas de crack
70074988270	2ª	38g em pedras de crack. Apreendidos R\$133.
70075815746	3ª	78 (setenta e oito) pedras de crack, pesando cerca de 50,62 gramas, e 02 (duas) buchas de maconha, pesando cerca de 275 gramas
70075396002	3ª	2.kg maconha, 01 (um) tijolo e 3 porções de cocaína, pesando aprox. 2 KG e 120 (cento e vinte) 'buchas' de cocaína, pesando aproximadamente 168g.
70075772335	3ª	174 g maconha, com dois réus (87g pra cada). Apreendidas armas, balança de precisão e pinos para embalar droga.
70075507061	3ª	10kg maconha; 01 (tijolo de maconha, pesando aproximadamente 500 gramas; Mais 148kg e 260 gramas
<u>70076208230</u>	<u>3ª</u>	<u>28 pedras de crack, pesando 4,75 gramas, e de 04 buchas de cocaína, pesando aproximadamente 1,6 gramas (2 réus- 2,37 g de crack e 0,8 g de cocaína para dada)</u>
70075835298	3ª	81 buchas pequenas e 2 buchas grandes de cocaína, pesando 181 gramas.
<u>70075814988</u>	<u>3ª</u>	<u>141 pedrinhas de crack, pesando 11g, 01 pedra maior de crack, pesando cerca de 04 gramas, 02 (duas) porções de maconha, pesando 23 gramas, além de 05 (cinco) pés em fase de</u>

		<u>crescimento de planta do gênero Cannabis(2 réus) 7,5 g de crack, 11,5 g de maconha p/cada e cinco pés de maconha</u>
70076006006	3ª	28g(vinte e oito gramas), uma porção de cocaína, pesando cerca de 160g e diversas porções (de crack, pesando aproximadamente 941g .
70074978222	3ª	Três frascos de lança-perfume, 24 buchas de cocaína, 620 gramas de maconha, 150 gramas de crack e 135 gramas de cocaína (dois réus).
70075875302	3ª	83 pedras de “crack”, pesando aproximadamente 10,20g ; e 02 porções de “crack”, pesando aproximadamente 13,40g.