

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO  
CURSO DE DIREITO**

**ANA PAULA DE MORAES DA SILVA**

**LEI Nº. 11.343/06: ESTUDO SOBRE POSSÍVEL FATOR ENCARCERADOR POR  
TRÁFICO DE DROGAS DECORRENTE DA NÃO DIFERENCIAÇÃO EFETIVA DO  
USUÁRIO E DO TRAFICANTE**

**Porto Alegre  
2018**

ANA PAULA DE MORAES DA SILVA

LEI Nº. 11.343/06: ESTUDO SOBRE POSSÍVEL FATOR ENCARCERADOR POR  
TRÁFICO DE DROGAS DECORRENTE DA NÃO DIFERENCIAÇÃO EFETIVA DO  
USUÁRIO E DO TRAFICANTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
como requisito parcial para obtenção do título  
de Graduado em Direito, pelo Curso de Direito  
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
- UFRGS

Orientador(a): Prof(a). Dra. Vanessa Chiari Gonçalves

PORTO ALEGRE  
2018

## RESUMO

Este trabalho visa investigar a falta de critérios objetivos na diferenciação do usuário e do traficante de drogas como possível causa de aumento da população carcerária em relação ao delito de tráfico de drogas, verificando-se a semelhança das condutas criminalizadas nos dois tipos regulamentadores, artigos 28 e 33, da Lei nº 11.343/06, constatando a dificuldade em se identificar o especial fim de agir para a configuração de tais delitos. A Lei nº 11.343/06, Lei de Drogas, apesar de ter abolido a pena privativa de liberdade para a conduta de porte de drogas para consumo pessoal e no seu art. 28, § 2º, definir critérios a fim de auxiliar o magistrado a identificar no caso concreto o usuário do traficante de drogas ilícitas não impediu o crescimento vertiginoso em relação as condenações por crime de tráfico de drogas. A metodologia baseia-se na pesquisa bibliográfica e análise de 31 (trinta e um) acórdãos do Estado do Rio Grande do Sul, os quais possibilitaram o suporte teórico para o desenvolvimento das ideias aqui lançadas.

**Palavras-Chaves:** Usuário de drogas. Tráfico de drogas. Tráfico de drogas. Critérios de diferenciação usuário do traficante de drogas ilícitas.

## **ABSTRACT**

This paper aims to investigate the lack of objective criteria for distinguishing between drug user and drug trafficker as a possible cause for increase in prison population due to the crime of drug trafficking, verifying the similarity in criminalised behaviours in both regulatory types, articles 28 and 33, of Law no. 11.343/06, denoting the difficulty to identify the specific intent for the configuration of such crimes. Law no. 11.343/06, Drugs Act, despite having abolished the custodial sentence for drug possession for personal use and, in its article 28, § 2nd, defined criteria to assist the magistrate in identifying the illegal drug user from the trafficker in each particular case, it didn't stop the vertiginous increase of condemnations for crime of drug trafficking. The methodology is based on bibliographic research and analysis of 31 (thirty-one) judgements in the State of Rio Grande do Sul, which give theoretical support for the development of ideas launched in this paper.

**Key words:** Drug user. Drug trafficking. Criteria for distinguishing between drug user and drug trafficker.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgR	Agravo Regimental
AgRg	Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial
AI	Agravo de Instrumento
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
art.	Artigo
arts.	Artigos
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
Des.	Desembargador
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
DJU	Diário da Justiça da União
EDcl	Embargos Declaratórios
g	grama
HC	Habeas Corpus
Infopen	Informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro
Kg	Quilograma
LSD	Dietilamida do ácido lisérgico
MS	Ministério da Saúde
Nº	Número
Pg.	página
PR	Paraná
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
séc.	Século
Sisnad	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
SP	São Paulo

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SVS	Secretária de Vigilância em Saúde
§	Parágrafo

## **LISTA DE GRÁFICOS**

**Gráfico 1.** Quantidade de cocaína apreendida em gramas

**Gráfico 2.** Quantidade de crack apreendido em gramas

**Gráfico 3.** Quantidade de maconha apreendida em gramas

**Gráfico 4.** Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016

**Gráfico 5.** População prisional no Brasil por Unidade da Federação

**Gráfico 6.** Distribuição dos crimes tentados e consumados entre os registros das pessoas presas no sistema federal

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 Histórico da Lei de Drogas.....	10
2.1 Leis anteriores à Lei 11.343/06.....	10
2.2 Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Lei de Drogas.....	20
3 A Diferenciação entre usuário e o traficante na Lei nº. 11.343/06.....	24
3.1 Artigo 28 da Lei nº. 11.343/06.....	24
3.1.1 Princípio da Insignificância.....	30
3.2 Artigo 33 da Lei nº. 11.343/06.....	33
3.3 Distinção entre usuário e traficante.....	38
4 Os critérios utilizados para diferenciar o traficante do usuário de drogas.....	40
4.1 Critério: Quantidade de droga apreendida.....	43
4.2 Critério: natureza da substância apreendida.....	49
4.3 Critério: Variedade de substâncias apreendidas.....	50
4.4 Critério: Fracionamento e Acondicionamento da Droga.....	52
4.5 Critério: Local e as condições em que se desenvolveu a ação.....	54
4.6 Critério: Dinheiro apreendido.....	58
4.7 Critério: Apreensão de balança de precisão e outros materiais.....	59
4.8 Critério: Desemprego.....	61
4.9 Critério: Ausência de petrechos.....	61
4.10 Critério: Antecedentes do agente.....	62
4.11 Depoimento dos Policiais.....	63
4.12 Porte de arma.....	66
4.13 O Tráfico de Drogas e o Sistema Prisional no Brasil e no Rio Grande do Sul.....	68
5 CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS.....	74

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem a terceira maior população prisional do mundo, aproximadamente 726 mil presos, segundo os dados do levantamento nacional de informações penitenciárias de junho de 2016 do Ministério da Justiça.<sup>1</sup> A taxa de presos para cada 100 mil habitantes subiu para 352,6 indivíduos em junho de 2016. Em 2014, era de 306,22 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, enquanto a taxa mundial de aprisionamento situa-se no patamar de 144 presos por 100.000 habitantes (conforme dados do “International Centre for Prison Studies”).<sup>2</sup> Há uma tendência mundial de redução do percentual de encarceramento nos últimos anos; porém, o Brasil segue uma trajetória oposta, tendo um incremento na sua população carcerária na ordem de 7% ao ano, aproximadamente. Vale registrar que partimos de 90 mil presos no início da década de 90 e em 2014 haviam mais de 620 mil pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais.

É importante apontar o grande número de pessoas presas pelo crime de tráfico de drogas, que corresponde a 30%, de acordo com os dados do levantamento nacional de informações penitenciárias de junho de 2016, do Ministério da Justiça. Em 2005, havia aproximadamente 361.402 presos<sup>3</sup>, sendo que 32.880 dos encarcerados eram presos por tráfico de drogas<sup>4</sup>, percentual de aproximadamente 9%. O que ocorre nos próximos anos é um crescimento vertiginoso no encarceramento em relação ao tráfico de drogas, já que em 2014 tínhamos 622.22 presos, sendo 174.216 presos por tráfico, equivalente a 28% do total, culminando um aumento de mais de 400% no período.

A questão é: em que medida a Lei nº.11.343/06, Lei de Drogas, tornou-se fator chave para o aumento do encarceramento no Brasil? Pois as estatísticas mostram que a mudança de tratamento promovida pela referida lei, que aboliu a pena privativa de liberdade para a conduta de porte de drogas para consumo pessoal não impediu um incremento substancial das condenações por crime de tráfico de drogas.

<sup>1</sup> Santos, Thandara; Rosa, Marlene Inês da. Levantamento nacional de informações penitenciárias: **INFOPEN**. Brasília, jun. 2016. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2018. p. 7.

<sup>2</sup> Vitto, Renato Campos de; Santos Thandara. Levantamento nacional de informações penitenciárias: **INFOPEN**. Brasília, dez. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018. p. 14.

<sup>3</sup> Santos, Thandara; Rosa, Marlene Inês da. Levantamento nacional de informações penitenciárias: **INFOPEN**. Brasília, jun. 2016. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2018. p. 9.

<sup>4</sup> QUINTO, Antonio Carlos. Lei de Drogas vem Causando Lotação no Sistema Penitenciário. **Agência USP de Notícias**, São Paulo, 24 nov. 2015. Disponível em: <<https://www5.usp.br/101424/lei-de-drogas-vem-causando-lotacao-no-sistema-penitenciario/>>. Acesso em: 22 set. 2018.

A novidade trazida por esta lei é a forma de lidar com usuários e traficantes. Porém, a Lei nº 11.343/06 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (Lei 6.368/76). A lei não apresenta critérios específicos para definir posse e tráfico.

Além disso, a Lei nº. 11.343/06 procura estabelecer uma diferenciação entre prevenção e repressão por meio dos estigmas “prevenção” (usuário) e “repressão” (traficante), ou seja, vitimiza o usuário/dependente e demoniza o traficante. E nesse sentido despenaliza o uso de drogas submetendo o usuário a penas alternativas, não restritivas de liberdade. E para o crime de tráfico houve um aumento da pena mínima privativa de liberdade, de 03 anos para 05 anos, e conseqüentemente a vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Lembrando que a Constituição Federal considera o tráfico de drogas um crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia e a Lei 8.072/90 equipara o tráfico a crime hediondo.

Dividido em três capítulos, o presente trabalho iniciar-se-á com uma análise da legislação de drogas no Brasil e qual a política criminal brasileira adotada em relação ao tema.

O segundo capítulo centra-se nas diferenciações que a Lei n.º 11.343/06 aborda entre usuário e ao traficante, seus respectivos conceitos, tratamento e penas. Levando em consideração principalmente as alterações em relação a Lei n.º 6.368/76. Menciona-se, ainda, os problemas decorrentes do tráfico de drogas como tipo penal aberto.

No terceiro capítulo buscou-se abordar quais os critérios que o Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul está adotando para diferenciar se a droga apreendida destina-se ao consumo pessoal ou ao comércio, tipificado como tráfico de drogas. Além disso será abordado um panorama do sistema prisional no Brasil e no Rio Grande do Sul em relação ao tráfico de drogas.

## 2 HISTÓRICO DA LEI DE DROGAS

Antes da abordagem da Lei n. 11.343/2006 será feito um breve apanhado histórico das leis penais que a antecederam.

### 2.1 LEIS ANTERIORES À LEI 11.343/06

No Brasil a criminalização do uso/porte e do comércio de entorpecentes surge com a instituição das Ordenações Filipinas (séc. XVII), no Livro Quinto, Título LXXXIX, com o seguinte texto “que ninguém tenha em *cazarosalgar*, nem o venda, nem outro material venenoso”<sup>5</sup>, demonstrando a preocupação da legislação com a questão das drogas.

Posteriormente, foi estabelecida no Código Penal de 1890, no artigo 159, a pena de multa àquelas pessoas que expusessem à venda ou ministrassem “substâncias venenosas sem legítima autorização ou sem formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários”<sup>6</sup>.

No início do século XX o aumento do consumo de ópio e haxixe, sobretudo nos círculos intelectuais e na aristocracia urbana, incentivou a edição de novos regulamentos sobre o uso e a venda de substâncias psicotrópicas<sup>7</sup>. Com a consolidação das Leis Penais em 1932, o caput do art. 159 do Código Penal de 1890 foi alterado, sendo acrescentados doze parágrafos.<sup>8</sup> Nota-se que à originária (e exclusiva) pena de multa é acrescentada a prisão celular. A pluralização de verbos nas incriminações, a substituição do termo substâncias venenosas por substâncias entorpecentes, a previsão de penas carcerárias e a determinação das formalidades de venda e subministração ao Departamento Nacional de Saúde Pública, passam a delinear novo modelo de gestão repressiva.

Logo, a Convenção de Genebra de 1936 estabeleceu o modelo internacional de controle, tendo vista que inspirou a elaboração do Decreto-Lei 891/38, o qual em sua edição dispôs sobre questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, proibindo inúmeras substâncias consideradas entorpecentes.

<sup>5</sup> Universidade de Coimbra. **Ordenações Filipinas**. Livro 5 tit. 88/89/90. Das caças e pescarias defesas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1240.htm>>. Acesso em: 22 set. 2018.

<sup>6</sup> BRASIL. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacao-original-1-pe.html>>. Acesso em: 23 set. 2018.

<sup>7</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 12.

<sup>8</sup> Piragibe, Vicente. **Consolidação da Leis Pnaes**: Aprovada e adoptada pelo Decr. n. 22.213 de 14 de Dezembro de 1932. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1932. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/72115/pdf/72115.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

No caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando ocorre a autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38) e ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38).<sup>9</sup>

O Código Penal de 1940 estabelece a matéria em seu artigo 281, sob a denominação legal de “comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes”, tipificando as seguintes condutas:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.<sup>10</sup>

A característica marcante do Código Penal de 1940 é a tentativa, a partir do ensaio da Consolidação das Leis Penais na década de 30, de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e aplicação da lei codificada. No entanto, a partir do Decreto-Lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo), e com a publicação da Lei 4.451/64 (que introduz ao art. 281 a ação de plantar), se inicia na legislação pátria – não apenas no que diz respeito às drogas, mas aos entorpecentes de maneira muito especial -, amplo processo de descodificação, cujas consequências serão drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico-penal).<sup>11</sup> Vale salientar que na redação original do Decreto-Lei 2.848/40 não consta a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal, já que tipificava somente o tráfico no art. 281.

A década de 50 difundiu no espaço internacional o discurso ético-jurídico, cujo principal mecanismo de divulgação será o Protocolo para Regulamentar o Cultivo de Papoula e o Comércio de Ópio, promulgado em Nova Iorque (1953). Rosa del Olmo explica:

Nos anos cinquenta, a droga não era vista como “problema” porque não tinha a mesma importância econômico-política da atualidade, nem seu consumo havia atingido proporções tão elevadas. Era muito mais um universo misterioso, vinculado sobretudo aos opiáceos — morfina ou heroína —, próprio de grupos marginais da

<sup>9</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 13.

<sup>10</sup> BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>11</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 13-14.

sociedade, desde integrantes da aristocracia europeia, médicos e intelectuais, músicos de jazz e grupos de elite da América Latina, até delinquentes comuns.<sup>12</sup>

Deriva desta concepção, além de leis penais repressivas, um estereótipo moral do consumidor. Contudo, o ingresso definitivo do Brasil no cenário internacional de combate às drogas ocorreu somente após a instauração da Ditadura Militar, com a aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto 54.216/64, subscrita por Castello Branco.<sup>13</sup>

Com a popularização do consumo da maconha e do LSD durante a década de 60, mormente pelo fato de estar vinculado à contracultura e aos movimentos de contestação, o uso de entorpecentes aparece como instrumento de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas. Explica Salo de Carvalho que associado às posturas reivindicatórias e libertárias, o uso de drogas ilícitas compõe, junto com outros inúmeros elementos (música, literatura, vestuário, alimentação), o quadro de manifestação estéticas das políticas de ruptura.<sup>14</sup>

Percebe-se que contrariamente ao que aconteceu nas décadas anteriores, o consumo de drogas ganha espaço público, aumentando sua visibilidade e, conseqüentemente, gerando o ‘pânico moral’ que deflagrará intensa produção legislativa em matéria penal. Nesse quadro, campanhas idealizadas por movimentos sociais repressivistas aliadas aos meios de comunicação justificarão os primeiros passos para a transnacionalização do controle sobre os entorpecentes.<sup>15</sup>

Nesse sentido, da transnacionalização do controle sobre entorpecentes, temos a aprovação da “Convenção Única Sobre Entorpecentes” de 1961, a qual considera o consumo de entorpecentes um perigo social e econômico para a humanidade, como pode ser visto em seu preâmbulo:

Preocupadas com a saúde física e moral da humanidade,

Reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins,

**Reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade,**

<sup>12</sup> OLMO, Rosa del. A face oculta da droga. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 29. Disponível em: <<http://arquimedes.adv.br/livros100/A%20Face%20Oculta%20da%20Droga%20-%20Rosa%20del%20Imo.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>13</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 14.

<sup>14</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 15.

<sup>15</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 15.

Conscientes de seu dever de prevenir e combater esse mal.

Considerando que as medidas contra o uso indébito de entorpecentes, para serem eficazes, exigem uma ação conjunta e universal.

Julgando que essa atuação universal exige uma cooperação internacional, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns,

Reconhecendo a competência da Nações Unidas em matéria de controle de entorpecente e desejosas de que os órgãos internacionais a ele afetos estejam enquadrados nessa Organização.

Desejando concluir uma convenção internacional que tenha aceitação geral e venha substituir os trabalhos existentes sobre entorpecentes, limitando-se nela o uso dessas substâncias afins médicos e científicos estabelecendo uma cooperação a uma fiscalização internacional permanente para a consecução de tais finalidades e objetivos<sup>16</sup>.

Percebe-se, ao ler o escopo do estatuto, que a toxicomania é considerada “perigo social e econômico para a humanidade” que, desta forma, o “combate a esse mal” exigiria “ação conjunta e universal”, “orientada por princípios idênticos e objetivos comuns”, devendo ser projetada uma política internacional de controle que viesse a “substituir os trabalhos existentes sobre entorpecentes”.

Nesse momento de criação de instrumentos totalizantes de repressão surge o modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado em duplo discurso que estabelecerá a ideologia de diferenciação.<sup>17</sup> Neste sentido, o combate às drogas exigia uma política internacional de controle que fosse incorporada por todos os países e que substituísse os tratados internacionais, uma vez que o problema dos entorpecentes era visto como “uma luta entre o bem e o mal”, sendo os traficantes e usuários pobres quem fornecia o mal para os “filhos de boa família”. Conforme Rosa del Olmo:

O problema da droga se apresentava como “uma luta entre o bem e o mal”, continuando com o estereótipo moral, com o qual a droga adquire perfis de “demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa família”. Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados “corruptores”, daí o fato de o discurso jurídico enfatizar na época o estereótipo criminoso, para determinar responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como o incitador ao consumo, o chamado *Pusher* ou revendedor de rua. Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-lo de “delinquente”. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de “doente” graças à difusão do estereótipo da dependência, de acordo com o discurso médico que apresentava o já bem consolidado modelo médico-sanitário.<sup>18</sup>

Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se

<sup>16</sup> BRASIL. Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964. **Convenção Única sobre Entorpecentes**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacao-original-1-pe.html>>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>17</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 16.

<sup>18</sup> OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990. p. 34. Disponível em: <<http://arquimedes.adv.br/livros100/A%20Face%20Oculta%20da%20Droga%20-%20Rosa%20del%20Olmo.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018.

extrai o estereótipo criminoso do corruptor da moral e da saúde-pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitária em voga na década de cinquenta, que difunde o estereótipo de dependência.<sup>19</sup>

Com a adequação das normas internas brasileiras aos compromissos internacionais de repressão, é editado o Decreto-Lei 159/67, que iguala aos entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física e/ou psíquica, conforme previsto em seu art.1º:

Art. 1º Às substâncias capazes de determinar dependências física ou psíquica, embora não consideradas entorpecentes, aplica-se o disposto nos arts. 1º, § 2º, 15 16, 17, 18, 19, 21, 23, 27, 29, 47, 50, 53, 56, 58, 62 caput, 63 e 64 do Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, e, no que couber, o disposto nos arts. 280 e 281 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964<sup>20</sup>.

Substancial modificação, porém, acontece com a publicação do Decreto-Lei 385/68, o qual rompe com a diferenciação entre traficante e usuário, alterando o artigo 281 do Código Penal ao criminalizar o usuário de drogas com pena idêntica àquela imposta ao traficante, com a inclusão de um novo parágrafo no qual se subscreve que “nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”<sup>21</sup>.

A justificativa apresentada, à época, apontava justamente para o aumento da venda e a impunidade dos traficantes que, surpreendidos com drogas proibidas, diziam-se meros usuários.<sup>22</sup> Esse entendimento contrariava a orientação internacional e rompia com o discurso de diferenciação.

Após três anos de vigência do Decreto-Lei 385/68, diante do contexto internacional consolidado por políticas proibicionistas, o Brasil, em 1971, editou a Lei nº 5.726/71, a qual marcou a decodificação da matéria e organiza o sistema repressivo brasileiro às orientações internacionais.

<sup>19</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 16.

<sup>20</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 159, de 10 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e dá outras providências** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-159-10-fevereiro-1967-373406-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 set. 2018.

<sup>21</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968. **Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm)>. Acesso em: 26 set. 2018.

<sup>22</sup> MARTINS, Charles Emil Machado; outros. **Lei de Drogas: Aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 64.

A Lei 5.726/71 redefine as hipóteses de criminalização e modifica o rito processual, inovando na técnica de repressão aos estupefacientes.<sup>23</sup> Embora essa Lei não mais considerasse o dependente como criminoso, pois deveria receber tratamento médico, escondia faceta perversa, já que mantinha a equiparação entre usuário e traficante, e aumentava o teto da pena de reclusão de 5 (cinco) anos para 6 (seis) anos.

A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de 60 com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar com essa simplificação da realidade, desde uma perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06.<sup>24</sup>

Em substituição à Lei 5.726/71, foi aprovada a Lei 6.368/76, a chamada Lei de Tóxicos, a qual restou em vigor até o ano de 2006. Este dispositivo inovou ao distinguir a figura dos traficantes e a figura dos usuários (e dependentes), determinando aos usuários a pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa, bem como aos traficantes a pena de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos e multa. Tal lei instaura no Brasil modelo inédito de controle, acompanhando as orientações político-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais.<sup>25</sup>

Segundo Salo de Carvalho, a escassez do discurso médico-jurídico no que concernia à densificação do processo de repressão permite a elaboração de sistema preponderantemente jurídico, baseado na severa criminalização/punição que, não obstante manter resquícios do antigo sistema, cria condições de possibilidade para o nascimento do discurso jurídico-político.<sup>26</sup>

Embora a Lei 6.368/76 rompa com a lógica da Lei 5.726/71 e do Decreto-Lei 385/68, diferenciando o tratamento punitivo entre porte e comércio de drogas ilícitas, as alterações em matéria de penas evidenciam o aprofundamento da repressão.

<sup>23</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 18.

<sup>24</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 19.

<sup>25</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 21.

<sup>26</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 21.

Os binômios dependência-tratamento e tráfico-repressão permeiam a legislação e, apesar de aparecerem integrados no texto, sua conjugação é aparente, pois, na realidade operativa do sistema repressivo, criam dois estatutos proibitivos diferenciados, moldados conforme a lógica médico-psiquiátrica ou jurídico-política, disciplinando sanções e medidas autônomas aos sujeitos criminalizados.<sup>27</sup>

Vale salientar que a Lei 6.368/76, em seu capítulo segundo “Do tratamento e a da recuperação”, no art. 10, determina regime de internação hospitalar obrigatório.

Art. 10. O tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem.<sup>28</sup>

A obrigatoriedade terapêutica aos drogaditos, a partir do entendimento da toxicod dependência como fator criminógeno revelador de intensa periculosidade social, determina, segundo Salo de Carvalho a solidificação do discurso médico-jurídico sanitarista na medida em que (a) associa dependência-delito, (b) abandona a ideia de voluntariedade no tratamento, e, subliminarmente, (c) amplia as possibilidades de identificação do usuário como dependente.<sup>29</sup>

Portanto, a lei fazia nítida distinção entre traficante (art. 12), usuário (art.16) e dependente (art.19).

**Art. 12.** Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

**Pena** - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

**Art. 16.** Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

**Pena** - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

**Art. 19.** É isento de pena o agente que em razão da dependência, ou sob o feito de substância, entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou força maior era, ao tempo da ação ou da omissão,

<sup>27</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 25-26.

<sup>28</sup> BRASIL. Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976. **Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 26 set. 2018.

<sup>29</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 27.

qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

**Parágrafo único.** A pena pode ser reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se, por qualquer das circunstâncias previstas neste artigo, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.<sup>30</sup>

Na década de 90 ficou bem acentuada a prevalência de dois discursos acerca dos rumos a serem dados para a questão das drogas no Brasil. Um deles apregoava que a redução da oferta e da demanda poderia e deveria ocorrer por meio da intervenção penal. Visava a total abstinência, ou seja, um mundo sem drogas. *War on drugs* era a visão preponderante, enquanto o outro discurso tratava do tema a partir de uma linha prevencionista, voltada para atividades relativas à redução de danos.<sup>31</sup>

A necessidade de reforma integral do texto da Lei de Drogas de 1976 vinha sendo debatida no Congresso Nacional desde o início da década 90. Segundo as exposições de motivos dos inúmeros projetos que tramitavam concomitantemente, a defasagem conceitual e operacional do estatuto impunha reformulação global. Ocorre que os posicionamentos quanto à disfuncionalidade da Lei 6.368/76 pendiam da crítica antiproibicionista, com apresentação de projetos com medidas despenalizadoras e descriminalizantes, ao diagnóstico da necessidade de incremento da punitividade.<sup>32</sup>

Já em 2002 foi promulgada a Lei 10.409/02, a qual iria substituir a Lei 6.368/76, revogando-a totalmente. O texto da Lei 10.409/02 aprovado pelo Congresso Nacional apesar de manter o caráter delitivo da conduta de porte para uso pessoal, conforme previsto no art. 20, optava pelo rito e pelas alternativas pré-processuais estabelecidas na lei que regula o procedimento nos delitos de menor potencialidade ofensiva (Lei 9.099/95), conforme art. 20, §1º, adotando explícitas medidas descarcerizantes, como podem ser vistas no art. 21. Em relação às hipóteses de comércio, porém, reproduzia a incriminação das condutas previstas no art. 12 da Lei 6.368/76, mantendo as mesmas quantidade e espécie de pena, conforme art. 14. A incrementação da punição vinha na definição de novas figuras típicas, notadamente da incriminação autônoma do agente financiador de grupo ou associação destinada ao tráfico, prevista no art. 15.

<sup>30</sup> BRASIL. Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976. **Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 26 set. 2018.

<sup>31</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 35.

<sup>32</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 61.

**Art. 20.** Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, em pequena quantidade, a ser definida pelo perito, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Penas e medidas aplicáveis: as previstas no art. 21.

**Art. 20. (...). § 1º.** O agente do delito previsto nos arts. 19 e 20, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, será processado e julgado na forma do art. 60 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995 - Lei dos Juizados Especiais, Parte Criminal.

**Art. 21.** As medidas aplicáveis são as seguintes: I – prestação de serviços à comunidade; II – internação e tratamento para usuários e dependentes de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico; III – comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico; IV – suspensão temporária da habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo; V – cassação de licença para dirigir veículos; VI – cassação de licença para porte de arma; VII – multa; VIII – interdição judicial; IX – suspensão da licença para exercer função ou profissão.

**Art. 14.** Importar, exportar, remeter, traficar ilicitamente, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, financiar, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar a consumo e oferecer, ainda que gratuitamente, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena: reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa.

**Art. 15.** Promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de 3 (três) ou mais pessoas que, atuando em conjunto, pratiquem, reiteradamente ou não, algum dos crimes previstos nos arts. 14 a 18 desta Lei: Pena: reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, e multa.<sup>33</sup>

Contudo, após a aprovação no âmbito legislativo, a íntegra do capítulo referente aos delitos e às penas recebeu veto da Presidência da República, entrando em vigor apenas sua parte processual. O veto da matéria penal originou, na prática forense, uma situação anômala e inédita: a aplicação conjugada de dois textos com fundamentos e historicidade diversas.<sup>34</sup> Assim, no que tange ao processo penal, a Lei 10.409/02 obteve plena vigência, restando a estrutura material do direito penal (delitos e penas) atrelada à antiga Lei 6.368/76.

A inadequação histórica da Lei 6.368/76, após 30 anos de vigência, aliada ao amplo processo de descodificação do direito penal, ocorrido durante a década de 90, tornaram absolutamente complexo o sistema brasileiro de controle de drogas ilícitas. Com os ventos democráticos da Constituição de 1988, significativa parcela da doutrina e da jurisprudência pátria passaram a sustentar a atipicidade penal da posse de drogas para uso pessoal.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> BRASIL. Lei n, 10.409, de 11 de janeiro de 2002. **Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm)>. Acesso em: 27 set. 2018.

<sup>34</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 63.

<sup>35</sup> MARTINS, Charles Emil Machado; outros. **Lei de Drogas: Aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 67.

Logo, a publicação de inúmeros estatutos penais que afetam, direta ou indiretamente, a política criminal de drogas e a tentativa frustrada de renovação normativa, com a publicação parcial do texto da Lei 10.409/02, ratificam a ambiguidade e a contrariedade dos mecanismos de criminalização primária e secundária. Ou seja, a sociedade civil e política fica exposta à dificuldade das agências governamentais de desenvolvimento de política criminal razoavelmente coerente sobre as drogas, seja proibicionista ou antiproibicionista.<sup>36</sup>

Diante do cenário internacional de “Guerra às Drogas”, declarado pelo governo de Richard Nixon, em 1971, o qual decretou os entorpecentes como o “inimigo número um do país”, conforme aborda Rosa del Olmo:

Quando começaram os anos setenta, a heroína passou a ser, no discurso, sinônimo de “perturbação social” nos Estados Unidos, porque estava fazendo estragos entre a juventude de classe média. Por isso, os maiores confiscos em toda a sua história até aquele momento se realizaram entre 1971 e 1973. O problema havia se agravado com a guerra do Vietnã, e os ex-combatentes consumiam não apenas maconha, mas também heroína, droga que até então se limitava aos guetos urbanos e não havia chegado à juventude branca.

Isto explica o fato de o presidente Nixon qualificá-la de “o primeiro inimigo público não econômico”, mesmo quando com estas palavras ignorava a raiz do problema: sua grande produção, com acumplicidade dos governos do Sudeste Asiático e sua comercialização por parte do crime organizado. Só enfatizava o consumo como preocupação fundamental e assim continuava com o discurso médico e o estereótipo da dependência.<sup>37</sup>

E em face do contexto brasileiro envolvendo falhas na Lei 10.409/02, tendo como consequência a vigência de dois dispositivos tratando sobre a mesma matéria, era necessária a criação de uma nova lei que revogasse ambas e desenvolvesse tratamento penal e processual adequado à uma lei de drogas. Logo, é possível afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76, reforçando-o. Nesse sentido, a lógica discursiva diferenciadora iniciada na década de 70 é consolidada no novo estatuto, em detrimento de projetos políticos alternativos (descriminalizadores), moldados a partir das políticas públicas de redução de danos.<sup>38</sup>

Apesar de fundada na mesma base ideológica da Lei 6.360/76 (ideologia da diferenciação), é possível estabelecer importantes distinções entre os estatutos criminais. Se na Lei 6.368/76 há nítida sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico pela

<sup>36</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 70.

<sup>37</sup> OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990. p. 34. Disponível em: <<http://arquimedes.adv.br/livros100/A%20Face%20Oculta%20da%20Droga%20-%20Rosa%20del%20Olmo.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018.

<sup>38</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 71.

instauração do discurso de eliminação do traficante (inimigo interior),<sup>39</sup> cujo efeito foi densificar a repressão ao comércio ilícito e suavizar a resposta penal aos usuários e dependentes – notadamente após a edição da Lei 9.099/95, a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.

## 2.2 LEI N. 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006 – LEI DE DROGAS

O diploma responsável por tratar das atuais questões a respeito das drogas ilícitas na legislação brasileira é a Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006, tendo aplicação no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Tal diploma instituiu o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, prescrevendo medidas de prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas, estabelecendo normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, e prevendo os crimes relativos as drogas.

Os eixos centrais deste novo diploma legal passam, dentre outros, pelos seguintes pontos: (a) pretensão de se introduzir no Brasil uma sólida política de prevenção ao uso de drogas, de assistência e de reinserção social do usuário; (b) eliminação da pena de prisão ao usuário (ou seja: em relação a quem tem posse de drogas para consumo pessoal); (c) rigor punitivo contra o traficante e financiador do tráfico; (d) clara distinção entre o traficante “profissional” e o ocasional; (e) louvável clareza na configuração do rito procedimental e (f) inequívoco intuito de que sejam apreendidos, arrecadados e, quando o caso, leiloados os bens e vantagens obtidos com os delitos de drogas.<sup>40</sup>

A lei que ora se comenta rompe com a anterior, na medida em que se ocupa, mais detidamente, com atividades voltadas à prevenção do uso de drogas. Além disso, são apresentadas as atividades de atenção e reinserção social de usuários ou dependentes de drogas.<sup>41</sup>

Conforme previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos XLIII e LI, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é considerado crime inafiançável e

<sup>39</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 23.

<sup>40</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 11.

<sup>41</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 32.

insuscetível de graça ou anistia, e, no caso de ser brasileiro naturalizado, é cabível a sua extradição.

Com o intuito de solucionar questões levantadas por profissionais da área de saúde e visando à melhor adequação técnica, a Lei nº. 11.343/06 passou a utilizar somente a terminologia “droga” para tratar das substâncias e produtos com capacidade para causar dependência.<sup>42</sup> Não se utilizou mais a expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica por drogas”. A unificação da nomenclatura minimiza confusões conceituais e torna a interpretação dos dispositivos algo mais transparente. Para fins dessa lei, será considerado como droga a substância ou produto especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União, previsto no §1º do art. 1º da Lei nº 11.343/06. A lista é atualizada pelo Ministério da Saúde. Atualmente, conforme o art. 66 da Lei nº. 11.343/06, vigora a Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998.

Logo, o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº. 11.343/06 utiliza-se da técnica das normas penais em branco para a definição do que seja droga. As normas penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria etc.) para que possam ser aplicadas ao fato concreto.<sup>43</sup> O que mais pesa aos olhos da doutrina é a violação do princípio constitucional da legalidade penal. Ou seja, censura-se a delegação a um ente extra/não-legislativo da importante tarefa de classificar ou desclassificar determinada substância ou produto como capaz de causar dependência e a conseqüente influência penal, restringindo-se a liberdade humana pela criação executiva, que se pauta pela conveniência/oportunidade e não tem a transparência dialética do processo legislativo.<sup>44</sup>

O artigo 2º da Lei nº. 11.343/06 determina condutas que são vedadas em todo o território nacional, tais como, plantar (ato de semear), cultivar (ato de cultivar a planta), colher (ato de retirar do solo toda ou parte da espécie), e explorar (qualquer forma de tirar proveito) vegetais e substratos de onde possam ser extraídas ou produzidas drogas, salvo se houver autorização legal ou regulamentar, ou se tratar de planta para uso estritamente ritualístico-religioso, conforme estabelecido pela Convenção de Viena, das Nações Unidas. Se for para fins medicinais ou científicos, o plantio poderá ser autorizado pela União. Procurou-

<sup>42</sup> BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia De Brito; QUEIROZ. **Comentários críticos à Lei de Drogas**. 3. ed. São Paulo: Lumen, 2010. p. 6.

<sup>43</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual do Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2004. p. 49.

<sup>44</sup> BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia De Brito; QUEIROZ. **Comentários críticos à Lei de Drogas**. 3. ed. São Paulo: Lumen, 2010. p. 7.

se com isto atingir todo o rol de condutas que carregam em si a possibilidade de gerar e renovar os estoques de novas drogas.

O art. 3º da Lei nº. 11.343/06 prevê que o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades voltadas a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuário e dependentes de drogas, bem como a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas, o Sisnad foi criado para funcionar de forma a respeitar os princípios fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto a sua autonomia e liberdade, buscando uma responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade. De forma a reconhecer a importância da participação social nas suas atividades, visa a integrar estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, bem como a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e a repressão ao uso não autorizado, previsto no art. 4º Lei nº. 11.343/06.

A Lei nº. 11.343/06 procura estabelecer uma diferenciação entre prevenção e repressão por meio dos estigmas “prevenção” (usuário) e “repressão” (traficante), ou seja, vitimiza o usuário/dependente e demoniza o traficante. Cumpre ressaltar que em diversos artigos da referida lei são detectados instrumentos subliminares com carga ideológica que visam a proteger as pessoas mais abastadas (taxados como usuários) e reprimir os excluídos (taxados de traficantes).<sup>45</sup>

Em seu artigo 5º, a referida Lei especifica os objetivos do Sisnad, os quais são: contribuir para a inclusão social do cidadão, de forma a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados; promover a construção e socialização do conhecimento sobre drogas no país; promover a integração entre políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão a sua reprodução não autorizada e ao tráfico ilícito e às políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios; e assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que se destina o referido sistema.

Além de promover atividades de prevenção, atenção e reinserção social para usuários e dependentes de drogas, a presente Lei também criminaliza algumas situações. A grande alteração introduzida pela Lei nº 11.343/06 está na ausência de previsão de penas privativas

<sup>45</sup> BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia De Brito; QUEIROZ. **Comentários críticos à Lei de Drogas**. 3. ed. São Paulo: Lumen, 2010. p. 12.

de liberdade aos usuários e dependentes de drogas. Para eles estão previstas as seguintes medidas: a advertência sobre os efeitos das drogas, a prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. Tais medidas são usadas para quem adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o consumo pessoal, conforme previsto no artigo 28 da referida Lei.

Por outro lado, existe também a repressão a produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, pois para a produção, extração, fabricação, transformação, preparação, posse, manter em depósito, importação, exportação, reexportação, remessa, transporte, exposição, oferecimento, venda, compra, troca, cessão ou aquisição, de qualquer fim, as drogas ou matéria prima que seja destinada à sua preparação, é necessária a licença prévia de autoridade competente, observando as demais exigências legais. A pena para o crime de tráfico de drogas é de reclusão de 5 a 15 anos, mais pagamento de multa de 500 a 1500 dias-multa, prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/06. Em caso de agente primário, com bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, a pena pode ser reduzida de um sexto a dois terços, vedando-se a conversão em penas restritivas de direito, art. 33, §4º da referida Lei.

Sendo o tema deste trabalho os critérios de diferenciação entre o delito de posse de drogas e do tráfico, tendo em vista o aumento da população carcerária no Brasil desde a alteração da Lei de Drogas, passa-se ao estudo detalhado dos artigos 28 e 33 que tipificam o crime de usuário de drogas e tráfico de drogas, respectivamente.

### 3 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE USUÁRIO E O TRAFICANTE NA LEI Nº. 11.343/06

A Lei nº 11.343/06 tem facilitado a intensificação da estrutura repressiva já que a principal problemática abordada se encontra na ausência de critérios objetivos de diferenciação entre os tipos penais de porte para uso de droga e tráfico de drogas. Dessa forma será analisado os artigos 28 e 33 que tipificam o crime de usuário de drogas e tráfico de drogas, respectivamente.

#### 3.1 ARTIGO 28 DA LEI Nº. 11.343/06

O artigo 28 está inserido no Título III da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, que fala das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, presente no Capítulo III, dos crimes e das penas. Na antiga Lei nº 6.368, de 1973, o tipo penal estava elencado no artigo 16.

Vale salientar que consta no relatório apresentado pelo Deputado Paulo Pimenta, Relator do Projeto de Lei 7134/2002 na Câmara dos Deputados, transformado na Lei Ordinária 11.343/2006, que o legislador reservou o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele se incluiu toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas – Título IV.<sup>46</sup>

Tal apontamento demonstra a preocupação do legislador ao perceber que o usuário ou dependente de drogas, antes de ser considerado um criminoso, deve ser visto como uma pessoa com vulnerabilidades de fundo individual e social, a qual não deve ser confundida com a figura do traficante. Logo, pretende-se dar uma maior atenção à saúde do usuário e oportunidades de reinserção social. Abandona-se uma visão meramente médico-policia e o uso indevido de drogas passa a ser tratado como questão de alta complexidade, relacionada à saúde pública, à segurança e ao bem-estar social.

O regramento anterior, Lei nº 6.368/76, descrito abaixo, previa apenas o *caput* e a cominação da pena, a qual era privativa de liberdade.

<sup>46</sup> BRASIL. Projeto de Lei n. 7.134, de 2002. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. **Senado**. Comissão Mista - Arts. 142/143 do Regimento Comum. PLS n. 115, de 2002. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=197242&filename=Tramitacao-PL+7134/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=197242&filename=Tramitacao-PL+7134/2002)>. Acesso em: 27 set. 2018.

**Art. 16.** Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

**Pena** - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.<sup>47</sup>

Com a redação dada pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06, utilizou-se do instituto da despenalização do crime de porte para consumo de drogas, já que não prevê penas privativas de liberdade.

**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.

§ 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. (...).<sup>48</sup>

Afirma Mariana de Assis Brasil e Weigert que ainda que alguns considerem a Lei de Drogas um avanço em direção à política antiproibicionista, continuou-se a agir (e legislar) em consonância com a lógica proibicionista. Segue-se, no Brasil, tentando coibir consumo e tráfico de substâncias psicoativas mediante os imperativos estabelecidos nas Convenções Internacionais.<sup>49</sup>

Uma leitura precipitada do art. 28 da Lei nº. 11.343/06 pode levar à conclusão equivocada no sentido que ocorreu *abolitio criminis* em relação às condutas que eram reguladas no art. 16 da Lei nº. 6.368/76. Basta um olhar atento para perceber que o que ocorreu foi a ampliação das hipóteses de conformação típica e considerável abrandamento punitivo. Conforme se depreende da leitura do RE-QO 430.105, do Relator Ministro Sepúlveda Pertence, da 1ª Turma do STF, a Lei nº. 11.343/06 adotou a despenalização, ou seja, exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade, adotando pena diversa da privação ou restrição de liberdade, a qual constitui somente umas das opções constitucionais

<sup>47</sup> BRASIL. Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976. **Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 26 set. 2018.

<sup>48</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>49</sup> WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 68.

passíveis de serem adotadas pela “lei”<sup>50</sup>, conforme o art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988.

O referido Ministro no acórdão RE-QO 430.105 aponta que a norma contida no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal foi recebida pela Constituição de 1988 como de legislação ordinária, se limitando a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou uma contravenção. Logo, nada impede que uma lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção ou estabeleça para determinado crime pena diversa já que o rol do artigo 5º da CF/88, inciso XLVI não é taxativo, respeitados os limites do inciso XLVII do mesmo artigo.

Art. 5º da CF/88 (...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;<sup>51</sup>

Dessa forma, em relação ao delito de posse de entorpecentes para consumo pessoal, embora a Lei nº 11.343/06 não tenha previsão de pena privativa de liberdade para o delito, não há de se falar em descriminalização da conduta. Tampouco há de se falar em atipicidade da conduta, tendo em conta que o consumo de drogas é considerado delito formal, bem como o bem jurídico protegido pela lei de drogas é a saúde pública e não a de cada usuário individualmente. Neste sentido, entendimento do Supremo Tribunal Federal, in verbis:

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Penal. Posse de entorpecentes. uso próprio. Princípio da insignificância. Atipicidade. Legislação infraconstitucional. Matéria com repercussão geral rejeitada pelo plenário virtual no julgamento do AI n.º 747.522. Habeas Corpus de ofício. Impossibilidade. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos requisitos estabelecidos na legislação infraconstitucional, posto controvérsia de natureza infraconstitucional, não revela repercussão geral apta a

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Quest. ord. em recurso extraordinário 430.105-9. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal e Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Rio de Janeiro, 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 30 set. 2018.

<sup>51</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 30 set. 2018.

tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo plenário do STF, na análise do AI n.º 747.522–RG, Relator Min. Cezar Peluso, DJE de 25/09/2009. 2. A aplicação do princípio da insignificância exige que a conduta seja minimamente ofensiva, que o grau de reprovabilidade seja ínfimo, que a lesão jurídica seja inexpressiva e, ainda, que esteja presente a ausência de periculosidade do agente. In casu, não há elementos suficientes a fim de se apreciar o preenchimento de todos os pressupostos hábeis à aplicação do aludido princípio, a fim de trancar a ação penal. 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: “penal e processual penal. posse de substância entorpecente para consumo próprio. crime tipificado no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06. Pequena quantidade. Nula a decisão de rejeição da denúncia. Descabimento a invocação do princípio da insignificância. Risco potencial do delito para a sociedade. Usuário que alimenta o comércio da droga e permite a continuidade da atividade do narcotráfico. Autoria e materialidade sobejamente comprovadas. recurso provido. Sentença nula. 1. Submete-se às penas do artigo 28 da Lei n.º 11.343/06 quem, por vontade livre e consciente, guarda ou traz consigo, para uso pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 2. Não há falar em atipicidade do delito, por haver pouca quantidade da substância entorpecente, já que o crime descrito no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06 é de perigo abstrato para a saúde pública - por ser capaz de gerar dependência físico-química -, de maneira que o legislador entendeu por bem manter a tipicidade da conduta, ainda que sem aplicação de penas restritivas de liberdade. 3. ‘Numa sociedade que criminaliza psicoativos e associa experiências de alucinógenos à marginalidade, o consumo de drogas provoca uma séria questão ética: quem consome é tão responsável por crimes quanto quem vende. Ao cheirar uma carreira de cocaína, o nariz do cafungador está cheirando automaticamente uma carreira de mortes, consciente da trajetória do pó. para chegar ao nariz, a droga passou antes pelas mãos de criminosos. Foi regada a sangue’. (...) (...) 4. Agravo Regimental desprovido. (ARE 728688 AgR, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, processo eletrônico DJE-197, divulgado em 04/10/2013, publicado em 07/10/2013).

Na redação antiga, praticava-se o crime mediante três condutas, a saber: adquirir, guardar ou trazer consigo. Na nova capitulação estão previstas cinco condutas para a forma regulada no *caput*: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo. No §1º do art. 28 da Lei existem outras três condutas, quais sejam: semear, cultivar ou colher. Houve, portanto, considerável aumento das hipóteses de incidência típica.

Segundo Luiz Flávio Gomes adquirir significa comprar, passar a ser proprietário, dono do objeto. Não importa a forma de aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, a prazo, pagamento em dinheiro, em cheque, etc.<sup>52</sup> Vale lembrar que a aquisição pode ser a qualquer título, gratuito ou oneroso. Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel afirmam que é cabível a tentativa; porém, particularmente, no tipo em estudo, a tentativa pode tornar a conduta insignificante socialmente, configurando a atipicidade objetiva: tentar adquirir um cigarro de maconha para uso próprio sem sucesso é uma conduta insignificante e, portanto, atípica.<sup>53</sup> Nesse verbo o tipo é instantâneo, pois a consumação é

<sup>52</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 158.

<sup>53</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentário Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 50.

atingida com a obtenção da coisa, diferente do que ocorre com os demais verbos nucleares. A importância prática está no fato de que aquele que adquire pode ter usado ou não a droga, pode ter perdido ou abandonado, enfim, o crime estava consumado com a obtenção, mas o sujeito ativo pode ter realizado o delito e não mais se encontrar em flagrante delito, embora nada obste que no ato de aquisição o autor seja surpreendido em flagrante.<sup>54</sup>

Guardar (proteção), o depósito (guardar armazenado para si), transportar (levar e um lugar para o outro, sem poder usá-la imediatamente, por exemplo, porque a droga está embrulhada) ou trazer consigo a droga (portar, podendo consumir a droga a qualquer momento) que caracterizam o tipo permanente, trata-se de hipóteses em que a consumação se protraí no tempo, ensejando maior possibilidade de flagrante, enquanto a substância está na posse do agente, o que pode durar bastante tempo, além da contagem do prazo prescricional ter início somente no momento em que o autor se desfaz da droga.<sup>55</sup>

Guardar exprime a conduta de ocultar, ter a droga escondida, não revelar sua posse publicamente. A clandestinidade é a característica marcante do verbo “guardar”.<sup>56</sup>

Ter em depósito alcança a conduta de manter a droga sob controle, sob imediato alcance e disponibilidade. A droga em depósito pode ser exposta ou não ao público. Não importa o local de depósito.<sup>57</sup> “Sendo a posse de substância entorpecente crime permanente, não desnatura o flagrante a circunstâncias da detenção ter ocorrido em local diverso daquele em que se guardava a droga”.<sup>58</sup>

Transportar expressa a ideia de deslocamento, de um local para o outro. Ensina Luiz Flávio Gomes que o transporte é para uso pessoal, do contrário incide o art. 33 da Lei de Drogas. Importa saber o *animus* do agente, ou seja, se faz o transporte para depois consumir a droga ou se o faz para terceiros, o que o juiz concluirá com o auxílio dos critérios previstos no art. 28, §2º, da Lei de Drogas.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentário Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 45.

<sup>55</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentário Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 45.

<sup>56</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 158.

<sup>57</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 158.

<sup>58</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 20.743-MS, 5ª Turma. Relator: Min. Jorge Scartezini. Brasília, 18 nov. 2002.

<sup>59</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 158.

Trazer consigo é a mesma coisa que portar a droga. Fundamental sempre é a disponibilidade de acesso, de uso. Não importa o local em que o agente traz consigo (no bolso, na carteira, na mala, na mochila, no porta-luvas do carro etc.).<sup>60</sup>

Vale salientar que Gilberto Thums e Vilmar Pacheco alertam que não há tipificação para a conduta “usar”. O legislador não pode punir essa conduta, porque consiste numa autoagressão à saúde individual. O uso pretérito, quando constatado, não constitui crime, porque o agente não está realizando nenhuma das cinco formas típicas presentes.<sup>61</sup>

Em qualquer das modalidades previstas (art. 28, *caput* e §1º) é necessário um especial fim de agir: a droga deve destinar-se “para uso próprio”. Já em relação ao §1º exige-se que o sujeito ativo esteja agindo visando ao seu consumo pessoal, e que a plantação de substância ou produto que cause dependência física ou psíquica seja destinada à preparação de pequena quantidade.

O sujeito ativo da conduta pode ser qualquer pessoa, já o passivo, trata-se da coletividade, pois visa à punição do perigo a que fica exposto. O objeto jurídico da tutela penal é a saúde pública e a razão jurídica da punição é o perigo social que a conduta representa.<sup>62</sup>

As penas cominadas no preceito secundário da norma primária (que é dirigida a todos) são os seguintes: I- advertência sobre os efeitos das drogas; II- prestação de serviço à comunidade; III-medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Ensina Luiz Flávio Gomes que a lei fala em advertência sobre os efeitos das drogas. Não se trata de uma advertência por razões moralísticas, religiosas etc. A razão da advertência é jurídica: cuida-se de uma sanção legal. De outro lado, deve-se abordar os efeitos deletérios da droga (para o próprio usuário, para sua família etc.).<sup>63</sup>

A prestação de serviços à comunidade consiste em atribuições de tarefas gratuitas<sup>64</sup> junto às entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos etc., à razão de 1 hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, prevista no art. 46 do Código Penal. Vale salientar que no §5º, do art. 28 da Lei de Drogas, há

<sup>60</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 158.

<sup>61</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas**: Crimes, Investigação e Processo. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 59.

<sup>62</sup> MARCÃO, Renato. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, Lei de Drogas**: Anotada e Interpretada. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 85-86.

<sup>63</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 164.

<sup>64</sup> As tarefas não poderão ser remuneradas, conforme o artigo 46, §1º, do Código Penal.

determinação de que a prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

Medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo: cabe ao juiz fixar com precisão o programa ou curso educativo ao qual o agente deve comparecer. Impõe-se ainda determinar a frequência (quantos dias por semana, horário, local etc.). Se o juiz não esclarecer nada disso na sua sentença, cabe ao juiz das execuções fazê-lo.<sup>65</sup> Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel alertam que um curso ou programa para usuários de drogas pode auxiliar o usuário e a sociedade, mas também pode trazer um maior prejuízo a ambos se ministrado de maneira equivocada.<sup>66</sup>

Logo, se percebe que para a incidência do art. 28 da Lei de Drogas, as condutas supracitadas só podem ser praticadas quando a finalidade exclusiva for o consumo pessoal, o que gera um problema complexo referente à prova de tal exclusividade. No sistema anterior ao Decreto-Lei nº 385, o critério único de distinção era o da pequena quantidade, circunstância que determinou que o tráfico passasse a ser feito sempre em pequenas quantidades, de modo a possibilitar ao traficante a arguição constante do uso próprio.<sup>67</sup>

### 3.1.1 Princípio da Insignificância

A posse de droga para consumo pessoal transformou-se numa infração *sui generis* (art. 28, que não comina pena de prisão). A ela se aplica, isolada ou cumulativamente, uma série de medidas alternativas. Quando, entretanto, se trata de posse ínfima de droga, é correto não fazer incidir qualquer uma dessas sanções alternativas, mas sim, o princípio da insignificância, que é causa da exclusão da tipicidade material do fato.<sup>68</sup>

Cabe consignar que o Supremo Tribunal Federal repeliu com firmeza algumas decisões que descriminalizavam a quantidade de menos de um grama de maconha. O crime é de perigo abstrato, daí a irrelevância da quantidade. Basta que seja encontrado o princípio ativo, no caso da maconha, o “tetrahydrocannabinol”.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 164-165.

<sup>66</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentário Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 65.

<sup>67</sup> FILHO, Vicente Grego; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49.

<sup>68</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

<sup>69</sup> FILHO, Vicente Grego; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

A Suprema Corte já reconheceu que, embora pequena a quantidade de droga fornecida a terceiros, não há como afastar o tráfico.

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - QUANTIDADE PEQUENA - IRRELEVÂNCIA - AGENTE USUÁRIO DA DROGA - CESSÃO GRATUITA A TERCEIROS DA SUBSTÂNCIA TÓXICA - CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO (LEI Nº 6.368/76, ART. 12) - REEXAME DE PROVA - INIDONEIDADE DO WRIT CONSTITUCIONAL - PEDIDO INDEFERIDO. - A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente a droga e a conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica ou que gera dependência física ou psíquica. A cessão gratuita de substância entorpecente (cloridrato de cocaína) equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes, que constitui objeto de previsão legal constante do art. 12 da Lei nº 6.368/76. - A condenação penal pelo crime de tráfico não é vedada pelo fato de ser também o agente um usuário da droga. - Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente o fato de a Polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu. - O habeas corpus constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. (STF, Primeira Turma, HC 74420/RJ, rel. Min. Celso Mello, DJ 19/12/1996).

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou o princípio da insignificância no uso e tráfico de drogas, com o entendimento de que sendo esses crimes de perigo abstrato, seria irrelevante a quantidade da substância apreendida. Em decisão unânime, determinou o recebimento da denúncia por prática de tráfico internacional em razão da importação clandestina de 14 sementes de maconha por remessa postal.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE MACONHA. DELITO PREVISTO NO ART. 33, § 1º, INCISO I, DA LEI N. 11.343/06. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que "A importação clandestina de sementes de *cannabis sativa linneu* (maconha) configura o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006" (EDcl no AgRg no REsp 1442224/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REISJÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 13/09/2016, DJe22/09/2016). 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, não é cabível aplicação do princípio da insignificância na hipótese de importação clandestina de produtos lesivos à saúde pública, em especial a semente de maconha. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp1637113/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 06/04/2017, DJe 11/04/2017).

Nesse mesmo sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. POSSE DE DROGAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICABILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. 1. Esta Corte Superior firmou o entendimento de que não se aplica o princípio da insignificância ao crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), porquanto se trata de delito de perigo abstrato, e a pequena quantidade de entorpecente é inerente à própria essência do tipo penal questão. 2.

Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1581713/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016).

Luiz Flávio Gomes afirma que a invocação do perigo abstrato no âmbito do direito penal é totalmente ilegítima (e inconstitucional) porque violadora do princípio (constitucional) da ofensividade.<sup>70</sup> Importante salientar que decisão do STJ, em 2001, concedeu Habeas corpus contra a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O caso tratava da prática do crime tipificado no artigo 16 da Lei nº 6.368/76, sendo a quantidade de droga apreendida - 0,6 grama.

PENAL. ENTORPECENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - Sendo ínfima a pequena quantidade de droga encontrada em poder doréu, o fato não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bemjurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância. - Habeas Corpus concedido. (STJ, HC 17956/SP, Rel. Ministro Vicente Leal, julgado em 03/12/2001, DJe 19/08/2002).

Vale salientar que há decisão recente, de setembro de 2018, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não deve ser criminalmente processada pessoa por ter importado pequena quantidade de sementes de *Canabis sativa* (maconha).

Ao julgar os Habeas Corpus (HCs) 144161 e 142987, ambos impetrados pela Defensoria Pública da União (DPU), o colegiado avaliou que os casos não podem ser tratados como tráfico internacional de drogas nem como contrabando. O relator destacou que as sementes não chegaram a ser plantadas e não possuem o princípio psicoativo da maconha (THC). Além disso, apontou que não há qualquer indício de que as pessoas teriam o hábito de importar sementes para tráfico. Assim, considerando as particularidades dos casos, sobretudo a reduzida quantidade de substância apreendida, o ministro Gilmar Mendes votou pela concessão dos habeas corpus para determinar a manutenção de decisões judiciais que, em razão da ausência de justa causa, haviam rejeitado as denúncias contra os dois cidadãos. No HC 144161, a pessoa foi denunciada por contrabando, sob a acusação de importar pela internet 26 sementes de maconha. E no HC 142987, a pessoa foi acusada do mesmo delito por ter importado da Holanda 15 sementes de maconha.<sup>71</sup>

Segundo Gilberto Thums e Vilmar Pacheco, muitas vezes a quantidade de droga é tão grande que dispensa comentários. É a hipótese de apreensão de 1.150Kg de maconha transportada num caminhão. Há um preconceito no meio policial sobre a quantidade. Às vezes o usuário de droga traz consigo mais de uma dose, sendo preso ao acaso e, mesmo assim, a autoridade faz a tipificação no art. 33, levando em conta apenas a quantidade da droga. Trata-

<sup>70</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 169.

<sup>71</sup> 2ª Turma encerra ações penais sobre importação de pequena quantidade de sementes de maconha. **Notícias STF**, Supremo Tribunal Federal, Brasília, 11 set. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389379>>. Acesso em: 10 out. 2018.

se de um equívoco, porque o ônus de provar o tráfico é de quem acusa, exceto nas grandes quantidades.<sup>72</sup>

### 3.2 ARTIGO 33 DA LEI Nº. 11.343/06

O delito de tráfico de ilícito de drogas encontra-se disciplinado no art. 33 da Lei nº 11.343/06, que diz incorrer em infração penal aquele que 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. Na Lei nº 6368/76 o crime de tráfico era tipificado no art. 12.

A expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” foi substituída por “drogas” e foram mantidos os dezoito verbos nucleares pelos quais é possível praticar o crime de tráfico na forma fundamental. Houve considerável aumento das penas cominadas. A privativa de liberdade, que era de reclusão, de 3 a 15 anos, passou a ser de reclusão, de 5 a 15 anos. A multa, que era de 50 a 360 dias-multa, passou a ser de 500 a 1.500 dias-multa.

**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.<sup>73</sup>

Gilberto Thums e Vilmar Pacheco afirmam que algumas condutas são formais, enquanto outras são materiais. Observam que há uma incoerência do legislador ao igualar todas as condutas do art. 33 da Lei de Drogas como tráfico.<sup>74</sup> A seguir, serão examinados os verbos que exprimem condutas típicas de traficância:

<sup>72</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 71.

<sup>73</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>74</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 73.

Importar – é fazer com que a droga entre no país, através da transposição de espaço físico-territorial, por qualquer via, marítima, terrestre, aérea e por qualquer meio, inclusive carregado no estômago, como é o caso da pessoa que faz o papel de “mula”.<sup>75</sup>

O agente que é surpreendido na fronteira do país, portando drogas, comete o crime de tráfico de entorpecentes na modalidade de tentativa de importação e não pela ação de trazer consigo a substância, pois na hipótese o *animus* era de importar, e o trazer consigo era apenas o meio para introduzir o tóxico no território nacional.<sup>76</sup> Gilberto Thums e Vilmar Pacheco lembram que não se aplica o art. 334 do Código Penal na importação de substâncias entorpecentes, na medida em que o conflito aparente de normas há de se resolver pelo princípio da especialidade. Portanto, entre o art. 33 da Lei de Drogas e o art. 334 do Código Penal, aquele prepondera sobre este.<sup>77</sup>

Exportar – é o ato inverso de importar, isto é, fazer sair dos limites territoriais brasileiros. Com a incriminação dessa conduta, o Brasil cumpre a recomendação da Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, que vê no controle das exportações o fator decisivo na repressão aos tóxicos.<sup>78</sup>

Remeter consiste em enviar, encaminhar, dar destinação, deslocando a droga, sem praticar outras condutas como: trazer consigo, transportar, vender. Segundo Gilberto Thums e Vilmar Pacheco a simples remessa da droga consuma o crime, sem necessidade de chegar ao destinatário; por isso, é difícil reconhecer a forma tentada, diversamente de vender ou importar.<sup>79</sup>

Preparar significa compor, obter por meio de composição, tornar apta a servir. Produzir é fabricar, criar, seja em pequena, seja em grande escala. Distingue-se do preparar porque este verbo pressupõe a existência de componentes que são postos em circunstâncias a servir de entorpecente, ao passo que “produzir” envolve maior atividade criativa, como por exemplo a indústria extrativa.<sup>80</sup>

<sup>75</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 73.

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 144.737-PR, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, Brasília, 18 dez 1997. p. 6.

<sup>77</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 74.

<sup>78</sup> FILHO, Vicente Grego; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 88.

<sup>79</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 74.

<sup>80</sup> FILHO, Vicente Grego; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

Os autores Gilberto Thums e Vilmar Pacheco salientam que se a conduta for de produzir para uso próprio, é impossível aplicar o art. 28, pela ausência do verbo nuclear neste tipo.<sup>81</sup>

Fabricar é uma variante de preparar e produzir. Poder-se-ia dizer que fabricar é produzir mediante meio mecânico industrial.<sup>82</sup> Vale lembrar que o verbo fabricar foi acrescentado ao tipo penal pela Lei de Drogas.

Adquirir é uma forma de obter a propriedade, a título oneroso (mediante pagamento) ou gratuito; é comprar a droga. A conduta “adquirir” consta do art. 33 e do art. 28. O que distingue um tipo do outro é a destinação da droga. A consumação desta conduta depende da efetiva tradição da droga ao adquirente.<sup>83</sup> Segundo Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, adquirir é fase de execução de todas as outras condutas, as quais, salvo na hipótese de plantar ou agir em nome de terceiro, são precedidas de aquisição.<sup>84</sup>

Vender significa alienar mediante contraprestação, em geral, em dinheiro. A permuta por utilidades é uma dupla venda e, portanto, está incluída no vender, o mesmo acontecendo se a troca ocorrer com outras substâncias entorpecentes.<sup>85</sup>

Expôr à venda significa mostrar a droga ao interessado na compra, exibi-la com o intuito de vender. É uma conduta, além de permanente, formal, que se consuma com a mera exposição à venda.<sup>86</sup>

Oferecer significa ofertar, apresentar para ser aceito como dádiva ou empréstimo, ou mesmo apresentar para suscitar interesse na compra. É o ato que antecede ao fornecer, que significa prover, proporcionar, dar.<sup>87</sup>

Ter em depósito significa ter um estoque da droga, com intuito de retenção. O depósito traz a ideia de armazenamento e perfectibiliza a situação de crime permanente.<sup>88</sup>

Guardar significa manter a vigilância ou ter sob seu cuidado a droga, em nome próprio ou para terceiro; também significa ocultar a droga, quer para utilização posterior no caso do

<sup>81</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 75.

<sup>82</sup> FILHO, Vicente Grego; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

<sup>83</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 75.

<sup>84</sup> FILHO, Vicente Grego; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

<sup>85</sup> FILHO, Vicente Grego; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90.

<sup>86</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 76.

<sup>87</sup> FILHO, Vicente Grego; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 91.

<sup>88</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 77.

usuário, que a esconde na geladeira, num roupeiro ou num fundo falso, quer com a finalidade de tráfico.<sup>89</sup>

Transportar significa conduzir de um local para outro, em nome pessoal ou de terceiros. Pressupõe o uso de algum meio de deslocação da droga porque, se esta for levada junto ao agente, confundir-se-ia com o trazer consigo, que é modalidade do transportar, na hipótese em que o indivíduo conduz pessoalmente a droga.<sup>90</sup>

Prescrever é dar o meio legal para que se obtenha a droga. Se a prescrição é dolosa, as penas são do art. 33; se culposa, as do art. 38 da Lei de Drogas. Ministras é aplicar, inocular, gratuitamente ou mediante pagamento.<sup>91</sup>

Entregar, de qualquer forma, a consumo significa a adequação típica para qualquer conduta que não se amolde às situações anteriores. É uma fórmula genérica de que o legislador se valeu para cercar todas as possibilidades que envolvem entorpecentes.<sup>92</sup>

A multiplicidade de verbos que constam do art.33, caput, da Lei de Drogas, não autoriza concluir pelo concurso de crimes se o agente foi flagrado em determinado contexto histórico. Ensinam Gilberto Thums e Vilmar Pacheco que o tipo penal é alternativo e não cumulativo. Assim, se o agente traz consigo e, ao mesmo tempo, guarda em casa ou transporta drogas, a conduta será única para efeitos de fixação da pena, embora o Ministério Público descreva mais de um verbo nuclear.<sup>93</sup> Trata-se de lesão ao mesmo bem jurídico num único contexto histórico.

Ensina Luiz Flávio Gomes que os vários núcleos verbais fazem do tráfico crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado). Assim, mesmo que o agente pratique, no mesmo contexto fático e sucessivamente mais de uma ação típica, por exemplo, depois de importar e preparar certa quantidade de droga, o agente traz consigo porções separadas para venda a terceiros, por força do princípio da alternatividade, responderá por crime único, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser considerada pelo juiz na fixação da pena, conforme art. 59 do Código Penal.<sup>94</sup>

<sup>89</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 77.

<sup>90</sup> FILHO, Vicente Grego; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 91.

<sup>91</sup> FILHO, Vicente Grego; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 91.

<sup>92</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 79.

<sup>93</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 79.

<sup>94</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada: Lei n. 11.343, de 23.08.2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 196.

Segundo Renato Marcão o objetivo jurídico tutelado é a saúde pública. O sujeito ativo é qualquer pessoa, ressalvada a modalidade de prescrever, em que se cuida de crime próprio. O sujeito passivo em regra é a coletividade.<sup>95</sup>

Secundariamente podem ser incluídos no rol de sujeitos passivos, as crianças e os adolescentes ou que tenham, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação, conforme disposto no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

Ainda em relação ao bem jurídico tutelado, Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel, complementam ao definir que a simples posse da droga, para tráfico ou uso próprio, tem o potencial de atingir a sociedade principalmente no que se refere à saúde pública, isto é, a saúde das pessoas como um bem geral e não de um indivíduo, especificamente.<sup>96</sup>

Nesse sentido o Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto, em seu voto no acórdão nº. 70070029608, apresenta dados impactantes em relação ao tema, ao verificar que o número de internações de dependentes de drogas financiadas pelo Sistema Único de Saúde cresceu 128%.

Mais, oportuno salientar, relativamente ao crime de tráfico de entorpecentes, que o problema da droga encerra questão complexa, abrangendo aspectos relacionados com desenvolvimento social, saúde e segurança públicas.

A uma, em virtude do expressivo impacto gerado na esfera da saúde pública, conclusão a que se chega pela constatação de que, no período compreendido entre os anos de 2006 e 2012 (últimos dados disponíveis), o número de internações de dependentes de drogas financiadas pelo Sistema Único de Saúde cresceu 128%, equiparando-se ao número de internações por dependência de álcool, chegando a atingir, no último ano referido, o número aproximado de cento e cinquenta mil. (Apelação Crime Nº 70070029608, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 28/09/2016).

Segundo Luiz Flávio Gomes, o delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas é punido somente na forma dolosa, isto é, o agente, com consciência e vontade, pratica qualquer dos núcleos verbais trazidos pelo tipo, ciente de que explora substância entorpecente proibida (droga) sem autorização ou determinação legal ou regulamentar. Caso o agente não tivesse conhecimento de que tem consigo, guarda ou tem a posse etc. de droga, configurado estará o chamado erro de tipo, que é excludente do dolo (e, portanto, da tipicidade).<sup>97</sup>

Vale salientar que não foi consignado no tipo do art. 33 da referida Lei a ideia de mercancia ou destinação da droga a terceiros. Segundo Gilberto Thums e Vilmar Pacheco o

<sup>95</sup> MARCÃO, Renato. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, Lei de Drogas: Anotada e Interpretada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 137.

<sup>96</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentário Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 84.

<sup>97</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada: Lei n. 11.343, de 23.08.2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 198.

crime se perfectibiliza ainda que a droga seja fornecida de forma gratuita ao consumidor. Trata-se de perigosa técnica legislativa em face da não exigência de elemento subjetivo.<sup>98</sup>

### 3.3 DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE

Ao usuário não se comina pena de prisão. Pretende-se que ele nem sequer passe pela polícia. Conforme previsto no artigo 48, §1º, da Lei nº. 11.343/06, o usuário ou dependente será enviado diretamente aos Juizados Criminais, salvo onde inexistem tais Juizados em regime de plantão (art. 48, §2º). Logo, não há que se falar em inquérito policial, mas sim em termo circunstanciado. Não é prevista a prisão em flagrante: o agente surpreendido é capturado, mas não se lavra o auto de prisão em flagrante (no seu lugar, elabora-se o termo circunstanciado).<sup>99</sup> A competência para a aplicação de todas as medidas alternativas é dos Juizados Criminais. Na audiência preliminar é possível a transação penal, aplicando-se as penas alternativas do art. 28 da referida Lei. Não aceita pelo usuário ou dependente a transação penal, segue-se o rito sumaríssimo da Lei nº. 9.099/95. Mas, no final, de modo algum será imposta a pena de prisão, mas sim, somente as medidas alternativas previstas no art. 28 da Lei nº. 11.343/06

Em relação ao traficante, a Lei nº. 11.343/06 segue a linha punitivista internacional: a pena mínima de 03 anos foi aumentada para 05 anos; proíbe-se, nesse caso, praticamente todos os benefícios que a agente poderia ter: fiança, indulto, sursis, anistia, liberdade provisória, penas substitutivas e direito de apelar em liberdade. Apesar desse caráter punitivista, o diploma legal não deixou de contemplar uma sensível diminuição de pena para o traficante ocasional (primário e de bons antecedentes, que não se dedica à atividade criminosa) e uma nova figura típica privilegiada (traficante ocasional e íntimo), nos termos do art. 33, §4º da referida lei.

Esta alteração da Lei de Drogas não resolveu, entretanto, a ambiguidade presente na definição de quem é traficante e quem é usuário. Assim, do que se depreende da dogmática penal, a única forma de diferenciação entre as condutas seria a comprovação do dolo específico de consumo pessoal. Segundo Salo de Carvalho, em não ficando demonstrado este

<sup>98</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 70.

<sup>99</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada: Lei n. 11.343, de 23.08.2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 11.

especial fim de agir, qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta ao art. 33, decorrência da generalidade do dolo.<sup>100</sup>

Cria-se, em realidade, espécie de zona gris de alto empuxo criminalizador na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa. Esta situação, inclusive, não invariavelmente potencializa na jurisprudência tendência à inversão do ônus da prova, recaindo ao réu o dever de provar durante a cognição a especial finalidade de agir, eximindo a acusação do dever processual imposto pela Constituição, qual seja, confirmar, à exaustão, toas as hipóteses narradas na denúncia e efetivamente apresentar as evidências que permitem concluir não ser a ação direcionada ao uso próprio ou compartilhado.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 201.

<sup>101</sup> CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 201.

#### 4 OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA DIFERENCIAR O TRAFICANTE DO USUÁRIO DE DROGAS

Logo, ao serem analisados e comparados os elementos objetivos do tipo do art. 28 e do art. 33 da Lei de Drogas, ou seja, as circunstâncias que permitem identificar preliminarmente a conduta para que se estabeleça o juízo prévio de incriminação, existe espantosa similitude, quando não plena correspondência, como se percebe da análise dos verbos nucleares.

Dessa forma, serão analisados acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para entender quais os critérios utilizados nesta diferenciação. Utilizou-se para a coleta de dados os acórdãos de fatos ocorridos entre outubro de 2006 a fevereiro de 2016 e julgados entre abril de 2008 a junho de 2018. A seleção de acórdão foi através dos seguintes assuntos: “desclassificação traficante” (10 primeiras apelações), “lei de drogas” (11 primeiras apelações), “tráfico de drogas” (10 primeiras apelações) no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Dos 31 acórdãos analisados, 18 são apelações do réu, 4 apelações do Ministério Público e 9 apelações do réu e Ministério Público.

Em muitos dos acórdãos analisados os desembargadores em seu voto reforçam que a infração de que trata a regra contida no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não é caracterizada pela venda, tão-somente, resultando incriminadas diversas outras condutas, como a de simplesmente levar consigo a substância entorpecente, desde que com o propósito de comércio. Sendo demonstrando que o flagrante em geral não acontece com o ato de venda, mas sim, tão somente, com o ato de levar consigo a substância entorpecente, que também é conduta da infração contida no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Percebe-se que nem sempre é fácil descobrir se a droga é ou não “para consumo pessoal”. A Lei de Drogas cuidou de estabelecer alguns critérios para se fazer a distinção, estabelecidos no §2º do art. 28 da referida Lei.

Art. 28 (...)

§2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.<sup>102</sup>

Logo, temos oito critérios legais de distinção entre o porte para uso próprio e o tráfico de drogas: a quantidade e a natureza da substância apreendida; o local e as condições da ação;

<sup>102</sup> BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 28 set. 2018.

e as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente. Juntos percebe-se que formam um conjunto de critérios em sua maioria subjetivos, sendo de fato objetiva apenas a referência à natureza da substância apreendida, cuja ilicitude é fixada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O critério da quantidade, potencialmente objetivo, acabou ficando em aberto, sem indicação clara de parâmetros de distinção, o que gera uma insegurança visível na aplicação da lei, e na discricionariedade no momento desta distinção entre usuário e traficante.

Segundo Luiz Flávio Gomes são relevantes os seguintes critérios: o objeto material do delito (natureza e quantidade da droga), o desvalor da ação (local e condições em que ela se desenvolveu) assim como o próprio agente do fato (suas circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes).<sup>103</sup> O autor complementa que é importante saber: se se trata de droga “pesada” (cocaína, heroína, etc.) ou “leve” (maconha); a quantidade dessa droga (assim como qual é o consumo diário possível); o local da apreensão (zona típica de tráfico ou não); as condições da prisão (local da prisão, local de trabalho do agente etc.); profissão do sujeito, antecedentes etc.

Mariana de Assis Brasil e Weigert afirmam que a distinção entre usuário e traficante, na justiça penal brasileira, é realizada de forma seletiva. Significa dizer que o processo de seleção da criminalidade, diagnóstico feito pelo paradigma criminológico da Reação Social, permeia constantemente a criminalização de consumo e comércio ilegal de drogas no Brasil, notadamente em relação à diferenciação entre estes delitos.<sup>104</sup>

Logo a falta de critérios objetivos para diferenciação entre uso e comércio de drogas pode ser uma das causas do aumento do encarceramento no Brasil. Critérios objetivos são parâmetros aplicados à legislação para diferenciar condutas a partir de características facilmente observáveis (e aferíveis) pelos aplicadores da Lei.

A Lei de Drogas tem como avanços reconhecidos a despenalização do usuário e o reconhecimento de políticas de prevenção e redução de danos; porém, considerando a análise dos acórdãos e o aumento de encarceramento por tráfico de drogas no Brasil, a Lei está gerando impactos indesejados.

Luiz Flávio Gomes discorre de maneira clara e objetiva sobre os sistemas legais para diferenciar o usuário do traficante:

<sup>103</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 173.

<sup>104</sup> WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal**: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 97.

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema de quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um quantum diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre usuário e traficante.<sup>105</sup>

O referido autor, ainda em sua obra, destaca que o ordenamento jurídico pátrio adotou o segundo critério, o do sistema de reconhecimento judicial ou policial. Dessa forma, compete ao juiz ou a autoridade policial reconhecer, com fundamento nos critérios legais objetivos, se a droga encontrada se destina ao consumo pessoal ou ao tráfico. Porém, o julgamento do magistrado não pode constituir-se em apreciação meramente subjetiva, pois terá como parâmetro os critérios legais para valorar se o fato configura tráfico ou consumo pessoal de drogas. Portanto, o critério adotado pela lei brasileira foi o de que o critério de avaliação é objetivo, não subjetivo.

Pela análise dos acórdãos percebemos os seguintes critérios utilizados pelos Desembargadores: quantidade e natureza das drogas apreendidas, variedade de substância, forma de acondicionamento da droga, local e as condições em que se desenvolveu a ação, dinheiro apreendido, apreensão de balança de precisão e demais materiais, desemprego, falta de petrechos para uso, antecedentes do agente. Diante desta verificação será analisado individualmente cada critério. Percebe-se que o depoimento dos policiais é sempre utilizado como prova para os Desembargadores fundamentarem suas decisões, logo tal aspecto também será analisado. A relação do delito de tráfico de drogas com o de porte de armas também merece realce, uma vez que dos 31 acórdãos analisados 9 foram condenados pelo porte de arma também.

A análise dos acórdãos demonstra que a maioria dos recursos de defesa não são providos. Dos 27 recursos da parte ré, 19 foram improvidos, permanecendo a condenação. E quando o réu foi absolvido em 1ª instância, como no caso do acórdão de nº 70070920582, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, a 1ª Câmara Criminal reformou a decisão e condenou o réu. No caso em questão os depoimentos dos policiais militares foram contraditórios entre si e o princípio “in dubio pro reo” não foi aplicado. Na sentença em 1º grau o magistrado, no processo nº 001/2.15.0094430-9, reforça o pensamento de que a circunstância de o acusado estar em um ponto de tráfico, por si só, não

<sup>105</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 172.

autoriza a conclusão de que ele se encontrava lá para vender drogas a terceiros, viabilizando, portanto, a solução absolutória, pois foi implantada a dúvida, fundada no princípio “in dubio pro reo” e amparada na da presunção de inocência.

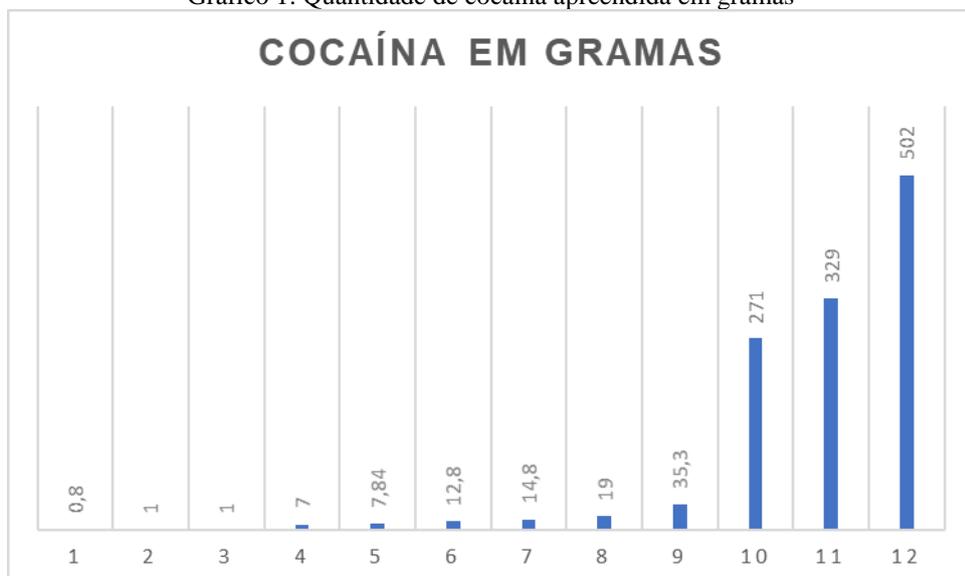
#### 4.1 CRITÉRIO: QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA

A quantidade de substância apreendida está prevista no art. 28, §2º da Lei de Drogas como critério que separa usuários de traficantes. E ao analisar os acórdãos, a quantidade varia muito de acordo com cada decisão. Vale salientar que em todos acórdãos analisados constou a quantidade de droga apreendida.

Em 21 dos 31 acórdãos analisados a quantidade de droga apreendida é utilizada como um critério para justificar a traficância. Percebe-se que ainda não existe um parâmetro no qual se possa definir o que seria uma quantidade de droga razoável para o consumo pessoal. Por conta disso, há obscuridade em relação a uma possível presunção legal de que o porte é tipificado no art. 33 da Lei de Drogas.

Verifica-se que 12 dos 31 acórdãos analisados tinham como droga apreendida a cocaína. O gráfico abaixo apresenta a quantidade de cocaína apreendida em cada um desses processos. Podemos comparar que o réu que foi flagrado com 0,8 gramas de cocaína foi condenado a 5 anos de reclusão em regime fechado e o réu flagrado com 502 gramas de cocaína foi condenado a 7 anos de reclusão em regime fechado. Percebe-se que a pequena quantidade de droga apreendida não é, por si só, motivo para caracterização consumo próprio de drogas.

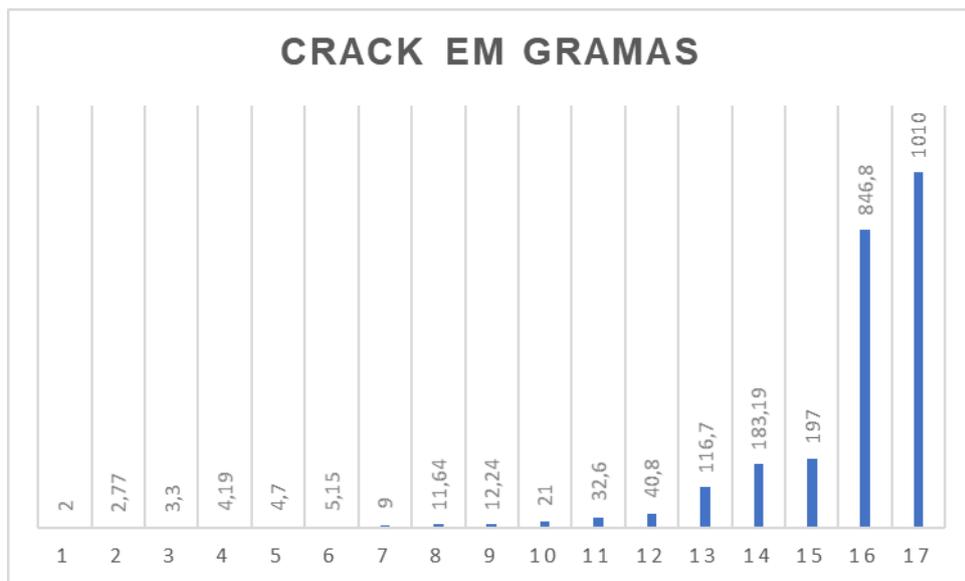
Gráfico 1. Quantidade de cocaína apreendida em gramas



Fonte: Gráfico resultado da análise dos 31 acórdãos.

Ao analisar a quantidade de crack apreendida, percebe-se que dos 31 acórdãos, em 17 constam crack apreendido, em quantidades superiores a cocaína apreendida. A maior quantidade de crack apreendida, 01 tijolo de crack pesando 1.010kg, refere-se ao acórdão n.º. 70069823854, no qual há 4 réus, os quais foram condenados a 5 anos e 8 meses de reclusão em regime semi-aberto.

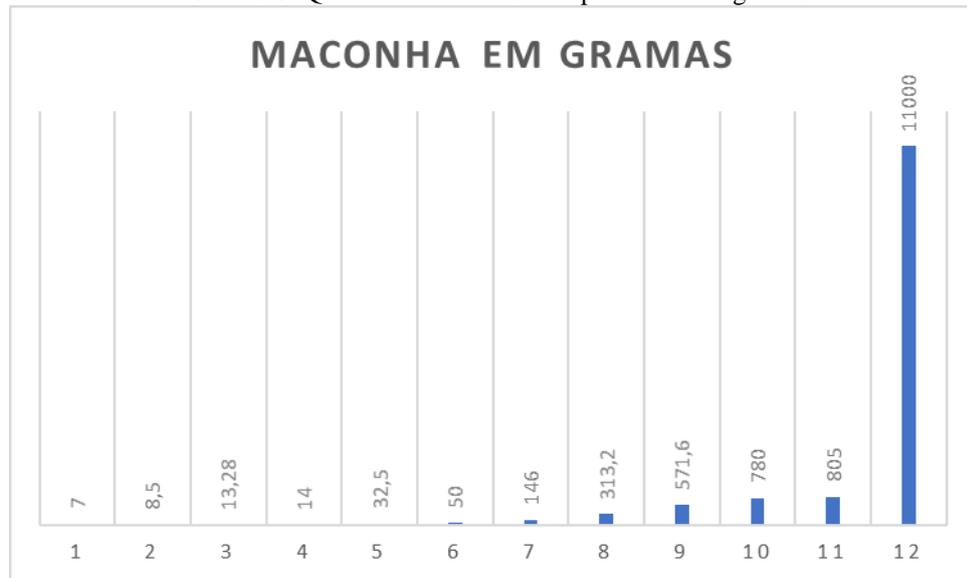
Gráfico 2. Quantidade de crack apreendido em gramas



Fonte: Gráfico resultado da análise dos 31 acórdãos.

Passo analisar a quantidade de maconha apreendida, a qual é bem maior que em relação às apreensões de cocaína e crack, conforme pode ser visualizado no gráfico 3. Um dos acórdãos analisados referia-se a uma apreensão de 11kg de maconha, referente ao acórdão n.º. 70068744275, no qual o Ministério Público recorreu da decisão e seu recurso foi provido para afastar a causa de diminuição da pena prevista no §4º do art.33 da Lei de Drogas. Dessa forma, o réu foi condenado a 7 anos de reclusão em regime fechado.

Gráfico 3. Quantidade de maconha apreendida em gramas.



Fonte: Gráfico resultado da análise dos 31 acórdãos.

Cabe salientar que em decisão recente o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, assegurou a um rapaz de 18 anos, preso preventivamente pela suposta prática de tráfico de drogas, o direito de responder ao processo em liberdade. Na decisão tomada no Habeas Corpus nº. 152964, o Ministro explicou que o decreto prisional apresenta fundamentação genérica, sem elementos concretos aptos a autorizar a prisão. Ressaltou, ainda, que a custódia de um jovem, primário, pelo tráfico de pequenas quantidades de entorpecentes, é contraproducente do ponto de vista da política criminal<sup>106</sup>. No caso em questão o jovem foi preso em flagrante em Ibiúna (SP), com 36g de maconha e 1g de crack.

Quando o Ministro Luís Roberto Barroso cita como sendo de pequena quantidade a apreensão de 36g de maconha, podemos comparar com o gráfico acima que apresenta as quantidades de maconha apreendida e concluir que das 12 apreensões 5 se enquadrariam em pequena quantidade de entorpecente.

No acórdão nº. 70064016785, o Relator Dr. José Luiz John dos Santos, em seu voto, utiliza os fundamentos da sentença do Juiz Emerson Silveira Mota como razões para decidir:

Verifica-se que as circunstâncias que envolvem o fato são incriminadoras ao extremo, destacando-se a expressiva quantidade de droga apreendida em poder do acusado - 35 pedras de crack e 20 bucinhas de cocaína, devidamente embaladas, prontas para a mercancia, e dinheiro em notas trocadas (conforme se verifica no auto de apreensão da fl. 10 e fotografia da fl. 136), característico de ser proveniente do tráfico de drogas. (Apelação Crime Nº 70064016785, Terceira Câmara Criminal,

<sup>106</sup> Jovem preso por pequena quantidade de droga irá responder a processo em liberdade, **Notícias STF**, Supremo Tribunal Federal, 22 fev. de 2018.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370382>>. Acesso em: 10 out. 2018.

Tribunal de Justiça do RS, Relator José Luiz John dos Santos, Julgado em 26/10/2016).

No caso em questão foi apreendido um total de 9 gramas de crack e cerca de 7 gramas de cocaína. Logo, percebe-se que a quantidade apreendida é utilizada como critério na diferenciação do agente no caso abordado. Explicam Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

A quantidade é apenas um parâmetro, que deve ser associado a outros para chegar-se à definição do elemento subjetivo da conduta do agente. Continua igual à lei anterior, pois a distinção entre traficância e uso próprio é a destinação da droga. Exemplificando: Se o agente foi flagrado fornecendo a terceiro apenas um único cigarro de maconha, a conduta será de traficância, ao passo que, se a droga fosse para uso pessoal, seria conduta de usuário (art.28).<sup>107</sup>

Complementa o Relator Dr. José Luiz John dos Santos em seu voto no acórdão acima citado, associando a quantidade a outros critérios, como a natureza e a forma como estavam acondicionadas as drogas:

A tese alegada pela defesa – posse para consumo pessoal – é descabida, já que a quantidade, a natureza e a forma como estavam acondicionadas as drogas (trinta e cinco pedras de crack e vinte buchas de cocaína); as circunstâncias da abordagem (abordagem em patrulhamento de rotina, em local conhecido como ponto de tráfico de drogas), bem como a ausência de informação nos autos de que o réu fosse usuário de drogas, tornam evidente a finalidade de venda. (Apelação Crime Nº 70064016785, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Luiz John dos Santos, Julgado em 26/10/2016)

No acórdão nº. 70057638645, o Relator Julio Cesar Finger se utiliza do critério da quantidade de droga apreendida com o réu para determinar que a droga era destinada a terceiros e não para consumo próprio, mesmo o réu declarando que a droga foi adquirida para consumo próprio. Vale salientar que, neste caso, além da grande quantidade de drogas apreendidas, utilizou-se como determinante para o enquadramento no delito de tráfico de drogas a apreensão de uma balança de precisão. Nesse caso foi apreendida 313,2g de maconha.

Com relação ao delito de tráfico de drogas pelo qual o réu XXXX restou condenado, entendo que as circunstâncias apontam, efetivamente, para a traficância. Foi encontrada na residência de YYYY (que o réu XXXX utilizava) 313,2 gramas de maconha, 01 fita adesiva e 01 balança de precisão da marca Diamond. A partir dos elementos expostos e pela análise do art. 28, §2º, da Lei 11.343/06, fica prejudicado o pedido de desclassificação formulado na apelação, devendo ser mantida a condenação pelo tráfico. A destinação a terceiros está evidenciada pela quantidade de droga e pelos materiais apreendidos. A alegação do réu XXXX de que a droga foi adquirida para consumo próprio e que utilizava a balança de precisão porque constantemente era enganado por traficantes da quantidade de droga que comprava não merece respaldo. Em vista disso, vai mantida a condenação do réu XXXX pelo

<sup>107</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 51.

crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. (Apelação Crime Nº 70057638645, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Julio Cesar Finger, Julgado em 24/09/2014).

Nesse mesmo acórdão o Relator Julio Cesar Finger observa os argumentos trazidos no parecer da Procuradoria de Justiça para ratificar a condenação pelo delito de tráfico de drogas. No caso, a Procuradoria traz como critério a grande quantidade de droga apreendida associada a apreensão de uma balança.

A um. A condição de usuário não exclui a condição de traficante. Hoje, cada vez mais se vê a coexistências dessas duas condições, na medida em que, o próprio usuário, utiliza do pequeno comércio para sustentar o seu próprio vício ou até o seu meio de vida.

A dois. A grande quantidade de drogas – 313,2g de maconha - e uma balança de precisão, não há que se falar em desclassificação do delito para posse de drogas com a finalidade de consumo próprio. flagrante, afirmaram que a apreensão se deu no âmbito de uma operação coordenada pela 1ª Delegacia de Polícia de Uruguaiiana, chamada de “Acerto de Contas”, qual se buscava conter a atuação de grupos organizados para prática do crime de roubo e tráfico. Relataram que depois de investigações, ocorridas através de interceptações telefônicas do telefone do réu XXXX, chegaram à residência do réu e encontraram a droga e uma balança de precisão, no seu interior.

Com base nesses dados, nota-se claramente que a droga recolhida em poder do réu não se destinava, apenas, ao eventual consumo pessoal. (Apelação Crime Nº 70057638645, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Julio Cesar Finger, Julgado em 24/09/2014).

No acórdão nº. 70070920582, consta que foram apreendidas 102 pedras de crack, pesando cerca de 40,8g, o Relator Des. Honório Gonçalves da Silva Neto entende que mesmo o réu declarando ser usuário de drogas entendeu que a quantidade que o indivíduo dispunha era incompatível com o uso próprio.

Outrossim, eventual condição de usuário de maconha, alegada pelo acusado (diga-se, não demonstrada), não alteraria a situação; a uma, porque, não raramente, o comércio destina-se à manutenção do uso; a duas, pois a vultosa quantidade de droga de que dispunha o recorrido é incompatível com o uso próprio. (Apelação Crime Nº 70070920582, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 28/09/2016).

Já o acórdão nº. 70051788081, em que a ré é absolvida, embora tenha em 1º grau sido condenada, é importante analisar o voto do Relator João Batista Marques Tovo, que entende pela condenação da ré, conforme depreende-se do argumento abaixo, utilizando a quantidade de droga apreendida:

Por mais benevolente que se queira ser com as esposas de presidiários que, por solidariedade a seus companheiros, resolvem introduzir no cárcere alguma quantidade de droga a pedido deles, para traficarem ou usarem – no caso concreto, a quantidade parece indicar a primeira hipótese – no ergástulo, não é possível discriminar ou considerar atípicas suas condutas. (Apelação Crime Nº 70051788081, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator João Batista Marques Tovo, Julgado em 23/05/2013)

Em tal acórdão houve divergência entre os desembargadores e a ré foi absolvida com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. No voto do Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro, Revisor e Redator, reconhece-se a atipicidade da conduta da ré, ante o que estabelece o art. 17 do Código Penal, por se tratar de crime impossível. Isso porque na espécie verificada está a ineficácia absoluta do meio utilizado, visto que, para entrar no estabelecimento prisional, a apelante seria submetida a minuciosa inspeção. Além disso, o Desembargador complementa:

Por outro lado, pode-se cogitar da hipótese de posse de substância entorpecente, que consubstanciaria tipicidade. Contudo, segundo a hipótese acusatória constante da denúncia, a droga seria entregue “para o fim de comércio”, este o elemento típico pretendido demonstrar. Aí, então, é que se verifica a ineficácia do meio, à medida que, naquelas condições, a droga não entraria no estabelecimento prisional, pois realizada revista pessoal. (...) Essa, portanto, a perversidade do sistema: prende, pune e condena mulheres que estavam tentando ingressar no presídio com substâncias entorpecentes. Vale dizer: prende pessoas em razão de outros presos e em razão da ineficiência do sistema prisional e do Estado. (Apelação Crime Nº 70051788081, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator João Batista Marques Tovo, Julgado em 23/05/2013)

No acórdão nº. 70068319037, o Desembargador Relator José Ricardo Coutinho Silva, utiliza também o critério da quantidade de drogas apreendidas para determinar que o caso se trata do delito de tráfico de drogas. No caso analisado a quantidade de crack e cocaína apreendida somam 40g, quantidade totalmente incompatível com a posse para mero consumo próprio, segundo o Des. José Ricardo Coutinho Silva.

Diante das quantidades de substâncias entorpecentes apreendidas, ou seja, 241 pedras de “crack”, pesando 32,6 gramas, no interior do quarto utilizado pela ré XXXX, que, por sua natureza, poderia render até mais de 320 porções menores para venda (cada grama de “crack” pode ser fracionada em até mais de 10 pedrinhas), e 21 petecas de cocaína, pesando 8,8 gramas, escondidas no muro da casa, que, por sua natureza, poderia render até mais de 35 porções menores para venda (cada grama de cocaína pode ser fracionada em até mais de quatro porções), já fracionadas para a venda, quantidades totalmente incompatíveis com a posse para mero consumo próprio, ainda apreendido com o menor a quantia de R\$ 186,35 em dinheiro trocado, de propriedade de YYYY, sem demonstração de origem lícita, corroboradas restaram as denúncias anônimas relativamente à prática do tráfico pelos acusados e as visualizações de venda de drogas por esses durante as campanhas realizadas pelos policiais, o que foi devidamente ratificado em juízo. (Apelação Crime Nº 70068319037, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Ricardo Coutinho Silva, Julgado em 06/12/2016)

Segundo Luiz Flávio Gomes a quantidade da droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. Claro que há situações inequívocas: uma tonelada de cocaína ou de maconha revela traficância (destinação a terceiros). Há, entretanto, quantidades que não

permitem uma conclusão definitiva,<sup>108</sup> como pode ser analisado pela leitura dos acórdãos. Daí a necessidade de se valorar não somente um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na lei.

#### 4.2 CRITÉRIO: NATUREZA DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA

A natureza da substância apreendida consta como critério no art. 28, §2º da Lei de Drogas. Percebe-se pela análise dos acórdãos que a natureza da substância entorpecente apreendida que causa dependência física e psíquica é comprovada pelo Laudo de Constatação da Natureza da Substância e o Laudo Pericial. Todos os acórdãos analisados citam os laudos.

O laudo de constatação elencado pelo legislador infraconstitucional atesta, simplesmente, que a substância analisada é droga, nos termos da Portaria 344/98 da Anvisa. Porém, o referido instrumento probatório não é capaz de determinar que o investigado foi apreendido com entorpecente enquanto praticava a ação descrita em um dos verbos apontados no art. 33 da Lei de Drogas, por exemplo.

Cumprе salientar que o mero laudo de constatação é elemento probatório suficiente apenas em sede de investigação, já que apenas tal documentação não basta para prolação de decreto condenatório. Esse foi o entendimento referendado pelo STJ no HC nº. 350.996, em 29 de agosto de 2016. Na oportunidade, foi decidido que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível para verificação da materialidade do crime. Logo é preciso atentar que a condenação de alguém só se pode dar em caso de comprovação de materialidade e de autoria da prática delitiva.

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DERECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.2. **É imprescindível, para a condenação pelo crime de tráfico de drogas, que seja anexado o laudo toxicológico definitivo, concluindo que a falta desse laudo conduz à absolvição do acusado por falta de materialidade delitiva. Precedentes.**3. Somente em situação excepcional poderá a materialidade do crime de drogas ser suportada por laudo de constatação, quando permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes.4. **A prova testemunhal não tem o condão de suprir a ausência do laudo definitivo, na medida em que somente tem relevância no que diz respeito à autoria e não à materialidade do delito, daí a**

<sup>108</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 173.

**imprescindibilidade.**5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para absolver o paciente dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, a ele imputados na Ação Penal n. 0005247-21.2014.8.19.0016. (HC 350.996/RJ, Terceira Seção, STJ, Relator Nefi Cordeiro, Julgado em 24/08/2016)

No acórdão nº. 70064016785 o Relator Desembargador José Luiz John dos Santos, ao analisar o cálculo da pena, ratifica a sentença que considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais da ‘natureza’ e da ‘quantidade’, previstas no artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

No que pertine à natureza e à quantidade, entendo que deve ser mantida a análise realizada pelo sentenciante, tendo em vista que foram apreendidas quantidade expressiva de crack e cocaína, substâncias extremamente lesivas, situação que desborda os limites para a manutenção da pena no mínimo.(Apelação Crime Nº 70064016785, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Luiz John dos Santos, Julgado em 26/10/2016).

A natureza da substância apreendida revela a periculosidade concreta do indiciado, porém, proporciona uma margem muito grande de erro para o juiz e a autoridade policial no reconhecimento do traficante e dos usuários de substâncias psicotrópicas.

#### 4.3 CRITÉRIO: VARIEDADE DE SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS

A variedade de substância apreendida é um critério utilizado pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, embora não elencado entre os oito critérios estabelecidos no art. 28, §2º, da Lei de Drogas. Pela análise dos acórdãos a variedade de substância apreendida ocorre quando o réu é flagrado com mais de um tipo de entorpecente, por exemplo: maconha e cocaína, crack e cocaína. Dos 31 acórdãos analisados, 6 usam como determinante a variedade de substâncias apreendidas para tipificar o delito como tráfico de drogas. Cabe destacar que em 14 dos casos analisados consta mais de um tipo de droga apreendida.

No acórdão nº. 70063889471, no qual foi apreendido 01 tijolo de crack, pesando aproximadamente 846,8g, 01 porção de cocaína, pesando aproximadamente 19g, 02 porções de maconha, pesando aproximadamente 506,6g, e 28 porções de maconha, pesando aproximadamente 65g, o Relator Desembargador José Luiz John dos Santos utiliza da variedade de entorpecentes apreendidos para tipificar o caso no art. 33 da Lei de Drogas.

Como visto, a prova carreada ao feito é contundente ao apontar a prática do crime de tráfico de drogas pelos acusados, havendo o relato preciso e unísono dos policiais, a palavra de XXXX, usuária de drogas, que aduziu que conseguiria entorpecentes no local, independente de quem a atendesse, bem como pelas informações recebidas pela polícia (fls. 248-60), pela variedade e quantidade de entorpecentes apreendidos e pela quantia em dinheiro em notas diversas, valores tipicamente auferidos com a traficância.(Apelação Crime Nº 70063889471, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Luiz John dos Santos, Julgado em 30/11/2016).

Já no acórdão nº. 70070962865, no qual foram apreendidos 7,5g de cocaína, dentro de um pote plástico; cerca de 8,5g de erva esverdeada semelhante à maconha e 3g de substância branca semelhante à cocaína, totalizando 2,3gs, o Relator Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto cita a diversidade de entorpecente (maconha e cocaína), sendo incompatível com o uso próprio, mesmo o réu em interrogatório tendo afirmado ser usuário de cocaína e de maconha.

Consigno, por fim, que eventual condição de usuário, alegada por XXXX, não altera a situação. A uma, porque, não raramente, o comércio destina-se à manutenção do uso. A duas, porquanto foram apreendidos petrechos estritamente relacionados à comercialização, como os vinte e nove invólucros plásticos e uma balança de precisão. A três, porquanto a quantidade e diversidade de entorpecente (maconha e cocaína) é incompatível com o uso próprio. A quatro, porque, como visto, o acusado já havia sido preso em flagrante pela prática do tráfico de drogas, valendo repisar que a diligência resultou do cumprimento de mandado de busca no interior da residência, e não de abordagem casual. (Apelação Crime Nº70070962865, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 28/09/2016).

O Relator Desembargador Jayme Weingartner Neto no acórdão nº. 70070685235, no qual foram apreendidos 12 tabletes e meio de *cannabis sativa*, envoltos em papel alumínio, e 01 bucha de cocaína, pesando aproximadamente 1,0g, entende que mesmo sendo a quantidade de droga apreendida pequena a apreensão de dois tipos de drogas é compatível com o tráfico.

A quantidade de droga apreendida, embora não possa ser tida por significativa, a par da diversidade, é compatível com o tráfico. Somado a isso, ainda há a apreensão de dinheiro em espécie, na posse do acusado. (Apelação Crime Nº70070685235, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Jayme Weingartner Neto, Julgado em 28/09/2016).

Em relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão de 2015, afastou o redutor de penas do crime de tráfico de drogas, em razão da quantidade e variedade de drogas apreendidas com o acusado. A aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, poderá ser dada se preenchidos os requisitos cumulativos: ter bons antecedentes, ser primário, não ser dedicado às atividades criminosas e organizações criminosas. Dessa forma, a dedicação do agente à atividade criminosa é óbice à aplicação da causa de redução de pena, independentemente do grau de comprometimento do agente com o crime, ou da complexidade da estrutura da organização criminosa.

Assim sendo, no caso em apreço, aliando-se à expressiva quantidade e variedade de entorpecentes encontrados (774 tubos contendo 14,20g de cocaína, 05 fragmentos pesando 349,20g de maconha, e 20 fragmentos com 19,90g de cocaína em forma de crack), tendo destinação certa de venda, com a habitualidade da atividade criminosa, fazendo do tráfico seu meio de vida, mostra-se impossível prevalecer o entendimento do acórdão recorrido, de aplicar a benesse do art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006. (Recurso Especial Nº 1.556.186-SP, STJ, Ministro Ericson Maranhão, Julgado em 26/10/2015).

Nesse mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC 115.151-SP. A Relatora Ministro Rosa Weber entendeu que a quantidade e a variedade da droga apreendida são indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, qualificando o réu no art. 33 da Lei de Drogas.

A quantidade e a variedade da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, constituem elementos que podem ser validamente valorados no dimensionamento do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº11.343/2006. (HC Nº 115.151-SP, STF, Relatora Ministra Rosa Weber, Julgado em 02/10/2002).

Logo, a variedade das substâncias apreendidas é considerada pelo julgador para corroborar a integração à atividade criminosa e tipificar o delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei de Drogas.

#### 4.4 CRITÉRIO: FRACIONAMENTO E ACONDICIONAMENTO DA DROGA

Outro critério que pode estar sendo utilizado na diferenciação de usuário e traficante é a forma como a droga está sendo encontrada. Em outras palavras, o fracionamento da droga apreendida é sinônimo, muitas vezes, de traficância. Dos 31 acórdãos analisados, 15 citam o fracionamento e a forma de acondicionamento da droga apreendida como característico do crime de tráfico de drogas.

No acórdão nº. 70070606462, o Des. Jayme Weingartner Neto, Relator, em seu voto, ratifica a condenação por tráfico, ao entender que o fracionamento é compatível com o tráfico, com as seguintes palavras:

A quantidade de droga apreendida é compatível com o tráfico (5,15 gramas), ainda mais porque fracionada em 28 pedras, prontas para a venda. A corroborar, há os demais bens apreendidos, bem como o fato de que os policiais presenciaram o réu entregando algo ao usuário, sendo que, com este, foi apreendida uma pedra de crack. (Apelação Crime Nº 70070606462, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Jayme Weingartner Neto, Julgado em 14/09/2016)

Nesse mesmo sentido, o acórdão nº. 70023084676, tendo o Des. José Antônio Cidade Pitrez como relator, se utiliza do parecer ministerial exarado em 2ª instância, do Dr. Eduardo Wetzel Barbosa, abordando novamente a forma de acondicionamento como sendo um dos critérios para justificar que a droga era destinada para a venda.

Assim, diante dos firmes depoimentos dos policiais militares, aliados à quantidade e variedade das substâncias apreendidas, a forma de acondicionamento (dividida em pequenas embalagens) e o local em que se deu a apreensão (conhecido como ponto

de tráfico), não resta a mínima dúvida de que as drogas tinham por destino a distribuição a terceiros, motivo pelo qual merece ser mantida a condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes. (Apelação Crime Nº 70023084676, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 10/04/2008).

Novamente no acórdão nº. 70023108368, o Des. José Antônio Cidade Pitrez, Relator, utiliza de tal critério. Conforme depreende-se quando declara: “Ademais, de ser destacada a expressiva quantidade de droga apreendida, já estocada em porções individuais próprias ao consumo alheio, evidenciando destinar-se a substância à traficância.”<sup>109</sup> Além disso, em seu voto, reitera a fundamentação contida na condenação em 1º grau, que ratifica a ilação de que a droga se reservava ao consumo alheio.

Por fim, muito embora alegue desempenhar atividade lícita, o acusado não trouxe aos autos qualquer elemento de prova que indicasse o exercício de trabalho e renda, o que somado aos demais argumentos reforça a conclusão de que, efetivamente, estava exercendo a mercancia de drogas naquele local. (Sentença processo 002/2.07.0001369-2, Vara Criminal da Comarca de Alegrete, Juíza Patrícia Pereira Krebs, Julgado em 28/11/2007).

Também o Des. Luiz Mello Guimarães, Relator, no acórdão nº. 70062546007, se utiliza do critério do fracionamento da droga como caso de traficância, mesmo sendo a quantidade apreendida de 1g. Em seu voto o Desembargador argumenta que o fracionamento em papélotes sugere destinação à venda, já que um usuário não compraria de forma tão fracionada a pequena quantidade de droga apreendida, no caso 1g.

Ainda, considerando que o réu estava em um ponto de traficância, com 1g de cocaína embalado em sete papélotes (o que sugere destinação à venda, pois um usuário não compraria tão fracionada essa pequena quantidade de droga) e dinheiro, bem como que os policiais se dirigiram ao local justamente por receberem denúncia de que lá havia dois traficantes vendendo drogas, não é caso de desclassificação. (Apelação Crime Nº 70062546007, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Luiz Mello Guimarães, Julgado em 18/12/2014).

No acórdão nº. 70062713243, no qual a decisão é de manter a condenação na íntegra pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas, o Desembargador José Luiz John dos Santos, Relator, se utiliza da forma como estavam acondicionadas as drogas, 805g de maconha fracionadas em duas partes, para definir que se trata de traficância e não de posse para consumo pessoal. O Desembargador em seu voto ressalta que o réu mesmo dizendo ser usuário não portava nenhum petrecho para consumo do entorpecente.

<sup>109</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Crime n. 70023108368, Segunda Câmara Criminal, Relator: Des. José Antônio Cidade Pitrez, Porto Alegre, 10 abr. 2018.

A tese alegada pelo réu – posse para consumo pessoal – é descabida, já que a quantidade, a natureza e a forma como estavam acondicionadas as drogas (805g de maconha, fracionadas em duas partes); as circunstâncias da abordagem (abordagem motivada por informações anônimas - direcionada ao apelante – dando conta de que um indivíduo em um veículo VW/GOL efetuará a entrega de drogas no local), tornam evidente a finalidade de venda. Ressalto, ademais, que o réu, se dizente usuário de drogas, não portava nenhum petrecho para o consumo de entorpecentes. (Apelação Crime Nº 70062713243, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Luiz John dos Santos, Julgado em 31/11/2016).

Desse modo, pela análise dos acórdãos, a forma de acondicionamento da droga (dividida em pequenas porções embaladas individualmente em trouxinhas) impõem o reconhecimento do tráfico, conduta suficiente à configuração do ilícito constante do art. 33 caput, da Lei 11.434/06.

#### 4.5 CRITÉRIO: LOCAL E AS CONDIÇÕES EM QUE SE DESENVOLVEU A AÇÃO

O critério local e as condições em que se desenvolveu a ação estão previstos no art. 28, §2º da Lei de Drogas. Nesse critério, o magistrado analisa o local em que se encontra tanto a droga, como o agente no momento da flagrância. Considera-se se o local em questão era local suspeito, se era conhecido por haver tráfico ou reuniões de usuários; se as condições em que foi feita a apreensão do agente era suspeita ou não. Dos 31 acórdãos, em 8 o local no momento da flagrância foi determinante no enquadramento para o tráfico de drogas. Cabe destacar que 11 flagrantes decorreram de patrulhamento de rotina da polícia, 11 foram de cumprimentos de mandados de busca e apreensão, 8 provenientes de denúncia prévia que os policiais foram investigar e constataram o delito e 1 proveniente de uma blitz.

No acórdão nº. 70034889543 o Desembargador Jaime Piterman, Relator, em seu voto, utiliza as mesmas razões da sentença de 1º grau para decidir e confirmar a condenação do réu, ou seja, utilizando como um dos critérios para determinar a traficância as circunstâncias da prisão em flagrante, na qual policiais militares receberam denúncia de que no local ocorria tráfico de drogas e que ao chegar no local visualizaram o acusado em posse de dinheiro e próximo a ele uma garrafa “pet” com 14 pedras de crack, pesando aproximadamente 3g.

A autoria, também restou comprovada pelas circunstâncias da prisão em flagrante do acusado e declarações das testemunhas. Embora o acusado tenha negado a prática delitiva, visto que alegou ser usuário e não traficante, tenho que a prova carreada aos autos enseja um juízo condenatório, senão vejamos:

A testemunha XXX, Policial Militar, relatou que vinham recebendo denúncias por telefone de que no local ocorria tráfico de drogas e que a descrição dada pelos denunciadores do traficante conferia com as características físicas do acusado. Narrou, que ao chegar no local indicado visualizaram o acusado e mais dois rapazes, que saíram do local após avistarem a viatura. Abordaram o acusado e encontraram em sua posse R\$ 230,00 e, próximo ao acusado, apreenderam uma garrafa “pet” com 14 pedras de crack. Asseverou ainda, que após a apreensão da droga, o acusado

confessou que havia pego 110 pedras de crack para vender, sendo que a grande maioria já havia vendido na noite. (Apelação Crime N° 70034889543, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Jaime Piterman, Julgado em 09/09/2010)

No acórdão n°. 70071456107 o Desembargador Jayme Weingartner Neto, Relator, em seu voto, se utiliza das interceptações telefônicas para determinar que há elementos suficientes para um juízo condenatório das condutas previstas no art. 33, caput, da Lei de Drogas. O Desembargador, ao analisar os diálogos, entende que as expressões utilizadas pelos acusados são compatíveis com a situação de tráfico de drogas, como por exemplo, as expressões “fraca” e “braba”.

Tais diálogos não guardam qualquer compatibilidade com os produtos que o acusado referiu que vendia, como incensos, DVDs e cartões, principalmente levando em consideração as partes em negrito, as quais indicam valores (R\$ 25, 50 e 100) e expressões genéricas (“aquele” e “da boa”) compatíveis com a situação de tráfico de drogas.

Ademais, embora XXX se refira aos objetos como sendo CDs, na mesma frase utiliza expressões como “fraca” e “braba”, as quais evidenciam que o objeto, na verdade, se tratava de entorpecente. (Apelação Crime N° 70071456107, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Jayme Weingartner Neto, Julgado em 30/11/2016).

Analisando ainda o mesmo acórdão um dos réus em seu interrogatório declara ser usuário de cocaína e justifica que adquiria drogas em outra cidade, tendo em vista a qualidade da mesma, bem como buscava drogas em grande quantidade, apenas para uso mensal. Porém, mesmo assim, o Desembargador-Relator Jayme Weingartner Neto mantém a condenação entendendo que o caso em questão é de tráfico, considerando todas as condições que se desenvolveu a ação.

Assim, a prova judicializada comprova que os acusados estavam na posse do entorpecente apreendido, cujo destino era o comércio. Não há, então, que se falar em desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei n° 11.343/06. As circunstâncias do flagrante, o mandado de busca e apreensão, a quantidade, a forma como estava acondicionada a droga, as interceptações telefônicas e a prova oral colhida demonstram a conduta prevista no artigo 33, “caput”, da Lei de Drogas, que consigna como verbo nucleares “vender” e “transportar”, conduta perpetrada pelos réus. (Apelação Crime N° 70071456107, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Jayme Weingartner Neto, Julgado em 30/11/2016)

No acórdão n°. 70063220735, Ministério Público e réu recorrem da sentença julgada parcialmente procedente, a qual o réu foi condenado pelo delito de posse de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28, caput, da Lei de Drogas. Em seu voto, o Desembargador João Batista Marques Tovo entende que não é o caso de desclassificação para o delito de posse de drogas para consumo próprio tendo em vista a quantidade apreendida, associada a provável origem da mesma (Guaíra/PR, conhecido local de entrada de drogas do Paraguai

para venda no Brasil). Já que a apreensão da droga foi feita quando o réu estava viajando no percurso/linha Toledo/PR - Porto Alegre/RS. Também é importante destacar algumas observações empíricas que o Desembargador faz em seu voto em relação a quantidade apreendida (329g) não ser compatível com um estoque de usuário.

Note-se, foram apreendidos dois (02) tijolos de cocaína, pesando aproximadamente 329g, o que definitivamente não é compatível com um estoque de usuário.

Segundo observação empírica, [1] usuários de maconha têm o hábito de fazer armazenagem considerável – para o consumo até de um mês – de modo a evitar desabastecimento e reduzir exposição aos riscos envolvidos na frequência a pontos de tráfico, o que é favorecido pelo baixo custo da substância e do seu uso equilibrado; [2] usuários de crack, em geral, portam apenas o suficiente para o uso diário, devido à forte compulsão, apesar do preço baixo; e [3] usuários de cocaína, fazem pequenas armazenagens, sobretudo devido ao alto custo, apesar dos riscos envolvidos.

No caso concreto, a quantidade de cocaína apreendida foge desse padrão. Além disso, o réu não demonstrou possuir condições financeiras suficientes para adquirir tamanha quantidade da droga. Em juízo, disse estar aposentado, e, na autuação em flagrante, declarou-se pobre. A versão de que ganhara a droga de presente é inverossímil, justamente em razão da quantidade apreendida. (Apelação Crime N° 70063220735, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Presidente e Relator João Batista Marques Tovo, Julgado em 30/11/2016).

Vale salientar que no acórdão supracitado consta o critério utilizado pelo Juiz de 1º grau para desclassificar e condenar o réu ao delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas, no qual entende que as circunstâncias em que a substância entorpecente foi encontrada pelos policiais, não são capazes de demonstrar a prática da traficância por parte do réu, já que o mesmo confirmou a propriedade da droga, alegando em defesa que ela seria utilizada para seu consumo, em função dos problemas de saúde que possui, de modo que a substância serviria para aliviar os sintomas.

Adianto que o conjunto probatório não permite a caracterização do delito de tráfico de drogas previsto no artigo 33, caput, da Lei n° 11.343/06, eis que embora tenha sido apreendida a droga (cocaína) em poder do acusado, as circunstâncias em que a substância entorpecente foi encontrada pelos policiais, não são capazes de demonstrar a prática da traficância. (...) Assim, as circunstâncias em que a droga foi encontrada, a pequena quantidade da mesma (em torno de 329g computado o peso da embalagem) aliada ao fato de Carlos alegar que a droga era para seu próprio consumo, não basta para atribuir-lhe a prática do delito tipificado no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, mas são elementos suficientes para amparar a desclassificação do delito, devendo a conduta do acusado ser enquadrada no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06. (Apelação Crime N° 70063220735, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Presidente e Relator João Batista Marques Tovo, Julgado em 30/11/2016).

Novamente as circunstâncias e o local onde se deu a prisão é utilizado como critério, como pode ser visto no acórdão n°. 70063889471 no voto do Desembargador e Relator José Luiz John dos Santos. Na ocasião, os policiais militares estavam de campana nas

proximidades da residência dos acusados, diante de inúmeras informações narrando a prática do crime de tráfico de drogas no local, sendo o ponto conhecido como “Boca da Maria”.

A quantidade, a natureza e a forma como estava acondicionada a droga (um tijolo de crack, pesando 846,8g, uma porção de cocaína, pesando 19g, duas porções grandes de maconha, pesando 506,6g e vinte e oito porções pequenas de maconha, pesando 65g), as circunstâncias e o local onde se deu a prisão (abordagem após campana na frente da residência dos réus, tendo sido flagrado a réatendendo uma usuária de drogas), comprovam a intenção de mercancia e, corolário, o fato descrito na denúncia.(Apelação Crime Nº 70063889471, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Luiz John dos Santos, Julgado em 30/11/2016).

O Desembargador e Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, no acórdão nº. 70070920582, já citado neste trabalho, se utiliza das condições que se desenvolve a ação para enquadrar o réu no delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas. Vale lembrar que tal acórdão é de uma apelação do Ministério Público, uma vez que o réu foi absolvido em 1ª instância, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. O Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto em seu voto analisa que o réu estava em local conhecido como ponto de tráfico.

Revelam os elementos probatórios coligidos que policiais militares, realizando patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de tráfico, avistaram o recorrido que, abordado e submetido à revista, dispunha de cento e duas pedras e farelos de crack, com peso total e aproximado de 40,8 gramas, e da importância de R\$ 180,00, em diversas cédulas.(Apelação Crime Nº 70070920582, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 28/09/2016).

Já no acórdão nº. 70076890771, as circunstâncias em que se desenvolveu a ação são utilizadas para absolver o réu, o Desembargador Jayme Weingartner Neto, Relator, mantém a absolvição do réu, com base no artigo 386, VII, do CPP, negando provimento ao recurso ministerial que pede a condenação do réu pelo delito tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Em seu voto o Relator argumenta que o panorama flagrado, a quantidade de drogas, no caso 28 pontos de LSD, e a prova judicial não são suficientes para comprovar a destinação comercial dos entorpecentes apreendidos. Cita ainda que tais critérios servem, tão somente, para presunção, o que, no entanto, não permite a formação de um juízo condenatório.

A diligência foi casual. A suspeita decorreu em patrulhamento de rotina. Os policiais desconfiaram que o acusado não portasse habilitação para condução de veículo. Não há qualquer referência a monitoramento ou denúncia específica. Não foi presenciado o comércio, tampouco a entrega, pelo réu, de substâncias a terceiros. Consta, inclusive, que, autuada a ocorrência inicialmente como posse de drogas, após foi cumprido mandado de busca na residência do acusado, nada ilícito sendo encontrado. Os depoimentos dos policiais comprovam, portanto, as circunstâncias da abordagem e da apreensão, porém não servem para demonstrar a intenção comercial.

(Apelação Crime Nº 70076890771, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Jayme Weingartner Neto, Julgado em 20/06/2018).

O local de apreensão do agente é visto como circunstância apta a auxiliar na descoberta da destinação da droga. Contudo, a análise dos acórdãos demonstra um senso comum punitivo ao concluir que a droga apreendida em uma boca de fumo necessariamente é destinada ao tráfico. Tal critério mostra-se ineficiente, pois os pontos de tráfico também são frequentados por usuários, o que torna esse critério da localidade completamente impreciso, se analisado isoladamente.

#### 4.6 CRITÉRIO: DINHEIRO APREENDIDO

Observa-se que 12 dos 31 acórdãos analisados citam o dinheiro apreendido para tipificar o delito como tráfico de drogas. Tal critério não está elencado no art. 28, §2º da Lei de Drogas.

No acórdão nº. 70063771711, em que o réu é absolvido, o Desembargador José Luiz John dos Santos em seu voto caracteriza que sendo a quantia em dinheiro apreendida com o réu em notas de alto valor (cem, cinquenta e vinte reais) não caracteriza a diversidade típica da traficância.

A quantia de drogas supostamente apreendida com o denunciado, por si só, também não evidencia a traficância, uma vez que 14g de maconha é pouca quantidade de entorpecente, sendo possível que seja apenas para uso pessoal, sendo que quantia em dinheiro apreendida com o réu – R\$ 590,00 – estava em notas de cem, cinquenta e vinte reais, não caracterizando a diversidade típica da traficância. (Apelação Crime Nº 70063771711, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 26/10/2016).

Interessante perceber que no acórdão nº. 70064016785, o Desembargador José Luiz John dos Santos em seu voto utiliza novamente a quantia em dinheiro e o tipo de notas apreendido como um critério para caracterizar a traficância; porém, nesse caso, o réu é condenado, já que o valor encontrado eram cédulas diversas.

Na ocasião, os policiais militares, em patrulhamento de rotina, chegaram ao estabelecimento comercial onde estava o acusado, local conhecido como ponto de tráfico de drogas, e realizaram a abordagem dos indivíduos que estavam no bar. Em revista, foi localizado com o denunciado as trinta e cinco pedras de crack e as vinte bucinhas de cocaína, além de R\$ 54,00 (cinquenta e quatro reais) em cédulas diversas, de acordo com o auto de apreensão da fl. 10 e a fotografia da fl. 136. (Apelação Crime Nº 70064016785, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 26/10/2016)

No acórdão nº. 70030487136 a Desembargadora Lais Rogéria Alves Barbosa, Relatora, associa a traficância a diversidade de drogas apreendidas individualmente e ao

variado numerário em dinheiro, conforme descreve em seu voto, confirmando a condenação do réu nas sanções previstas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Na espécie verifica-se que a prova oral coligida aos autos, por si só, já possuiria o condão de sustentar o juízo condenatório, o qual foi corroborado, ainda, pelas demais circunstâncias do presente feito, quais sejam: o fato de ter sido o acusado preso em flagrante em virtude do cumprimento de mandado de busca e apreensão, ocasião em que foram apreendidas quantidade e diversidade de drogas embaladas individualmente (36 pedras de crack e 03 trouxinhas de cocaína), além de variado numerário em dinheiro (cédulas de R\$ 1,00, R\$ 2,00, R\$ 5,00 e R\$ 10,00). (Apelação Crime Nº 70030487136, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora Lais Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 10/12/2009)

O Relator Desembargador Jayme Weingartner Neto, no acórdão nº. 70070685235, já citado neste trabalho, cita que a apreensão de dinheiro em espécie em posse do acusado é compatível com o delito de tráfico.

A quantidade de droga apreendida, embora não possa ser tida por significativa, a par da diversidade, é compatível com o tráfico. Somado a isso, ainda há a apreensão de dinheiro em espécie, na posse do acusado. (Apelação Crime Nº70070685235, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Jayme Weingartner Neto, Julgado em 28/09/2016).

No acórdão nº. 70070816897, o Relator Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto se utiliza também do dinheiro apreendido para enfatizar que a infração analisada se trata da regra contida no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Mais, restou apreendido dinheiro trocado, tanto no imóvel das rés, como na casa de Fernando (como visto, vultosa importância: R\$ 4.220,00), consoante evidenciam as declarações prestadas, de forma coesa, segura e minuciosa, pelos policiais civis que realizaram a diligência no local, conhecido como ponto de tráfico no Bairro Riveira. (Apelação Crime Nº70070816897, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 28/09/2016).

Percebe-se pela análise dos acórdãos que a apreensão do acusado com droga e variado numerário em dinheiro (de pequenos valores) é suficiente para comprovar a traficância. Já a apreensão de dinheiro em notas de alto valor não caracteriza a diversidade típica do delito de tráfico de drogas.

#### 4.7 CRITÉRIO: APREENSÃO DE BALANÇA DE PRECISÃO E OUTROS MATERIAIS

Dos 31 acórdãos analisados 6 deles citam a apreensão de uma balança de precisão, bem como materiais típicos para embalar as drogas para tipificar o caso como sendo tráfico de drogas, materiais característicos para comercialização de entorpecentes. Vale salientar que tal critério não está previsto no §2º do art. 28 da Lei de Drogas.

No acórdão nº. 70070962865, supramencionado, o Relator Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto se utiliza da apreensão dos materiais para embalar a droga e da balança de precisão para relacionar com o tráfico de drogas, no caso, a comercialização.

(...) A duas, porquanto foram apreendidos petrechos estritamente relacionados à comercialização, como os vinte e nove invólucros plásticos e uma balança de precisão. (...) Não prospera, portanto, a pretensão defensiva de ver desclassificada a infração de tráfico de drogas para a de posse de entorpecentes para uso próprio. (Apelação Crime Nº70070962865, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 28/09/2016).

No acórdão nº. 70057638645, citado anteriormente neste trabalho, o Relator Julio Cesar Finger se utiliza, além da grande quantidade de drogas apreendidas, a apreensão de uma balança de precisão como determinante para o enquadramento no delito de tráfico de drogas, sendo a droga apreendida com o réu destinada a terceiros e não para consumo próprio.

A destinação a terceiros está evidenciada pela quantidade de droga e pelos materiais apreendidos. A alegação do réu XXX de que a droga foi adquirida para consumo próprio e que utilizava a balança de precisão porque constantemente era enganado por traficantes da quantidade de droga que comprava não merece respaldo. Em vista disso, vai mantida a condenação do réu XXX pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. (Apelação Crime Nº 70057638645, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Julio Cesar Finger, Julgado em 24/09/2014).

No acórdão nº. 70065652307, o Relator Desembargador José Luiz John dos Santos se utiliza da apreensão da balança de precisão e materiais utilizados para o fracionamento e embalagem dos entorpecentes para caracterizar o caso como tráfico de drogas.

Os policiais militares relataram, de forma harmônica, que a prisão dos réus ocorreu após denúncia prévia de tráfico no local em que se encontravam, conhecido ponto de venda de drogas, sendo encontrado na posse deles uma expressiva quantidade de substância já fracionada para venda, além de balança de precisão e material utilizado para fracionamento e embalagem dos entorpecentes. (Apelação Crime Nº70065652307, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Luiz John dos Santos, Julgado em 14/09/2016).

Também no acórdão nº. 70069823854, o Relator Desembargador Manuel José Martinez Lucas enfatiza que a apreensão de uma balança de precisão é característico do ilícito tráfico de drogas.

Com efeito, no tocante ao ilícito de tráfico de drogas, o fato de ter sido encontrada monstruosa quantidade de crack num dos automóveis – mais de um quilograma, ou seja, na posse dos quatro réus, uma vez que nenhum a admitiu, torna incontestável o destino mercantil da substância tóxica angariada, já que, de per si, a quantidade é absolutamente incompatível com a tese de consumo pessoal. Sobre mais, junto do entorpecente foi arrecadada uma balança de precisão. (Apelação Crime Nº 70069823854, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 28/09/2016).

A apreensão de balança de precisão e drogas é sinônimo de traficância, nos acórdãos analisados. Tal instrumento é utilizado no embalo das drogas para comercialização destinada a terceiros, segundo os votos dos desembargadores.

#### 4.8 CRITÉRIO: DESEMPREGO

O critério de desemprego constou como sendo determinante em apenas um dos acórdãos dos 31 analisados. Embora não conste no §2º do art. 28 da Lei de Drogas, tal critério guarda relação com o critério “das circunstâncias sociais e pessoais” (previsto no art. 28), referindo-se às condições financeiras do agente, de como este estava vestido, se transparece ser de boa ou má índole, se o agente possui emprego e renda fixa ou se trata de mero desocupado.

No acórdão nº. 70068744275, a Desembargadora Rosaura Marques Borba, Revisora e Redatora, se utiliza do argumento que o réu por não estar trabalhando de carteira assinada desde tal data estaria utilizando da traficância como sustento.

Ademais, importante referir que na carteira de trabalho do acusado consta que seu último emprego é datado de 15/04/2014, fato que autoriza concluir que utilizava o transporte de drogas para seu sustento. (Apelação Crime Nº 70068744275, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Revisora e Redatora Rosaura Marques Borba, Julgado em 25/08/2016).

Conforme ensina Luiz Flávio Gomes o *modus vivendi* do agente (ele vive do quê) é um dado bastante expressivo. Qual a sua fonte de receita? Qual a sua profissão? Trabalha onde? Quais sinais exteriores de riqueza apresenta? Tudo isso conta para a correta definição jurídica do fato.<sup>110</sup>

O desemprego utilizado como prova do tráfico está associado a uma questão de ordem social que envolve a seletividade na abordagem do critério das circunstâncias sociais e pessoais previsto no §2º do art. 28 da Lei de Drogas.

#### 4.9 CRITÉRIO: AUSÊNCIA DE PETRECHOS

Também a ausência de petrechos foi usada como critério apenas em um dos acórdãos analisado. Tal critério também não está elencado no art. 28, §2º da Lei de Drogas.

No acórdão nº. 70066992777, o Desembargador Julio Cesar Finger, em seu voto, apresenta alguns critérios que utilizou no caso para argumentar que seria caso de traficância,

<sup>110</sup> GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: Lei n. 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 174.

mesmo o acusado declarando em seu interrogatório que era usuário de cocaína e crack e que teria comprado o valor de um salário em crack e guardado em sua residência para consumo.

Assim sendo, insta constatar que as circunstâncias apontam, efetivamente, para a prática da traficância. Há abundância de elementos a demonstrar que a droga seria destinada à mercancia: a) denúncia de venda de drogas no local; b) campana policial que visualizou movimentação típica de tráfico de drogas; c) quantidade de droga apreendida – 63 pedras de crack pesando 11,64 gramas; d) ausência de petrechos utilizados para consumo da droga. (Apelação Crime Nº 70066992777, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 14/09/2016).

Ora, percebe-se que a ausência de petrechos utilizados para o consumo de droga é utilizada como critérios para classificar o caso como sendo de traficância e não consumo próprio de drogas.

#### 4.10 CRITÉRIO: ANTECEDENTES DO AGENTE

Dos 31 acórdãos analisados, 21 deles houve condenação, desses 21, 15 deles os réus são reincidentes e 11 são réus primários. Os antecedentes do agente é critério previsto no art. 28, §2º da Lei de Drogas.

Importante salientar que maus antecedentes não se confunde com reincidência: há 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, previsão do art. 63 do Código Penal. Os maus antecedentes, no entanto, são considerados ainda que não haja trânsito em julgado. Os maus antecedentes são levados em consideração já na primeira fase de aplicação da pena, art. 59 do Código Penal, enquanto que a reincidência é agravante genérica, prevista no art. 61 do Código Penal, a ser considerada na segunda fase de aplicação da pena.

Nesse sentido o acórdão nº. 70023108368 o Relator Desembargador José Antônio Cidade Pitrez afirma que que são distintas as ideias de bons antecedentes e primariedade do réu.

Tal vetorial pode basear-se, sim, em inquéritos em andamento e em ações penais sem sentença condenatória transitada em julgado, ao contrário do que sustenta o recorrente. Uma vez que são distintas as ideias de bons antecedentes e de primariedade do réu, configuram maus antecedentes os diversos inquéritos indicados na certidão de fls. 39/41. (Apelação Crime Nº 70023108368, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Antônio Cidade Pitrez, julgado em 10/04/20108).

No acórdão nº. 70063771711, o Des. José Luiz John dos Santos, em seu voto, se utiliza dos antecedentes do réu para absolve-lo com base no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, ou seja, não existem provas suficientes para condenação.

O réu manteve sua versão, de forma coerente, tendo afirmado que é usuário de maconha há bastante tempo, fato que é confirmado pela sua certidão de antecedentes, onde constam dois termos circunstanciados pela prática do delito de posse de drogas para consumo pessoal e, em relação ao processo nº 041/2.11.0002181-7, em que denunciado pela suposta prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico, restou absolvido pela insuficiência de provas, estando o feito, atualmente, baixado, conforme informações obtidas através da consulta processual no site desta Corte.

Destaco, ainda, que o acusado registra seis ocorrências por posse de entorpecentes, duas quando adolescente, conforme lista de ocorrências retirada do sistema Consultas Integradas e anexada a contracapa dos autos. (Apelação Crime Nº 70063771711, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 26/10/2016).

Quando explorados os critérios dos antecedentes, Alexandre Bizzotto defende que “somente se houver condenação penal irrecorrível em fatos ligados ao tráfico de drogas é que os antecedentes podem servir de indicador contrário ao consumo e, mesmo assim, desde que haja coerência com os demais elementos de informação colhidos”.<sup>111</sup>

O critério de antecedentes do agente pouco é usado como critério nos acórdãos analisados pelo Desembargadores do Estado do Rio Grande do Sul, em geral os antecedentes constam na dosimetria da pena, mas não para tipificar se é o caso de posse ou tráfico de drogas.

#### 4.11 DEPOIMENTO DOS POLICIAIS

Pela análise dos acórdãos percebe-se que as prisões em flagrante por tráfico de drogas têm apenas um tipo de testemunha: os policiais que participaram da operação. O problema é que prender e condenar com base, principalmente, em depoimentos de agentes viola o contraditório e a ampla defesa, tornando quase impossível a absolvição de um acusado, como é visto pela leitura dos acórdãos.

Conforme consta no acórdão nº. 70023108368, o Relator Desembargador José Antônio Cidade Pitrez entende que seria incoerente em desacreditar o depoimento dos policiais.

Nesse contexto, firma a jurisprudência gaúcha elogiável entendimento acerca da incoerência em desacreditar, quando da etapa judicial, o testemunho compromissado daqueles que conduziram o agente em flagrante delito. (Apelação Crime Nº 70023108368, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Antônio Cidade Pitrez, julgado em 10/04/20108).

Nesse norte:

<sup>111</sup> BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia De Brito; QUEIROZ. **Comentários críticos à Lei de Drogas**. 3. ed. São Paulo: Lumen, 2010. p. 82.

EMENTA: TÓXICO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. 2. CONDENAÇÃO DOS RÉUS EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PROVA TESTEMUNHAL SEGURA A APONTAR A RESPONSABILIDADE DOS ACUSADOS NO COMETIMENTO DO CRIME GRAVE. 3. **COM REFERÊNCIA A DEPOIMENTO DOS POLICIAIS ENVOLVIDOS NO FLAGRANTE, NÃO SERIA LÓGICO DAR CREDIBILIDADE A POLICIAIS PARA PROMOVEREM PRISÕES E FLAGRANTES E, AO DEPOIS, DESCONSIDERAR OU NEGAR O CRÉDITO DE SEUS TESTEMUNHOS, EM JUÍZO, SEM NENHUMA BASE CONCRETA QUE JUSTIFIQUE TAL DESCONFIANÇA.** [...] Deram provimento ao apelo do ministério público e julgaram prejudicado o recurso da defesa. (Apelação Crime Nº 70015596901, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 23/08/2006).

EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CONDENAÇÃO. [...] NEGATIVA DE AUTORIA QUANTO AO TRÁFICO. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO, COM A ABSOLVIÇÃO QUANTO A ESTA POR NÃO SER PUNÍVEL A AUTOLESÃO. [...] Ademais, os policiais presenciaram quanto o réu tentou se desfazer da droga, arremessando-a longe, quando percebeu a movimentação policial, com a intenção, quiçá, de não ser pego em flagrante em posse de dita substância. Conforme já tantas vezes tem sido elucidado junto a esta Câmara, desnecessário questionar-se quanto a que se configure ou não a finalidade mercantil de ter e entregar a substância entorpecente, partindo-se das inúmeras condutas ilícitas sob esse espectro encampadas no artigo 12 da Lei 6.368/76. Por outro lado, as declarações prestadas pelos policiais não podem ser desconsideradas, uma vez que elas encontram consonância com o conjunto probatório. **Ademais, descabe negar crédito a esses depoimentos sem nenhuma justificativa plausível, até porque são funcionários públicos pagos e treinados pelo próprio Estado que lhes atribui a função de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio dos órgãos arrolados no artigo 144 da Constituição Federal.** Além disso, convém lembrar, que ditos depoimentos foram prestados na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Apelação parcialmente provida. (Apelação Crime Nº 70013554324, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 04/05/2006).

No acórdão nº. 70070534300, o Desembargador Luiz Mello Guimarães, em seu voto, defende que os depoimentos de policiais servem como meio de prova para sustentar a condenação, já que seria incoerente presumir que referidos agentes teriam algum interesse em prejudicar inocentes.

Acrescento que compartilho do entendimento majoritário relativamente à validade dos depoimentos de policiais como meio de prova para sustentar condenação, uma vez que seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes. Nesse passo, para afastar a presumida idoneidade dos policiais acima referidos (ou ao menos suscitar dúvida, que já favoreceria o réu), seria preciso que se constatasse importantes contradições em seus relatos, ou que estivesse demonstrada alguma desavença com o acusado, seria o bastante para torná-los suspeitos; e, no caso em questão, nada disso foi minimamente demonstrado nos autos. (Apelação Crime Nº 70070534300, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Luiz Mello Guimarães, Julgado em 27/10/2016).

No acórdão nº. 70068677251, o Relator Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima, em seu voto, afirma que os relatos dos policiais não podem ser desconsiderados sem que tenha sido demonstrada qualquer divergência entre eles.

De mais a mais, os relatos dos policiais, prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não podem ser desconsiderados, como pretende a defesa, sem que tenha sido demonstrada qualquer divergência entre eles ou eventual animosidade dos agentes em relação ao réu, na medida em que a Constituição Federal (art. 144, §5º) lhes atribui a função de manter a ordem e o bem estar social, não sendo crível que deliberadamente resolvessem imputar a um indivíduo conduta cujas consequências sejam tão danosas. (Apelação Crime Nº70068677251, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 15/09/2016).

O Desembargador Marcel Esquivel Hoppe, no acórdão nº. 70032473027 entende que sendo o depoimento dos policiais militares de forma segura e coerente e o réu confessado a posse de drogas são provas suficientes para sua condenação. No caso em questão, o réu foi condenado pelo delito de posse de drogas, previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

Quanto à autoria, esta é certa e determinada na pessoa do réu, vez que foi preso em flagrante na posse da droga descrita na peça acusatória. Ainda, esse confessou que possuía as drogas. Os policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do réu relataram de forma segura e coerente a prática da conduta delituosa por parte do réu. Assim, a prova colhida ao longo do processo é suficiente para embasar um decreto condenatório, não havendo que se falar em absolvição. (Apelação Crime Nº 70032473027, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 09/12/2009).

No acórdão nº. 70070646625, no voto do Desembargador e Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, ele entende que o indivíduo que é surpreendido pela Brigada Militar com uma quantidade grande de drogas atribui a imputação a enxerto feito pelos agentes policiais, já que não poderia alegar posse para consumo próprio, tendo em vista a quantidade apreendida, no caso 32 porções de maconha pesando aproximadamente 34 gramas, 01 porção de maconha pesando aproximadamente 02 gramas, 150 pedras de crack pesando aproximadamente 21 gramas, 100 porções de maconha pesando aproximadamente 110 gramas.

Situa-se o caso presente, em verdade, entre aqueles em que indivíduo, surpreendido pela guarnição da Brigada Militar, tendo em seu poder a droga, não podendo alegar posse para consumo próprio, dada a quantidade da substância entorpecente, atribui a imputação a enxerto feito pelos agentes policiais, produzindo versão inverossímil, como se agentes policiais se dispusessem a, graciosamente, incriminar pessoa a quem nem sequer conheciam, e dispusessem, para tanto, de cem porções de maconha, com peso aproximado de 110 gramas, o que contraria a lógica e o bom senso. (Apelação Crime Nº 70070646625, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 28/09/2016).

Nesse mesmo sentido o acórdão nº. 70063771711 do Relator Desembargador José Luiz John dos Santos:

Ressalto que o relato dos policiais não pode ser havido com restrições, muito menos negada credibilidade ao seu testemunho, todavia, in casu, tenho que, mesmo diante da palavra dos milicianos, não ficou evidenciada a intenção do denunciado de

comercializar ou entregar a consumo, ainda que gratuitamente, entorpecentes. (Apelação Crime Nº 70063771711, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Luiz John dos Santos, Julgado em 26/10/2016).

A análise das decisões evidenciou que os acórdãos condenatórios referentes ao crime de tráfico de drogas têm como um dos fundamentos os depoimentos dos policiais, sendo que os depoimentos foram utilizados para formar a convicção dos desembargadores ou serviram como suporte para comprovação da mercancia.

#### 4.12 PORTE DE ARMA

Com a análise dos acórdãos se visualiza que em muitos dos flagrantes o acusado é preso não somente em posse de drogas, mas também com armas. Dos 31 acórdãos analisados, em 9 deles há também a denúncia por porte de arma pelos art. 12, art. 14 e art. 16 Lei nº 10.826/03.

Percebe-se que nos acórdãos analisados, os réus são condenados não somente pelo tráfico de drogas, previstos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, mas também pelo artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Podendo ser um dos critérios adotados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na diferenciação de usuário e traficante.

Vale salientar que a defesa, em geral, alega em relação ao porte de arma, que a conduta do réu é atípica, em face da ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado (segurança pública); porém, nos votos os desembargadores, declaram que tal tese não prospera. No acórdão nº. 70070685235, o Desembargador Jayme Weingartner Neto, Relator, em seu voto, argumenta que o tipo imputado ao acusado é crime de perigo abstrato, não se exigindo a efetiva lesão, tampouco o perigo em concreto de lesão ao bem jurídico protegido pela norma, de modo que o delito estará consumado com a mera conduta descrita no tipo previsto.

Nesse mesmo sentido no acórdão nº. 70070029608, o Desembargador e Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, em seu voto, afirma que o crime previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas, não é caracterizada pela venda, tão-somente, bastando que os elementos probatórios coligidos evidenciem tal propósito de mercancia e relaciona a apreensão de armas de fogo e quantidade de drogas diversas para justificar a tipificação de tráfico de drogas.

De outra banda, a infração de que trata a regra contida no art. 33, caput, da Lei Antidrogas, não é caracterizada pela venda, tão-somente, resultando incriminadas diversas outras condutas, como a de simplesmente levar consigo ou ter em depósito a substância entorpecente, desde que com tal propósito, desimportando tenham sido os agentes – ou não – flagrados realizando o comércio, bastando que os elementos

probatórios coligidos evidenciem tal intento, como ocorre na hipótese vertente, onde os acusados, abordados em razão de informações dando conta do depósito de substâncias entorpecentes, armas de fogo e veículos, dispunham de vultosa quantidade de drogas diversas (crack e cocaína – talvez as mais nocivas delas), revelando-se incontestável o propósito de mercancia.. (Apelação Crime Nº 70070029608, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 28/09/2016).

No acórdão nº. 70067061291, mesmo com apelação do Ministério Público para condenar o réu, sua absolvição foi mantida. Importante citar tal acórdão, uma vez que o acusado é denunciado pelo art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, mas também pelo artigo 12, *caput*, da Lei nº 10.826/03, posse irregular de arma de fogo de uso permitido. O Desembargador Julio Cesar Finger, Relator, em seu voto declara que no caso vertente, a prova fora imprecisa e pautada quase que exclusivamente no fato de ter sido apreendida droga e ser o acusado alvo de investigação policial, o que não se mostra suficiente para fins de caracterização do crime do art. 33 da Lei 11.343/06, entendendo ser o caso de desclassificação.

Ensino, por exemplo, de Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

Maldosamente, o legislador estabeleceu os critérios de avaliação da conduta do usuário e não do traficante, o que pode autorizar aos afoitos à conclusão de que, se não ficou provado que a droga se destinava para consumo, então a conduta será tráfico. Não é bem assim.

Observamos que a Lei nº 11.343/2006 não inverteu o ônus da prova. Se o órgão acusador afirmar que a droga que o réu trazia consigo se destinava para tráfico, terá que fazer a comprovação, conforme veremos mais adiante, no estudo da sentença desclassificatória. Não havendo esta prova, haverá desclassificação para uso, porque se trata de tipo penal congruente, isto é, o mesmo verbo nuclear consta em dois tipos penais: um com pena elevada, 5 a 15 anos, e outro com penas restritivas de direitos. A prova incumbe a quem alega. Se a acusação afirma que se trata de tráfico, então caber-lhe-á o ônus da prova. Se o verbo nuclear empregado pelo Ministério Público na denúncia por tráfico for congruente como art. 28 (uso pessoal), caberá ao acusador a prova da traficância. Não é ônus do acusado, que afirma tratar-se de droga para consumo pessoal, fazer esta prova. Se o acusador não fez prova da traficância, haverá desclassificação ou absolvição, conforme se tratar de verbo nuclear congruente ou não<sup>112</sup>.

Por sua vez, no acórdão nº. 70068127356, da 4ª Câmara Criminal, embora o réu tenha sido condenado pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 14, caput, da Lei nº 10.826/03, não fora relacionado o porte de armas com a traficância, uma vez que o réu foi condenado pelo porte de droga previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

Acordam os Magistrados integrantes da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, rejeitadas as preliminares, e, por maioria, dar parcial provimento ao apelo para reduzir a pena do delito de porte ilegal de arma de

<sup>112</sup> THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010. p. 51-2.

fogo para 02 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 10 dias-multa, à razão mínima, e para manter a condenação quanto ao porte de droga, vencido nesta parte o Dr. Mauro Borba, que absolvía.(Apelação Crime Nº 70068127356, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 29/09/2016).

Logo, percebe-se que o porte de armas está, muitas vezes, diretamente associado ao tráfico de drogas, uma vez que a ilegalidade da comercialização de substâncias ilícitas demanda uma elevada militarização dos grupos de traficantes.

#### 4.13 O TRÁFICO DE DROGAS E O SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL E NO RIO GRANDE DO SUL

Há mais de um século o mundo vem tentando erradicar os entorpecentes, com resultados pouco expressivos. A chamada guerra às drogas aumentou os lucros de traficantes, a violência e o número de presos, sem, contudo, reduzir o consumo dessas substâncias. A Organização das Nações Unidas estima que em 2015, cerca de 250 milhões de pessoas usavam drogas. Dessas, cerca de 29,5 milhões de pessoas - ou 0,6% da população adulta global - usam drogas de forma problemática e apresentam transtornos relacionados ao consumo de drogas, incluindo a dependência.<sup>113</sup>

Em junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90, conforme gráfico abaixo.

Gráfico 4. Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016<sup>114</sup>



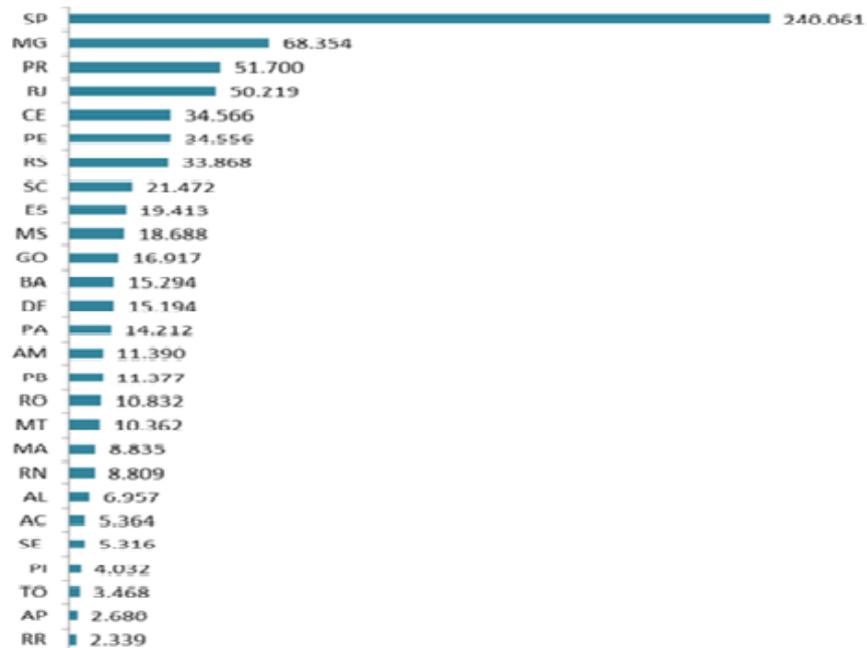
Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

<sup>113</sup> Relatório Mundial sobre Drogas 2017. UNODC aponta que cerca de 29,5 milhões de pessoas em todo o mundo sofrem de transtornos provocados pelo uso de drogas. UNODC. Disponível em: <[http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2017/06/cerca-de-29-5-milhes-de-pessoas-em-todo-o-mundo-sofrem-de-transtornos-provoados-pelo-uso-de-drogas--os-opioides-so-os-mais-prejudiciais\\_-aponta-relatorio-mundial-sobre-drogas-2017-do-unodc.html](http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2017/06/cerca-de-29-5-milhes-de-pessoas-em-todo-o-mundo-sofrem-de-transtornos-provoados-pelo-uso-de-drogas--os-opioides-so-os-mais-prejudiciais_-aponta-relatorio-mundial-sobre-drogas-2017-do-unodc.html)>. Acesso em: 15 out. 2018.

<sup>114</sup> Santos, Thandara; Rosa, Marlene Inês da. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Brasília, jun. 2016. p. 9. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2018.

O número de pessoas privadas de liberdade varia significativamente entre as diferentes unidades da Federação, conforme apresentado no gráfico 5. O Estado do Rio Grande do Sul concentra 4,6 % de toda a população prisional do país, com 33.868 pessoas presas.

Gráfico 5. População prisional no Brasil por Unidade da Federação<sup>115</sup>

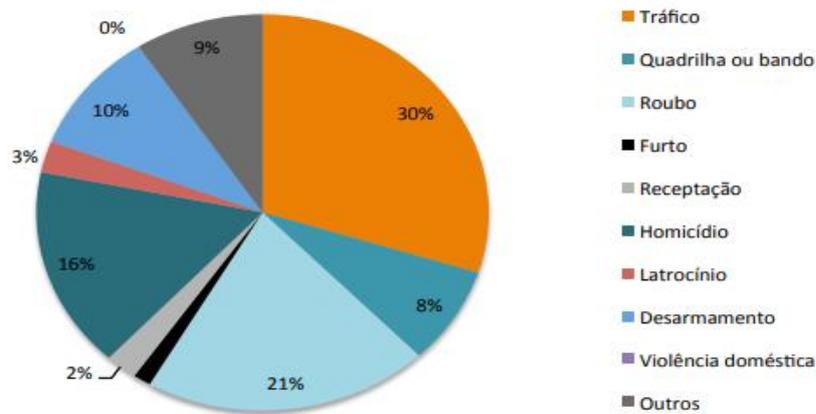


Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Em relação à distribuição dos crimes tentados ou consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade nas unidades do Sistema Penitenciário Federal, destaca-se o tráfico de drogas que corresponde a 30% dos registros das pessoas presas em junho de 2016, conforme gráfico abaixo.

<sup>115</sup> Santos, Thandara; Rosa, Marlene Inês da. Levantamento nacional de informações penitenciárias: **INFOPEN**. Brasília, jun. 2016. p. 10. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2018.

Gráfico 6. Distribuição dos crimes tentados e consumados entre os registros das pessoas presas no sistema federal<sup>116</sup>



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Com as mudanças advindas da Lei 11.343/2006, imaginava-se que o número de pessoas presas diminuiria, uma vez que o usuário não seria mais punido com pena de prisão. Entretanto, o que se viu nos últimos anos foi exatamente o movimento contrário, um aumento do número de presos por tráfico de drogas após 2006. As prisões por tráfico de drogas aumentaram na vigência da nova lei e a proporção de presos por tráfico em relação aos outros crimes cometidos vem crescendo neste mesmo período. Em 2006, o sistema penitenciário brasileiro contava com 47.472 pessoas presas por tráfico no país. Já em 2011, registrou-se 125.744 presos por esta razão.<sup>117</sup>

Relacionado a esses dados o balanço dos dados estatísticos do primeiro quadrimestre de 2018 da Polícia Civil no Estado do Rio Grande do Sul aponta diversos incrementos com relação ao mesmo período do ano anterior. Destaca-se, no tocante às drogas, que houve aumento de 108,26% na apreensão de maconha, 272,24% na de cocaína, 183,61% no crack e 282,96% no ecstasy.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> Santos, Thandara; Rosa, Marlene Inês da. Levantamento nacional de informações penitenciárias: **INFOPEN**. Brasília, jun. 2016. p. 62. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2018.

<sup>117</sup> SALLA, Fernanda; JESUS, Maria Gorete Marques de; ROCHA, Thiago Thadeu. Relato de uma pesquisa sobre a Lei 11.343/2006. **Instituto brasileiro de ciências criminais**, 2011/2012. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4742-Relato-de-uma-pesquisa-sobre-a-Lei-113432006](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4742-Relato-de-uma-pesquisa-sobre-a-Lei-113432006)>. Acesso em: 20 out. 2018.

<sup>118</sup> Polícia Civil divulga balanço dos dados estatísticos. Divisão de Planejamento e Coordenação, **DIPLANCO – PCRS**. IPs com data do fato de 2015 a 2018. 212 maio 2018. Disponível em: <<http://www.policiacivil.rs.gov.br/conteudo/49251/policia-civil-divulga-balanco-dos-dados-estatisticos>>. Acesso em: 20 out. 2018.

No Rio Grande do Sul, conforme os dados do levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – de junho de 2014, verifica-se que 49,7% das pessoas presas respondem por crimes relacionados à lei de entorpecentes.<sup>119</sup>

<sup>119</sup> MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. Levantamento nacional de informações penitenciárias: **INFOPEN**. Brasília, jun. 2014. p. 71. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

## 5 CONCLUSÃO

Em síntese de tudo que foi exposto no trabalho de pesquisa, conclui-se que a Lei 11.343/2006 trouxe uma grande discussão quanto à tipificação do agente como usuário ou traficante. Essa discussão se deu por conta do §2º do artigo 28 da referida Lei, que elenca os critérios que deverão ser utilizados pelo magistrado para tipificar a conduta praticada pelo sujeito. Embora a Lei de Drogas tenha feito a distinção entre usuários e traficantes, os acórdãos apontam que, na prática, a aplicação da Lei não é tão clara. Isso porque o critério que separa usuários de traficantes é subjetivo. É necessário se levar em conta, por exemplo, a “natureza” e a “quantidade da substância apreendida”, o que varia muito de acordo com cada decisão.

Logo, percebe-se que os usuários flagrados na posse de drogas continuam sujeitos ao arbítrio da polícia na prisão em flagrante (e depois, ao arbítrio do juiz), pela falta de critério legal para determinar se a droga apreendida era destinada ao consumo ou ao tráfico. Os critérios estabelecidos na Lei de Drogas são extremamente genéricos e bastante subjetivos, de modo que não impedem os desvios de finalidade, conforme demonstrado pelos acórdãos analisados.

Além disso, restou demonstrado que a semelhança de algumas condutas delitivas presentes nos artigos 28 e 33 da referida lei acarretam para os aplicadores do direito uma tormentosa tarefa em diferenciar no caso concreto o correto enquadramento penal das figuras envolvidas com o tráfico e o consumo de drogas ilícitas. A análise dos acórdãos demonstra que os Desembargadores em seus votos se utilizam de critérios diferentes daqueles previsto no §2º do art. 28 da Lei de Drogas, como a questão da apreensão de balança de precisão, dinheiro fracionado, falta de apetrechos para consumo pessoal, entre outros.

É notório o aumento do encarceramento no Brasil pelas condutas descritas como tráfico de droga, a partir da vigência da Lei 11.343/2006, possivelmente causada pela ausência de critérios claros que forneçam ao juiz no caso concreto meios de distinguir corretamente o usuário do verdadeiro traficante de drogas, o que acaba levando a uma errada aplicação da lei penal.

A partir da análise dos acórdãos, percebeu-se que a implementação da política proibicionista ao longo da história aliada ao descuido do legislador em não delimitar objetivamente o tipo penal de tráfico de drogas resultou em práticas arbitrárias tanto por parte do judiciário quanto por parte de policiais, práticas essas que provocaram e ainda provocam danos à sociedade. Ainda mais quando se percebe certa seletividade do sistema penal na

aplicação da lei, priorizando a prisão de “microtraficantes”, muitos dos quais podem ser, na verdade, usuários presos injustamente.

Outro fato relevante que se conclui é que boa parte do judiciário gaúcho privilegia uma interpretação punitivista da Lei de Drogas, apesar de reiteradas decisões dos Tribunais Superiores procurando adequar a legislação criminal às garantias da Constituição. Enquanto nas instâncias inferiores a subjetividade da lei leva ao aumento do encarceramento de pessoas acusadas ou condenadas por tráfico, no Supremo há um debate sobre a sua flexibilização.

Logo, é necessário uma discussão urgente de critérios mais claros na distinção entre usuário e traficantes de drogas, haja vista que 30% dos presos do Brasil estão relacionados com o crime de tráfico de drogas, ou seja, a repressão por si só é incapaz de resolver o problema dos crimes de drogas. Combinado a isso está o aumento vertiginoso após o advento da Lei nº 11.343/2006, a qual pode estar sendo interpretada de forma incorreta.

## REFERÊNCIAS

2ª Turma encerra ações penais sobre importação de pequena quantidade de sementes de maconha. **Notícias STF**, Supremo Tribunal Federal, Brasília, 11 set. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389379>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentário Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia De Brito; QUEIROZ. **Comentários críticos à Lei de Drogas**. 3. ed. São Paulo: Lumen, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 30 set. 2018.

BRASIL. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964. **Convenção Única sobre Entorpecentes**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 159, de 10 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-159-10-fevereiro-1967-373406-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968. **Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm)>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Lei n, 10.409, de 11 de janeiro de 2002. **Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm)>. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976. **Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 7.134, de 2002. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. **Senado.** Comissão Mista - Arts. 142/143 do Regimento Comum. PLS n. 115, de 2002. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=197242&filename=Tramitacao-PL+7134/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=197242&filename=Tramitacao-PL+7134/2002)>. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1581713/RS. Relatório: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma. Brasília, 23 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1637113/SP, 5ª Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 06 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 115.151-SP. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 02 out. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 17956/SP. Relator: Ministro Vicente Leal. Brasília, 03 dez. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 350.996/RJ, Terceira Seção. Relator: Nefi Cordeiro. Brasília, 24 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.556.186-SP. Relator: Ministro Ericson Maranhão. Brasília, 26 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 144.737-PR, 6ª Turma. Relator: Min. Vicente Leal. Brasília, 18 dez. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 20.743-MS, 5ª Turma. Relator: Min. Jorge Scartezini. Brasília, 20 jun. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 74420/RJ, Primeira Turma, Relator: Min. Celso Mello. Brasília, 19 dez. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Quest. ord. em recurso extraordinário 430.105-9. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal e Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Relator Min. Sepúlveda Pertence, Rio de Janeiro, 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 30 set. 2018

CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático).** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FILHO, Vicente Grego; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada: Lei nº.11.343, de 23.08.2006.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Jovem preso por pequena quantidade de droga irá responder a processo em liberdade, **Notícias STF**, Supremo Tribunal Federal, 22 fev. de 2018.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370382>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MARCÃO, Renato. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, Lei de Drogas: Anotada e Interpretada.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Charles Emil Machado; outros. **Lei de Drogas: Aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual do Direito Penal, Parte Geral.** São Paulo: Atlas, 2004.

MOURA, Tatiana Whately de; RIBEIRO, Natália Caruso Theodoro. Levantamento nacional de informações penitenciárias: **INFOPEN.** Brasília, jun. 2014. p. 71. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990. Disponível em: <<http://arquimedes.adv.br/livros100/A%20Face%20Oculta%20da%20Droga%20-%20Rosa%20del%20Imo.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018.

Piragibe, Vicente. **Consolidação da Leis Penaes:** Aprovada e adoptada pelo Decr. n. 22.213 de 14 de Dezembro de 1932. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1932. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/72115/pdf/72115.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

Polícia Civil divulga balanço dos dados estatísticos. Divisão de Planejamento e Coordenação, **DIPLANCO – PCRS.** IPs com data do fato de 2015 a 2018. 212 maio 2018. Disponível em: <<http://www.policiacivil.rs.gov.br/conteudo/49251/policia-civil-divulga-balanco-dos-dados-estatisticos>>. Acesso em: 20 out. 2018.

QUINTO, Antonio Carlos. Lei de Drogas vem Causando Lotação no Sistema Penitenciário. **Agência USP de Notícias**, São Paulo, 24 nov. 2015. Disponível em: <<https://www5.usp.br/101424/lei-de-drogas-vem-causando-lotacao-no-sistema-penitenciario/>>. Acesso em: 22 set. 2018.

Relatório Mundial sobre Drogas 2017. UNODC aponta que cerca de 29,5 milhões de pessoas em todo o mundo sofrem de transtornos provocados pelo uso de drogas. **UNODC.** Disponível em: <[http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2017/06/cerca-de-29-5-milhes-de-pessoas-em-todo-o-mundo-sofrem-de-transtornos-provocados-pelo-uso-de-drogas--os-opioides-so-os-mais-prejudiciais\\_-aponta-relatrio-mundial-sobre-drogas-2017-do-unodc.html](http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2017/06/cerca-de-29-5-milhes-de-pessoas-em-todo-o-mundo-sofrem-de-transtornos-provocados-pelo-uso-de-drogas--os-opioides-so-os-mais-prejudiciais_-aponta-relatrio-mundial-sobre-drogas-2017-do-unodc.html)>. Acesso em: 15 out. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 001/2.15.0094430-9, 9ª Vara Criminal do Foro Central de Porto Alegre. Porto Alegre, 16 jun. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 002/2.07.0001369-2, Vara Criminal da Comarca de Alegrete. Porto Alegre, 28 nov. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70013554324, Segunda Câmara Criminal. Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa. Porto Alegre, 04 maio 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70015596901, Primeira Câmara Criminal. Relator: Marcel Esquivel Hoppe. Porto Alegre, 23 ago. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70023084676, Segunda Câmara Criminal. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 10 abr. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70023108368, Segunda Câmara Criminal. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 10 abr. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70030487136, Segunda Câmara Criminal. Relatora: Laís Rogéria Alves Barbosa. Porto Alegre, 10 dez. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70032473027, Primeira Câmara Criminal. Relator: Marcel Esquivel Hoppe. Porto Alegre, 09 dez. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70034889543, Segunda Câmara Criminal. Relator: Jaime Piterman. Porto Alegre, 09 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70051788081, Terceira Câmara Criminal. Relator: João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 23 maio 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70057638645, Primeira Câmara Criminal. Relator: Julio Cesar Finger. Porto Alegre, 24 set. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70062546007, Segunda Câmara Criminal. Relator: Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre, 18 dez. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70062713243, Terceira Câmara Criminal. Relator: José Luiz John dos Santos. Porto Alegre, 31 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70063220735, Terceira Câmara Criminal. Presidente e Relator: João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 30 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70063771711, Terceira Câmara Criminal. Relator: José Luiz John dos Santos. Porto Alegre, 26 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70063889471, Terceira Câmara Criminal. Relator: José Luiz John dos Santos. Porto Alegre, 30 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70064016785, Terceira Câmara Criminal. Relator: José Luiz John dos Santos. Porto Alegre, 26 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70065652307, Terceira Câmara Criminal. Relator: José Luiz John dos Santos. Porto Alegre, 14 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70066992777, Primeira Câmara Criminal. Relator: Julio Cesar Finger. Porto Alegre, 14 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70067061291, Primeira Câmara Criminal. Relator: Julio Cesar Finger. Porto Alegre, 14 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70068127356, Quarta Câmara Criminal. Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto. Porto Alegre, 29 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70068319037, Segunda Câmara Criminal. Relator: José Ricardo Coutinho Silva. Porto Alegre, 06 dez. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70068677251, Segunda Câmara Criminal. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 15 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70068744275, Segunda Câmara Criminal. Revisora e Redatora: Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, 25 ago. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70069823854, Primeira Câmara Criminal. Relator: Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre 28 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70070029608, Primeira Câmara Criminal. Relator Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, 28 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70070534300, Segunda Câmara Criminal. Relator: Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre, 27 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70070606462, Primeira Câmara Criminal. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 14 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70070646625, Primeira Câmara Criminal. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, 28 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70070685235, Primeira Câmara Criminal. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 28 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70070816897, Primeira Câmara Criminal. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, 28 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70070920582, Primeira Câmara Criminal. Relator Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, 28 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70070962865, Primeira Câmara Criminal. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, 28 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70071456107, Primeira Câmara Criminal. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 30 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70076890771, Primeira Câmara Criminal. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 20 jun. 2018.

SALLA, Fernanda; JESUS, Maria Gorete Marques de; ROCHA, Thiago Thadeu. Relato de uma pesquisa sobre a Lei 11.343/2006. **Instituto brasileiro de ciências criminais**,

2011/2012. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4742-Relato-de-uma-pesquisa-sobre-a-Lei-113432006](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4742-Relato-de-uma-pesquisa-sobre-a-Lei-113432006)>. Acesso em: 20 out. 2018.

Santos, Thandara; Rosa, Marlene Inês da. Levantamento nacional de informações penitenciárias: **INFOPEN**. Brasília, jun. 2016. p. 9. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2018.

THUMS, Gilberto e PACHECO, Vilmar. Nova Lei de Drogas: Crimes, Investigação e Processo. 3. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010.

Universidade de Coimbra. **Ordenações Filipinas**. Livro 5 tit. 88/89/90. Das caças e pescarias defesas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1240.htm>>. Acesso em: 22 set. 2018.

Vitto, Renato Campos de; Santos Thandara. Levantamento nacional de informações penitenciárias: **INFOPEN**. Brasília, dez. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal**: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.