

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**TRAFICANTE OU USUÁRIO: UMA ANÁLISE SOBRE A
DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS ARTS. 33 E 28 DA LEI 11.343/06 E OS
CRITÉRIOS DE DESCLASSIFICAÇÃO NAS DECISÕES DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO**

LAIZ LOHANE LUCIDO NUNES E SILVA

Rio de Janeiro

2023.1

LAIZ LOHANE LUCINDO NUNES E SILVA

TRAFICANTE OU USUÁRIO: UMA ANÁLISE SOBRE A DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS
ARTS. 33 E 28 DA LEI 11.343/06 E OS CRITÉRIOS DE DESCLASSIFICAÇÃO NAS
DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Cezar Augusto Rodrigues Costa.

Rio de Janeiro

2023.1

CIP - Catalogação na Publicação

S586t Silva, Laiz Lohane Lucindo Nunes e
Traficante ou usuário: Uma análise sobre a diferenciação entre os arts. 33 e 28 da Lei 11.343/06 e os critérios de desclassificação nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro / Laiz Lohane Lucindo Nunes e Silva. -- Rio de Janeiro, 2023.
80 f.

Orientador: Cezar Augusto Rodrigues Costa. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Lei de Drogas. 2. Tráfico de drogas. 3. Uso de drogas. 4. Diferenciação. 5. Pesquisa jurisprudencial. I. Costa, Cezar Augusto Rodrigues. II. Título.

LAIZ LOHANE LUCNIDO NUNES E SILVA

TRAFICANTE OU USUÁRIO: UMA ANÁLISE SOBRE A DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS
ARTS. 33 E 28 DA LEI 11.343/06 E OS CRITÉRIOS DE DESCLASSIFICAÇÃO NAS
DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Cezar Augusto Rodrigues Costa.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Cezar Augusto Rodrigues Costa.

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2023.1

AGRADECIMENTOS

O meu maior agradecimento vai para o meus pais, os maiores responsáveis por esse momento, que tanto me instigaram a ser melhor a cada dia e que acreditaram que eu seria capaz. Gostaria de agradecer à minha mãe, Vanusa Lucindo da Silva, por estar sempre ao meu lado, por me fazer sorrir todos os dias e por não me deixar esquecer que caráter, educação e bondade são norteadores do conhecimento.

Ao meu pai, Paulo Henrique Ferreira da Silva, obrigada por me motivar e enxergar em mim a capacidade de pisar em lugares onde nossa família nunca pisou. Obrigada por me fazer enxergar prazer e felicidade no conhecimento e por ser o maior exemplo de que o esforço e a dedicação superam qualquer dificuldade.

Agradeço também à minha irmã, Luiza Marques Lucindo Ferreira da Silva, por me ensinar tanto todos os dias sobre superação e resiliência, por me ensinar que o pouco é muito, poucas palavras podem dizer tanto e um gesto de carinho pode significar muito.

Tenho total gratidão a minha imensa família, aqui incluindo, minhas tias, meus primos e primas. Obrigada pelo carinho, pelo zelo, pelos conselhos, pela paciência, pela alegria e pela grande rede de apoio que todos foram nos momentos mais necessitados. Obrigada, família, por serem minha maior fraqueza e, ao mesmo tempo, minha maior força para seguir. Muito obrigada por fazerem parte e comemorarem minhas vitórias.

Obrigada aos meus amigos, que nos momentos difíceis, me fizeram enxergar possibilidades, e nos momentos felizes, me fizeram celebrar estar aqui. Coleciono amizades preciosas, é a família que eu escolhi cuidadosamente. Agradeço por estarem comigo, por se preocuparem, por me apoiarem e dividirem essa estrada do conhecimento. Um especial agradecimento a Cássia Azevedo Clésio, minha grande amiga e aliada. Muito obrigada por tudo. Ao CTS & Associadas, obrigada por serem vocês.

Agradeço também ao meu orientador, professor Cezar Augusto Rodrigues Costa, pela paciência e compreensão nesse momento tão intenso e turbulento que foi a finalização da graduação.

Muito obrigada a todos.

RESUMO

O Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo e, conforme os dados de prisão no país, a segunda maior incidência por tipo penal está relacionada aos crimes da Lei 11.343/06. A Lei de Drogas estabelece nos seus artigos 28 e 33 os respectivos crimes de uso pessoal de drogas e tráfico, contudo, diante da semelhança entre as criminalizações, o legislador previu no § 2º do artigo 28 alguns critérios para distinguir o traficante do usuário no caso concreto. Mesmo assim, as características previstas são conceitos abertos e poucos objetivos, de modo que a diferenciação de crimes, na prática, se dá por meio da interpretação judicial. Dessa forma, o presente estudo visa investigar a diferenciação entre os crimes de tráfico de drogas e porte/posse para uso pessoal de drogas. Para tanto, foi realizada análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferidas no ano de 2021, referentes aos pleitos desclassificatórios do crime de tráfico para o de uso pessoal de drogas.

Palavras-Chave: Lei de Drogas. Tráfico de drogas. Uso de drogas. Diferenciação. Pesquisa jurisprudencial. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

ABSTRACT

Brazil has the third largest prison population in the world and, according to prison data in the country, the second highest incidence by criminal type is related to the crimes of Law 11.343/06. The Drugs Law establishes in its articles 28 and 33 the respective crimes of personal drug use and trafficking, however, given the similarity between the criminalizations, the legislator provided in § 2 of article 28 some criteria to distinguish the dealer from the user in the case concrete. Even so, the expected characteristics are open concepts and few objectives, so that the differentiation of the crimes, in practice, takes place through judicial interpretation. Thus, the present study aims to investigate the differentiation between the crimes of drug trafficking and possession for personal use of drugs. To this end, an analysis was carried out of the decisions of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro, handed down in the year 2021, regarding the disqualifying claims of the crime of trafficking for the personal use of drugs

Key-words: Drug Law. Drug trafficking. Use of drug. Differentiation. Jurisprudential research. Court of Justice of Rio de Janeiro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. BREVE PANORAMA HISTÓRICO SOBRE A PROIBIÇÃO DE DROGAS NO BRASIL E NO MUNDO	10
2. A TIPICIDADE DOS CRIMES DE TRÁFICO E PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO.....	24
2.1 Artigo 28 da Lei 11.343/06: questões dogmáticas e doutrinárias	25
2.2 Artigo 33 da Lei 11.343/06: questões dogmáticas e doutrinárias.....	30
2.3 Artigo 28, §2º, da Lei nº 11.343/06: a diferenciação pelo dolo e suas complexidades ..	33
3. O LEVANTAMENTO JURISPRUDENCIAL	39
3.1 A filtragem dos julgados por matéria	40
3.2 A seleção do critério objetivo: quantidade de droga.....	42
3.3 Da construção do banco de dados	45
3.4 Dos dados obtidos	46
3.5 Da natureza e da quantidade de drogas	47
3.6 Do local da prisão em flagrante	48
3.7 Da denúncia e a tipificação da conduta	49
3.8 Da palavra policial e da utilização do Enunciado nº 70.....	50
3.9 Das circunstâncias subjetivas.....	52
3.10 Dos casos comparados	54
3.10.1 Da maconha.....	54
3.10.2 Da cocaína	56
3.10.3 Da dupla natureza da substância	59
4. A ANÁLISE QUALITATIVA: DA ARGUMENTAÇÃO JURISDICIONAL	62
4.1. Os estudos anteriores e suas conclusões	62
4.2. Considerações acerca das decisões judiciais analisadas	66
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

INTRODUÇÃO

Segundo dados do “*World Prison Brief*”, desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa de Política Criminal da Universidade de Londres, Reino Unido¹, o Brasil ocupa a terceira posição na lista das superpopulações carcerárias do mundo, permanecendo atrás apenas dos Estados Unidos e China.

A população carcerária brasileira cresceu a tal ponto que, segundo o levantamento da DEPEN (2020)², excluindo-se os números referentes às prisões domiciliares, a população privada de liberdade de 2020 aumentou em 189,02% em relação a dos anos 2000. Naquele ano, o país atingiu o marco de 667 mil pessoas encarceradas, entretanto, os estabelecimentos prisionais não acompanharam a realidade brasileira, provocando uma superlotação das unidades.

No âmbito estadual, em 2018, o Rio de Janeiro possuía 45 presídios e 33 das unidades funcionavam acima da capacidade³. E segundo os dados da DEPEN (2020), a população carcerária do estado ultrapassa em 21.678 o número de vagas, de modo que as prisões do Rio operam com 147,8% das suas capacidades estruturais. A taxa de aprisionamento do Rio de Janeiro, em 2020, atingiu 322,50 para cada 100 habitantes, enquanto a média nacional é de 317,67 (DEPEN, 2020).

Os dados de 2020 da DEPEN também mostram que os crimes relacionados à Lei nº 11.343/06 são cerca de 30% das incidências por tipo penal no Brasil, enquanto no âmbito do Rio de Janeiro, a porcentagem de incidências por tipo penal aumenta para 36%. As incidências por questão relacionada às drogas ocupa o segundo lugar no ranking de

¹ Dados disponíveis em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf

² Dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJLTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>

³ Notícia do jornal GloboNews, “RJ tem quase o dobro de presos para a capacidade do sistema penitenciário: São 51.511 presos para 28.688 mil vagas. Dos 45 presídios existentes, 33 operam acima das possibilidades”.

incidências tanto em âmbito nacional quanto estadual, sendo o primeiro lugar as incidências de crimes contra o patrimônio.

Os dados são o resultado da denominada Política de Guerra às Drogas. Ao internalizar a temática para o Brasil e proibir as drogas no país, o legislador gerou problemas de tipificação e aplicação dos tipos penais ao caso concreto. Dentre as questões analisadas no trabalho estão: a utilização de uma estrutura denominada norma penal em branco para estabelecer os crimes de tráfico e uso de drogas, a utilização do elemento subjetivo para diferenciar as condutas, bem como a definição de critérios distintivos no §2º do artigo 28 da Lei de Drogas.

A pretensão do presente trabalho, portanto, é analisar as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 2021, referentes à desclassificação do crime de tráfico para o de porte para uso pessoal de drogas. O que se pretende compreender é de qual forma o poder judiciário articula a diferenciação dos tipos penais, ou seja, perceber na rotina judiciária quais as argumentações, quais os discursos jurídicos embasam a caracterização de um crime ou de outro.

A pesquisa contou com um apanhado histórico acerca da proibição das drogas, no Brasil e no mundo, com o intuito de entender os movimentos ideológicos que cominaram na legislação vigente. Ainda, comparou os tipos penais de tráfico e uso de drogas a fim de compreender suas diferenças e semelhanças. A partir disso, as decisões do TJRJ foram selecionadas por meio do método quantitativo e registrados seus critérios em banco de dados para, só então, realizar uma análise qualitativa dos critérios judiciais de diferenciação dos delitos.

1. BREVE PANORAMA HISTÓRICO SOBRE A PROIBIÇÃO DE DROGAS NO BRASIL E NO MUNDO

As primeiras iniciativas de normatizar a questão de drogas, no Brasil, datam das Ordenações Filipinas, cuja previsão proibia a venda ou manutenção em casa da substância rosalgar⁴. Tratava-se de designação popular para o mineral constituído por sulfureto de arsênio, cuja utilização variava entre pigmento e raticida.⁵ A pena prevista para tal conduta era a perda de metade da fazenda do autor da conduta⁶.

O Código Penal de 1830 nada trazia sobre substâncias venenosas. O termo só foi retomado com a edição do Código Penal de 1890, de maneira que recebia a pena de multa a pessoa que expusesse à venda ou ministrasse substâncias venenosas fora dos padrões sanitários da época. Ainda, cabe destacar que a previsão mencionada encontrava-se inserido no “Título III – Dos Crimes Contra a Tranquilidade Pública” do diploma, parte esta destinada aos delitos contra a saúde pública.⁷

No início do século XX ocorreu a Primeira Guerra do Ópio, o conflito se deu entre o Imperador Chinês e os investidores ingleses. Tratou-se de uma guerra a favor do comércio da droga, uma vez que o líder da China pretendia interromper o comércio e proibir o uso, enquanto a economia inglesa lucrava com a produção e distribuição da substância. A divergência cominou no envio de frotas à China a fim de obter reparações pelo confisco do ópio no país que, na época, era avaliado em seis milhões de dólares⁸.

Acontece que o comércio do ópio arrecadava rendimentos expressivos para a Inglaterra, de maneira que a cessação do negocio implicaria em um déficit significativo para a balança de pagamentos do país. Contudo, o aumento do consumo de ópio nas classes mais altas da aristocracia urbana demandou novas regulamentações sobre comércio e utilização da substância. Dessa forma, foi realizada em Haia (1932) a Primeira Conferência Internacional do Ópio.

⁴ CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil, 8ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 54.

⁵ ROSALGAR. In: Dicionário Infopédia da Língua Portuguesa. Porto: Porto Editora. Disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/rosalgar>. Acesso em 09/01/ 2023.

⁶ CARVALHO, 2016, p. 555.

⁷ CARVALHO, 2016, p. 54.

⁸ BATISTA, Nilo. Política Criminal de drogas com derramamento de sangue, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 20, Revista dos Tribunais, 1997, p. 160.

No mesmo ano, o Brasil subscreveu o protocolo suplementar de assinaturas da Conferência e, em 1914, sancionou a Resolução do Congresso Nacional que aprovava a decisão ⁹. Pode-se dizer que foi a partir do Decreto 11.481 de 1915 que a política criminal de drogas no Brasil se direciona para o modelo sanitarista, modelo esse que permaneceria até 1964 ¹⁰. O termo sanitário se deve à tentativa de controle de um tráfico que se alimentava do desvio da droga de seu fluxo autorizado, considerando que as substâncias eram ofertadas no comércio ilegal por meio dos boticários, funcionários da alfândega e outros ¹¹.

Já em 1921, o Decreto legislativo 4.249 introduz a qualidade de entorpecente às consideradas “substâncias venenosas” ¹². Em momento seguinte, devido à necessidade de regulamentar as condutas, com a Consolidação das Leis Penais em 1932, são acrescentados ao artigo 159 do CP de 1890 doze condutas criminalizadas e previsão de prisão celular, bem como substituída a expressão “substância venenosa” pelo termo “substâncias entorpecentes”, densificando as condutas contra a saúde pública. A partir dessa nova disciplina, consolidou-se, no Brasil, o modelo de gestão repressiva ¹³.

Com o advento dos Decretos 780/36 e 2.953/38, bem como o ingresso brasileiro no modelo internacional de controle, ocorreu a formação do sistema repressivo na política criminal de drogas no país. Em observância à Convenção de Genebra de 1936, advém o Decreto-Lei 891/38, cujas previsões regulamentaram a produção, o tráfico e o consumo de substâncias consideradas entorpecentes ¹⁴.

Os decretos mencionados são consequência direta das sucessivas convenções internacionais sobre drogas. O modo de construção do modelo criminal brasileiro será caracterizado por uma constante internacionalização do controle, uma vez que as diretrizes desses tratados estabeleciam dever de cooperação de modo que a legislação interna do país será uma ressonância das convenções ¹⁵.

⁹ BATISTA, 1997, p. 131.

¹⁰ Ibid., p. 131.

¹¹ Ibid., p. 133.

¹² Ibid., p. 131.

¹³ CARVALHO, 2016, p. 55.

¹⁴ Ibid., p. 56.

¹⁵ BATISTA, 1997, p. 132.

Conforme defende o professor Salo de Carvalho, ainda que se possa coletar vestígios de iniciativas legislativas referentes à questão das drogas no Brasil, só é possível observar a aplicação de uma política proibicionista sistematizada no país a partir da década de 1940. Isso porque, embora promulgados diversos decretos ao longo da década de trinta, as previsões normativas eram criminalizações esparsas, sem grande sistematização¹⁶.

A partir do Código Penal de 1940 a questão das drogas ilícitas recebeu nomenclaturas como “comércio clandestino” e “facilitação de uso de entorpecentes”. Também descriminalizou o consumo de drogas e reduziu o número de verbos em comparação ao Dec. 891/38, contudo, as normatizações seguintes na década de quarenta constituíram amplo processo de descodificação, se afastando completamente da dogmática jurídico-penal em relação à matéria das drogas ilícitas.¹⁷ Isso porque nos anos seguintes, iniciou-se a aglutinação de condutas ao tipo penal, como a inclusão da conduta de cultivar – no Decreto-Lei 4.720/42 – e de plantar - na Lei 4.451/64¹⁸.

Na década de 1950 imperou o discurso ético-jurídico no âmbito internacional, que estabelecia o estereótipo moral do consumidor para justificar a necessidade do controle repressivo¹⁹. Para sua disseminação promulgou-se em Nova Iorque, em 1953, o *Protocolo para Regular o Cultivo de Papoula e o Comércio de Ópio*. Assim, embora a divulgação do discurso tenha ocorrido na década de cinquenta, somente em 1964 o Brasil passa a compor o cenário internacional de combate às drogas, com a internalização da *Convenção Única sobre Entorpecentes* por meio do Decreto 54.216/64.

Seguidamente, no âmbito dos EUA, a década de sessenta foi marcada pelo consumo de maconha e LSD associado às posturas reivindicatórias e libertárias, de maneira que a utilização dessas drogas se insere no espaço público como ferramenta de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas²⁰. Configurando o uso de drogas uma ameaça para a ordem do país, a resposta para a faceta política do uso da droga foi uma intensa produção legislativa penal.

¹⁶ CARVALHO, 2016, p. 56.

¹⁷ Ibid., p. 57.

¹⁸ BATISTA, 1997, p. 137.

¹⁹ OLMO, Rosa del. *A Face Oculta da Droga*, tradução de Teresa Ottoni, Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990, p. 30.

²⁰ CARVALHO, 2016, p. 58.

A *Convenção Única sobre Estupefacientes* (1961) é consequência direta desse contexto, que objetivou superar os limites das fronteiras nacionais a fim de globalizar a política repressiva de combate às drogas. Contudo, essa universalização do combate à delinquência produziu discursos que distavam das especificidades locais onde as substâncias entorpecentes eram produzidas, comercializadas e usadas ²¹.

Para a criação e estabelecimento dessa política de transnacionalização do combate às drogas, fez-se uso da ideologia de diferenciação para fundar o modelo médico-sanitário-jurídico de controle da matéria. A ideologia estabeleceu uma distinção entre os sujeitos consumidor e traficante, associando-os aos respectivos conceitos de dependente e delinquente. O duplo discurso sobre as drogas permitiria que ao usuário atribuísse o discurso médico-psiquiátrico, de modo que a resposta adequada seria o tratamento médico, uma vez que doente o sujeito consumidor. Em contrapartida, ao sujeito considerado traficante recairia o discurso jurídico-penal, atribuindo a ele a culpa da questão das drogas ilícitas ²².

O combate ao tráfico e uso de drogas era discutido e legitimado como “uma luta entre o bem o mal”, de maneira que o delinquente responsável pela usurpação da família (norte americana) era o traficante, gerando um pânico moral na coletividade ²³. Essa diferenciação permitiu que as substâncias entorpecentes proibidas fossem demonizadas, disseminando um medo coletivo necessário para difundir a ideia de que a toxicomania correspondia a um perigo social e econômico para a humanidade.

Com base nesse nível de generalização é que se argumentou a primordialidade de uma ação conjunta e uníssona dos países, baseada nos mesmos princípios e objetivos no combate às drogas. É nessa base discursiva que a *Convenção Única sobre Estupefacientes* de 1961 é realizada, com a intenção de que a política internacional de controle substituísse até mesmo os tratados sobre entorpecentes que já existiam ²⁴.

Após instauração da Ditadura Militar, em 1964, o Brasil passou a adequar suas normas internas aos diretivos internacionais mais rapidamente. Nesse sentido, o Brasil foi o segundo

²¹ OLMO, 1990, p. 40 e 41.

²² CARVALHO, 2016, p. 60

²³ OLMO, 1990, p. 29.

²⁴ CARVALHO, 2016, p. 61.

país no mundo a igualar aos entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física e/ou psíquica por meio da edição do Decreto-Lei 159 de 1967²⁵.

No ano seguinte, contrariando a ideologia de diferenciação internacionalmente estabelecida, publicou-se o Decreto-Lei 385/68 que, ao modificar o artigo 281 do CP, criminaliza o sujeito usuário de drogas e atribuiu à conduta a mesma pena imposta ao tráfico de drogas²⁶. Entretanto, após três anos de sua vigência, realinha-se o sistema repressivo de drogas no Brasil foi realinhado às orientações internacionais com a promulgação da Lei 5.726/71, desconsiderando o dependente como criminoso.

Frise-se que, embora o usuário não fosse criminalizado como o traficante, a Lei 5.726/71 manteve a mesma pena de privação de liberdade de 1 a 6 anos para ambos os sujeitos. Ainda que a lei tenha preservado o discurso médico-jurídico, com o estereótipo de dependência em contraposição ao estereótipo do criminoso, ela inicia o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidou efetivamente com a lei seguinte (Lei 6.368/76).

É igualmente importante destacar que, ainda no contexto da Ditadura Militar no Brasil, a Lei 5.726/71 estabeleceu em seu artigo primeiro o “*Dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes.*”. Nesse momento, a estrutura normativa trouxe a expressão “combate”, o que demonstraria a partir de então a aplicação de um modelo repressivo bélico, além de impor o dever jurídico em concordar com as normas, de modo que qualquer opinião contrária significaria uma cumplicidade moral para com as drogas²⁷.

Ocorre que, mesmo com o êxito das políticas internacionais universalizadoras do combate às drogas, tendo em vista a expressiva quantidade de países que ratificaram a *Convenção Única sobre Estupefacientes* (1971), o consumo de drogas proibidas permaneceu alto. Dessa forma, a Organização das Nações Unidas (ONU), como ferramenta de disseminação de ideologias do governo estadunidense, conduziu a opinião pública a eleger as drogas como um inimigo interno.

²⁵ CARVALHO, 2016, p. 61.

²⁶ Ibid., p. 62.

²⁷ BATISTA, 1997, p. 139.

Em razão do descontrole do consumo interno de drogas, os Estados Unidos (EUA) difundiu um discurso de culpabilização de outros países pelo consumo interno de drogas. Nesse sentido, Rosa Del Olmo (1990) atenta para a convergência do apontamento de países responsáveis pelo consumo interno de drogas, com os interesses econômicos dos EUA.

A ênfase no tratamento se explica porque não era conveniente naquele momento da guerra do Vietnã atacar os principais centros de produção, como por exemplo, a tribo dos Meo no Triângulo Dourado do Sudeste Asiático. Seus integrantes, junto com uma série de governantes da região, eram grandes colaboradores da CIA na guerra, e esta, por sua vez, apoiava o tráfico de ópio por razões de segurança⁵. Tampouco se podia atacar o crime organizado, a famosa Máfia, encarregada na época do tráfico de heroína, por suas vinculações com altos funcionários do governo. Era mais adequado responsabilizar pelo problema a China de Mao⁶, com o que também se compraziam os governos inimigos da China no Continente asiático.²⁸

Ao passo que os EUA atribui a responsabilidade pelo consumo interno de drogas ao estrangeiro, conseqüentemente, torna os seus consumidores em vítimas do comércio de drogas. Assim, a repressão deveria recair sobre os países onde a droga era produzida, enquanto os EUA tratariam dos seus consumidores como viciados e usuários a partir do estereótipo da dependência. Já aos países produtores das drogas consumidas nos EUA, recai o do estereótipo político-criminoso²⁹.

A América Latina não foi poupada da criminalização, de modo que esse discurso estadunidense afetou diretamente as políticas de segurança pública dos países latino americanos. As legislações brasileiras seguintes refletiram o discurso jurídico-político belicista, estabelecendo-o como modelo oficial da repressão no Brasil³⁰.

A institucionalização do discurso jurídico-político nos países produtores – ou, no caso do Brasil, país rota de passagem do comércio internacional –, a partir da transferência do problema doméstico dos países consumidores, redundará em instauração de modelo genocida de segurança pública, pois voltado à criação de situações de guerras internas.³¹

Dessa maneira, no Brasil, a Lei 6.368/76 não modificou significativamente as criminalizações trazidas na lei anterior, mas previu uma escala de penas diferente, o que consolidou o modelo jurídico-político no Brasil.

²⁸ OLMO, 1990, p. 41.

²⁹ Ibid., p.42.

³⁰ CARVALHO, 2016, p. 67.

³¹ Ibid., p. 67 e 68.

Assim, no plano político-criminal, a Lei 6.368/76 manteve o histórico discurso médico-jurídico com a diferenciação tradicional entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante, e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor -doente e traficante -delinquente. Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico -político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exacerbações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de 1970.³²

A grande problemática desse discurso justificador da repressão nos países responsabilizados pela produção da droga seria a demanda internacional por políticas internas, que não demonstraram qualquer preocupação com o método de aplicação e as consequências dessas políticas de combate às drogas dentro de cada país. Em outras palavras, o modelo estabelecido pelos EUA, e internalizado pelo Brasil, de diferenciar o criminoso e a vítima das drogas, deixou a mercê de cada país a responsabilidade de atribuir a rotulação de inimigo interno ao personagem mais conveniente.

Em âmbito nacional, o inimigo interno, durante a Ditadura Militar, precisou ser reformulado para se encaixar na ideologia de diferenciação. No contexto político brasileiro da época, já se operava uma política de segurança nacional baseada na ideia de eliminação do inimigo interno. O modelo repressivo militarizado estava voltado à eliminação inimigo político de ideologia subversiva e, ao advir a demanda internacional por uma política de drogas nacional, o inimigo antes subversivo passa a ser o traficante ³³.

Mesmo após a redemocratização no Brasil, toda a lógica repressiva de combate ao inimigo interno, e de fiscalização da vida se mantiveram. No contexto de combate às drogas, o controle social estruturado na violência para com os inimigos comunistas se desloca de um alvo oficial para outro sem, contudo, mudar significativamente seu *modus operandi*. Nesse sentido, Salo de Carvalho:

Desta forma, a partir do final da década de 1970 e início da década de 1980 ocorrerá a fusão de dois modelos ideológicos diferenciados (mas não dicotômicos ou exclusivos), cujo efeito será a formatação do modelo repressivo que sustentará o proibicionismo nacional. No que diz respeito à estrutura normativa, a ideia de Defesa Social permeará o imaginário legislativo, adquirindo forte impacto em sua aplicação judicial; quanto ao sistema de segurança pública, o modelo de Segurança Nacional determinará lógica militarizada, a qual será transferida às agências civis de controle do desvio punível. ³⁴

³² CARVALHO, 2016, p. 69.

³³ Ibid., p. 70.

³⁴ Ibid., p. 72.

É nesse contexto que a Lei 6.368/76 passa a vigor, na intenção de delinear melhor os estereótipos dos discursos médico-jurídico e jurídico-político. Por isso, pode-se considerar que a norma consolidou o modelo político-criminal brasileiro, uma vez que não se limitou a alegar a ideologia de diferenciação (diferenciação entre dependente/usuário e traficante), mas também tratou de diferenciar suas respectivas penas.

Conforme elucida Rosa Del Olmo (1990), na década de setenta reproduziu-se um discurso no sentido de demonização das drogas, o que ocasionou um pânico coletivo³⁵, e foi esse sentimento que, no Brasil, justificou a manutenção de uma política inerentemente repressiva. Para ilustrar a demonização das drogas, Nilo Batista comenta sobre a análise de Vera Malaguti acerca das fichas do DOPS-Rio³⁶ e, não surpreendentemente, as drogas são mencionadas em um dos documentos como arma da guerra fria, de maneira que “atribui-se a disseminação do uso de drogas a uma estratégia comunista para a destruição do mundo ocidental”³⁷.

Nessa toada, embora a Lei de Tóxicos tenha retomado o discurso de diferenciação entre dependente/usuário e traficante, a lei ampliou as hipóteses de criminalização por tráfico para inúmeras condutas, além de ampliar a margem de discricionariedade judicial na fixação da pena.³⁸ Ainda, foram elencadas diversas causas de aumento de pena nos artigos da lei, aumentando a punitividade do crime de tráfico.³⁹

O que merece destaque, nessa onda de ampliação da subsunção de condutas ao tráfico de drogas, é a desproporcionalidade da pena prevista, considerando que dentro das condutas formadoras do tipo penal, previsto no artigo 12 da Lei 6.368/76, encontram-se ações típicas de tráfico, mas também de pequenos varejistas e/ou usuários de drogas.

A conclusão a que se pode chegar, após visualizar o tratamento penal dos comerciantes varejistas e dos usuários de substâncias ilícitas na Lei 6.368/76, é a da necessidade de criação de rede de controle na qual o direito penal atue com rigor mesmo em casos de hiatos de punibilidade (criminalização do uso) ou de baixa

³⁵ OLMO, 1990, p. 40.

³⁶ BATISTA, 1997, p. 140.

³⁷ Ibid., p.140.

³⁸ CARVALHO, 2016, p. 76.

³⁹ Ibid., p. 77.

danosidade ao bem jurídico tutelado (comércio de drogas ilícitas em pequena quantidade).⁴⁰

Na década de oitenta, conforme elucida Rosa Del Olmo⁴¹, os EUA passam a encarar a droga como um problema econômico para o país, visto que a renda gerada pelo tráfico de drogas era enviada para contas bancárias de fora do país e reintroduzida nos EUA, de forma “limpa”, por meio de investimentos legais, valores enormes de dinheiro livres de impostos. Nesse momento, o país contava com o maior número de consumidores de drogas da sua história, em grande maioria, de maconha e cocaína.

As drogas passaram a ser uma preocupação de cunho econômico e político, com ênfase na cocaína, visto que era a droga mais cara do mercado ilícito e, sendo sua produção em larga escala realizada na Colômbia, na década de oitenta construiu-se o estereótipo de criminoso latino americano⁴². Dessa forma, a guinada dada pelos EUA foi manter o discurso médico em segundo plano, mas alavancar o discurso sobre controle da economia subterrânea além de suas fronteiras, o que ficou conhecido como discurso jurídico transnacional. Assim, combatia-se o consumo de drogas nos EUA, principalmente, devido ao montante que o país deixava de arrecadar com o tráfico.

Ao declarar o problema das drogas como uma questão de segurança nacional, os EUA iniciou uma série de medidas internas para investigar e rastrear as transações advindas do tráfico que, segundo estimativas da época, equivaliam a 10% da produção industrial do país⁴³. Nesse sentido, o governo estadunidense aplicou confisco nas suas fronteiras e realizou políticas de combate ao crime organizado em seu território. Assim, estabelece-se a guerra contra as drogas, contudo, enfatizando a responsabilidade do inimigo externo, de maneira que o combate ao tráfico precisaria ser internacional⁴⁴.

Conjuntamente às medidas internas, portanto, era necessário o combate no exterior. Em razão disso, os EUA estimula a entrada da América Latina na guerra contra as drogas por meio de conferências e encontros internacionais a fim de uniformizar suas legislações

⁴⁰ CARVALHO, 2016, p. 80.

⁴¹ OLMO, 1990, p. 55.

⁴² Ibid., p. 55.

⁴³ Ibid., p. 57.

⁴⁴ Ibid., p. 68.

nacionais sobre tráfico e uso de drogas ⁴⁵. Dessa forma, predominou no final da década de oitenta, o discurso político-jurídico transnacional.

Nesse contexto, ocorre a redemocratização no Brasil e, com ela, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Se de um lado a CF de 1988 revogou inúmeros dispositivos que censuravam a liberdade de expressão, inclusive aquelas que dissessem respeito às drogas, do outro lado ela determinou que o crime de tráfico seria inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Com o advento da lei de crimes hediondos (Lei 8.072/90), foi igualmente proibida a concessão de indulto e liberdade provisória nos casos de tráfico ⁴⁶.

Na década de 1990 iniciaram-se, no Congresso Nacional, discussões sobre a necessidade de nova lei. Contudo, as críticas à lei vigente (Lei 6.368/76) eram absolutamente heterogêneas, considerando que as propostas existentes na época variavam entre entendimentos pela necessidade de mais punição e ideias de implementar medidas despenalizadoras e descriminalizantes ⁴⁷. Em consequência, promulgou-se a Lei 10.409/02. Todavia, a nova lei entrou parcialmente em vigor, aplicando apenas a sua parte processual ⁴⁸.

Ocorre que o texto original da Lei 10.409/02 trazia novas categorias de delitos, como condutas de associação às organizações criminosas ⁴⁹, mas o diferencial em relação à lei de 1976 era aplicação de ritos e alternativas pré-processuais reguladas pela lei dos juizados especiais (Lei 9.099/95) ao porte de drogas para uso pessoal. Assim, apesar de manter a natureza delituosa da conduta, tratava o uso de drogas como crime de menor potencial ofensivo ⁵⁰.

No caso das hipóteses de tráfico de drogas, a Lei 10.409/02 não realizou modificações na criminalização das condutas ou na cominação da pena, mantendo as previsões da Lei 6.368/76. Entretanto, o conteúdo dos delitos e penas recebeu veto da Presidência da

⁴⁵ OLMO, 1990, p. 72.

⁴⁶ BATISTA, 1997, p.141.

⁴⁷ CARVALHO, 2016, p. 103.

⁴⁸ Ibid., p. 105.

⁴⁹ Ibid., p. 103.

⁵⁰ Ibid., p. 104 e 105.

República, mantendo a vigência da Lei 6.368/76 nesse quesito, de modo que a Lei 10.409/02 regulamentou somente a matéria processual penal dos delitos relacionados às drogas.⁵¹

A legislação brasileira seguinte seria a Lei 11.343/06 que, teve seu rito processual definido a partir da Lei 9.034/05 – Lei do Crime Organizado - e a lógica da execução da pena a partir da Lei 10.792/03 – Regime Disciplinar Diferenciado⁵². A Lei de Drogas de 2006 foi promulgada dentro do mesmo contexto de repressão e eliminação do inimigo interno e nela trouxe marcas de uma política agressiva de punição a todo custo.

Acerca da Lei do Crime Organizado, Salo de Carvalho atenta para o fato da Lei 9.034/05 ter se inspirado nos modelos de repressão italiana às organizações mafiosas⁵³, atestando a relevante influência da normatização estrangeira na construção do sistema de combate ao tráfico no Brasil. A lei, segundo o autor, carece de definição objetiva do fenômeno da “organização criminosa” e dos parâmetros para identificá-la, de maneira que seja possível diferenciá-la da criminalidade comum (tradicional)⁵⁴.

Ainda, é argumentada a característica inquisitorial na gestão da prova, que permitia a produção de prova de maneira sigilosa, bem como a própria decisão judicial autorizadora da diligência⁵⁵. Cabendo destaque, dentre as previsões da referida lei, a proibição da liberdade provisória e impossibilidade de apelação em liberdade, constantes nos artigos 5º e 9º da antiga Lei do Crime Organizado⁵⁶.

Nesse sentido, a Lei 11.343/06 sofreu alteração em seu artigo 44, uma vez que estabelecia a vedação de liberdade provisória para os crimes previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, e do 34 ao 37 da mesma lei. O STF definiu tese no RE 1.038.925, com repercussão geral, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, declarando a inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória no artigo 44 da Lei de Drogas⁵⁷.

⁵¹ CARVALHO, 2016, p. 105.

⁵² Ibid., p. 105.

⁵³ Ibid., p. 106.

⁵⁴ Ibid., p. 108.

⁵⁵ Ibid., p. 108.

⁵⁶ Ibid., p. 109.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. 2ª Turma. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso

A Lei 11.343/06 também herdou a vedação à apelação sem recolhimento à prisão, prevista no seu artigo 59i. Ambas as vedações são claras tendências à inobservância dos direitos e garantias constitucionais que se legitimam a partir do conceito de guerra às drogas, justificando a repressão ao tráfico de drogas a partir de métodos de um Estado de exceção.

Nessa lógica, assevera Salo de Carvalho:

Pode-se, portanto, aderir com tranquilidade às constatações de Cervini⁹¹ sobre a Lei 9.034/95: (a) trata-se nitidamente de legislação de emergência baseada na legislação italiana de exceção; (b) é inadequada às exigências constitucionais de tutela dos direitos e garantias fundamentais; (c) sacrifica os princípios da publicidade, devido processo legal e presunção de inocência; (d) recria sistema inquisitório; e (e) produz processos espetaculares, nos quais o sistema penal é visto como único instrumento de resolução de conflitos sociais.⁵⁸

Em 2003, tramitava um projeto de lei no congresso nacional para mudar a estrutura normativa da política penitenciária, instituindo o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). O projeto acrescentaria e muito aos já altos níveis de encarceramento brasileiro ⁵⁹.

O projeto foi baseado em uma Portaria do Governo de São Paulo, emitida em resposta à série de incidentes ocorridos nas unidades penitenciárias do estado durante o ano de 2002. Nesse sentido, a normativa restringiu inúmeros direitos dos presos considerados perigosos e estabeleceu severas sanções disciplinares aos presos identificados como integrantes de organizações criminosas ⁶⁰.

Ainda que ilegais os atos das Secretarias de Segurança, tanto de São Paulo quanto do Rio de Janeiro, tendo em vista a ausência de competência legal para disciplinar a matéria, o RDD foi amplamente aplicado na execução da pena dos suspeitos de participação em organização criminosa, sobretudo, aqueles envolvidos no tráfico de entorpecentes ⁶¹.

Em decorrência da pressão da mídia, o Congresso Nacional universalizou o regime diferenciado, alterando a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) por meio da Lei 10.792/03. A

extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal. [RE 1.038.925 RG, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 18-8-2017, DJE de 19-9-2017, Tema 959.]

⁵⁸ CARVALHO, 2016, p. 110.

⁵⁹ Ibid., p. 110.

⁶⁰ Ibid., p. 111.

⁶¹ Ibid., p. 112.

mudança significou a legitimação de medidas administrativas absolutamente lesivas dos direitos fundamentais dos presos. Isso porque a imposição do RDD esteve totalmente desvinculada à prática de qualquer falta grave durante o cumprimento da pena, bastando a rotulação do preso como perigoso para ser submetido ao regime ⁶².

Com o advento do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), o RDD tornou-se ainda mais gravoso, na medida em que foi alterado em desfavor dos presos (provisório ou condenado), reduzindo suas garantias processuais. Dessa maneira, a nova legislação manteve as previsões de recolhimento em cela individual, bem como o banho de sol de 2 horas diárias, contudo, dilatou a duração do regime de 360 dias para dois anos e aumentou o intervalo de visitas do preso, tornando-as quinzenais.

Acrescentou-se, ainda, maior controle nas visitas – não podendo ter contato físico com a família -, monitoramento de entrevistas e fiscalização do conteúdo de correspondências, além de determinar preferência por audiências judiciais por videoconferência aos sujeitos submetidos ao regime diferenciado.

O que se depreende, portanto, do breve resumo histórico é que após 30 anos de vigência da Lei 6368/76, com vigência parcial da Lei 10.409/02, o modelo repressivo restou, não apenas consolidado, mas também reforçado no Brasil ⁶³. O estabelecimento de um inimigo interno no país, personalizado no estereótipo do traficante de drogas, permitiu a manutenção de uma série de violências institucionais.

Nesse sentido, as leis anteriores já sinalizavam a tendência ao incremento da repressão às formas de comercialização de drogas ilícitas e, em contrapartida, a internalização de modelos psiquiátrico-terapêutico aos usuários e dependentes ⁶⁴. Todavia, apenas na Lei 11.343/06 que a ideologia de diferenciação estava consolidada, uma vez que já não há sobreposição de um modelo sobre outro – como ocorreu na Lei 6.368/76 com os discursos jurídico-político e médico-político -, a ulterior Lei de Drogas deu autonomia aos tratamentos penais ⁶⁵.

⁶² CARVALHO, 2016, p. 112 e 113.

⁶³ *Ibid.*, p. 118.

⁶⁴ *Ibid.*, p.117.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 118.

De um lado opera a lógica desencarceradora, com aplicação de medidas educacionais aos usuários e dependentes de drogas, sob um discurso de patologização do sujeito ⁶⁶. Em completo contraponto, aplica-se ao comércio ilegal uma lógica de total obsessão repressivista⁶⁷, considerando o implemento de normas que expandiram as hipóteses de criminalização por tráfico, agravaram a pena e o seu cumprimento na fase da execução penal.

⁶⁶ CARVALHO, 2016, p. 119.

⁶⁷ Ibid., p. 118.

2. A TIPICIDADE DOS CRIMES DE TRÁFICO E PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO

Conforme os ensinamentos do professor Salo de Carvalho, consolidou-se no Brasil o modelo político-criminal configurador do estereótipo de *narcotraficante* a partir da Lei 6.368/76, uma vez que a legislação brasileira passou a incorporar as orientações político-criminais internacionais na sua própria legislação⁶⁸. Os tratados internacionais, sob o discurso de combate às drogas, trataram-se na verdade do estabelecimento de uma nova ideologia justificadora de outra guerra.

A ideia de instauração de outro conflito globalizado é citada por Nilo Batista que, ao mapear os sinais de guerra na política de drogas do Brasil, observou que a implementação das medidas de combate ao tráfico de drogas sucedeu o fim da guerra fria, demonstrando a necessidade de um inimigo para combater e justificar o funcionamento da enorme indústria do controle do crime.

Essa máquina gigantesca capaz de redirecionar frustrações orçamentárias oriundas do fim da guerra fria, deve uma bela fatia de suas engrenagens à ilegalidade da droga, e trata de realimentar todos os mitos que, a partir da droga, desatam pânico sociais e instam por repressão penal.⁶⁹

O desenvolvimento da lei brasileira no âmbito dos delitos envolvendo entorpecentes, segundo Rosa Del Olmo, mostra um caminho de recrudescimento das normas que se iniciou na Lei de Antitóxicos em 1971. Em razão da Convenção Única de Estupefacientes, formulada pela Organização das Nações Unidas (ONU), o Brasil promulgou a Lei 5.726/71, que inauguraria a tendência de endurecer a penalização no quesito das drogas⁷⁰. Para o dito enrijecimento das penas, a política de drogas brasileira fez uso dos discursos condizentes ao modelo médico-jurídico até a década de setenta, substituindo-os por aqueles pertencentes ao modelo repressivo consolidado na Lei 6.368/76 e extremado na Lei 11.343/06.

Dessa forma, a Lei de Drogas vigente herdou os discursos dos modelos político-criminal e médico-jurídico, de maneira que o diploma tutela o bem jurídico da saúde coletiva a partir da repressão da prática de tráfico e tratamento do usuário. Contudo, a Lei de Drogas vigente manteve a polêmica no que diz respeito à diferenciação desses dois sujeitos, traficante

⁶⁸ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06, 1996, p. 65.

⁶⁹ BATISTA, 1997, p. 143.

⁷⁰ OLMO, 1990, p. 45.

e consumidor, em razão das estruturas criminalizadoras serem similares às aquelas encontradas na lei anterior (Lei 6.368/76).

Assim, saindo da perspectiva histórica da política de drogas adotada pelo Brasil, considerando todo o processo de internalização da necessidade do combate às drogas, far-se-á necessário compreender o resultado desse processo e como a lei brasileira manejou a diferenciação para, só então, compreender a aplicação nos casos concretos.

2.1 Artigo 28 da Lei 11.343/06: questões dogmáticas e doutrinárias

A partir da promulgação da lei 11.343, em 23 de agosto de 2006, a previsão do porte de drogas para consumo próprio passou a constar no seu artigo 28. O dispositivo está previsto no intitulado “Capítulo III – Dos Crimes e Das Pena”s que, por sua vez, está inserido no “Título III - Das Atividades de Prevenção do uso Indevido, Atenção e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas”.

A Lei de Drogas, apesar de trazer algumas modificações significativas, manteve grande relação com a Lei nº 6.368/1976. O artigo 16 da lei anterior tipificava condutas que foram mantidas na previsão de posse de drogas para consumo na Lei 11.343/06.

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.

É possível perceber correspondência das condutas previstas na nova lei, com a inclusão de mais dois verbos nucleares no tipo penal. A previsão em vigor é de que pratica o delito de porte ou posse de drogas para consumo próprio aquele que “*adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”⁷¹.

No dispositivo vigente, o indivíduo está sujeito a penas bastante diversas daquela contida na lei revogada, uma vez que previstas as penas de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviço à comunidade; ou medida socioeducativa de comparecimento a

⁷¹ Artigo 28 da Lei 11.343/06. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm.

programa ou curso educativo. Dessa forma, o porte de drogas para consumo próprio da Lei de Drogas se distancia daquela prevista no artigo 16 da Lei 6.368/76 pelo acréscimo de verbos nucleares e penas menos gravosas ao sujeito condenado.

Logo após a promulgação da Lei de Drogas, foi discutida a possibilidade de uma descriminalização das condutas do artigo 28, haja vista a ausência de previsão de pena privativa de liberdade. Em razão disso, houve divergência na doutrina acerca da natureza jurídica do dispositivo legal, considerando a inadequação das suas penas à previsão do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Nesse sentido, conceitua o artigo primeiro da LICP:

Artigo 1º. Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.⁷²

Dessa forma por não estabelecer pena de reclusão ou de detenção não poderia ser considerado crime, assim como, por não prever pena de prisão simples ou multa não se consideraria uma contravenção penal, de modo que o dispositivo legal divergia das classificações descritas na Lei de Introdução ao Código Penal.

A respeito disso, a doutrina majoritária entendeu que a LICP encontra-se defasada, de maneira que foi recepcionada pela Constituição Federativa de 1988 como lei ordinária e não possui o condão de restringir as formas punitivas. Para tal, prevaleceu o inciso XLVI, do artigo 5º da CF/88, cujo rol exemplificativo das penas aceitas pelo ordenamento jurídico brasileiro dá ao legislador a possibilidade de estabelecer outras formas punitivas, desde que não atentatórias ao inciso seguinte do mesmo artigo.

Art. 5º.....:

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;

⁷² BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.914, de 9 de Dezembro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm#:~:text=DECRETA%3A,ou%20ambas%2C%20alternativa%20ou%20cumulativamente. Acesso em: 19 de maio de 2023.

- d) de banimento;
- e) cruéis;⁷³

Assim, considerou-se o artigo 1º da LICP como mero critério de diferenciação entre crime e contravenção, não mais restringindo as possibilidades de punição ao que ele prevê, uma vez que existente norma hierarquicamente superior prevendo a admissibilidade de outras penas além das já aplicadas. Esse entendimento doutrinário é majoritário e possui endosso do Supremo Tribunal Federal, conforme Questão de Ordem em Recurso Extraordinário nº. 430105/2007, cuja decisão reconheceu a despenalização do delito e assentou a manutenção da natureza jurídica de crime do artigo 28 da Lei de Drogas.⁷⁴

O instituto jurídico da despenalização compõe um conjunto de medidas que visam abrandar a pena, de maneira que não há estabelecimento de restrição à liberdade da pessoa condenada. Trata-se, portanto, de uma suavização da punição estatal, sem implicar a descaracterização da condição de crime, visando a aplicação de medidas alternativas à privação de liberdade.

Com o perfil da pena prevista no artigo 28, cria-se uma concepção de preocupação com a saúde do próprio acusado, o que demonstraria uma intenção mais humanista para com o dependente químico.

Consequentemente, alguns doutrinadores, como Guilherme Nucci (2010), entendem que no caso do porte de drogas para uso próprio houve certa timidez do legislador em, de fato, descriminalizar a conduta em razão do senso comum punitivista. Nesse sentido, teria preferido o legislador somente despenalizar a conduta.

O legislador, ao usuário de drogas, possivelmente sem ousar a ponto de descriminalizar ou despenalizar o delito, preferiu estabelecer medidas de caráter puramente educativo ou recuperador, como se observa nos incisos I a III do art. 28.⁷⁵

Todavia, embora pareça que a Lei de Drogas caminha ao encontro de uma concepção antiproibicionista, considerando a redação do mencionado artigo, ainda há uma atuação e um

⁷³ Artigo 5º da Constituição Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 19 de maio de 2023.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 430105 QO, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 divulgado em 26-04-2007. Publicado em 27-04-2007.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.352.

aparato normativo que permite a aplicação de uma política proibicionista.⁷⁶ Isso se deve à ausência de critérios objetivos na lei para a devida diferenciação das condutas previstas nos artigos 33 e 28 da Lei de Drogas.

Para tal entendimento, passa-se para a classificação do delito de porte de drogas para uso pessoal, segundo a dogmática.

O objeto jurídico principal tutelado é a saúde coletiva, havendo um objeto jurídico secundário constituído pela saúde individual da pessoa usuária, em razão da preocupação com a condição de toxicomania que a lei busca remediar. Esse mesmo objeto jurídico se aplica a toda a Lei 11.343/06, haja vista o discurso de cuidado com a saúde coletiva sustentado pelos tratados internacionais.

O delito é também classificado como crime de perigo abstrato e coletivo, uma vez que não requer a demonstração de que alguém foi efetivamente exposto, bastando a realização da conduta tipificada para a presunção de perigo de lesão do bem jurídico tutelado. Além disso, é coletivo, pois o número de pessoas expostas ao risco é indeterminado.

Nesse sentido, considerando a indeterminação de quem será efetivamente exposto ao perigo de lesão, a norma possui como sujeito passivo a própria sociedade, presumindo-se que ela sofre perigo de lesão com a circulação de drogas em determinado ambiente. De outro lado, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, tendo, portanto, classificação de crime comum.

Além disso, caracteriza-se como crime de tipo misto alternativo, uma vez que há mais de um verbo nuclear, bastando a prática um para a caracterização da conduta ilícita e, por outro lado, mesmo que praticada mais de uma conduta prevista, constitui-se o cometimento de crime único.

O elemento subjetivo é determinante para a configuração do uso de drogas, uma vez que se trata de crime doloso com especial fim de agir e, na hipótese de não existir comprovação da

⁷⁶ CARVALHO, S; WEIGERT, M. A. B; LIMA, C. E. A Configuração da Tipicidade do Tráfico na Nova Lei de Drogas e as Hipóteses de Consumo Compartilhado. **Revista de Estudos Criminais**, 2008, volume. 8, n.30, p. 208.

finalidade específica do entorpecente apreendido, ocorre o enquadramento da situação fática aos crimes de tráfico.

As condutas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas são permanentes, salvo “adquirir”, que se classifica como crime instantâneo. Sendo, ainda, um crime plurissubsistente, de maneira que a ação pode ser fracionada e, por isso, há a possibilidade de tentativa. Todavia, a aplicação da forma tentada do crime de porte de drogas para uso próprio dificilmente ocorrerá, uma vez que o tipo possui vários verbos nucleares que facilmente se relacionam.

O processo e o julgamento do crime do artigo 28 ocorrem perante o Juizado Especial Criminal, seguindo o rito conforme a Lei 9.099/95, sendo possível a transação penal e a suspensão condicional do processo.

A identificação do usuário se dá pela observação das circunstâncias previstas no §2º do art. 28, cabendo ao juiz verificar se o destino da droga era de uso pessoal ou não. Para isso irá analisar a natureza e a quantidade da droga, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Houve, portanto, adoção do critério de reconhecimento judicial e não o critério da quantificação legal. Caberá ao juiz, dentro desse quadro, avaliar se a droga destinava-se ou não ao consumo pessoal, não se levando em conta apenas a quantidade de droga, mas inúmeros outros fatores.⁷⁷

Considerando que o objeto jurídico da Lei de Drogas é a saúde coletiva, seu conteúdo expressa a intenção de reinserir e assistir o sujeito considerado usuário ou viciado em drogas. Nesse sentido, o contexto do título III, no qual está inserido o dispositivo de porte para uso pessoal de drogas, não é de penalização, mas de tratamento e acolhimento do sujeito usuário, o que pode levar alguns a pensarem na legislação vigente como humanista.

Entretanto, todo o discurso humanista justificador da prática legislativa e jurisdicional referente às questões de drogas ilícitas possui, na verdade, função dissimuladora do caráter repressivo que opera a política criminal de drogas no Brasil.⁷⁸

⁷⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. Volume 4. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.761.

⁷⁸ CARVALHO, 2016, p. 124.

Além disso, não passou despercebida pela doutrina a ausência da tipificação da conduta “usar” no artigo 28 da Lei de Drogas.

O texto da Convenção contemplou com tratamentos alternativos o dependente (viciado), mas não o usuário ocasional, nem tampouco o habitual. Parece que, temendo a reação social à eventual descriminalização da conduta do consumidor, o legislador preferiu eliminar a pena privativa de liberdade, optando por outras formas de sanção extremamente brandas. Note-se, como exemplo, a imensa disparidade entre a pena pecuniária prevista para este tipo penal (art. 28), ainda que para garantia das medidas previstas no incisos I a III, e as demais multas estipuladas nos art. 33 a 37, em especial, mas também nos arts. 38 e 39.⁷⁹

Isso demonstra que o uso em si não é caracterizador do crime de porte/posse para uso pessoal, de modo que, em tese, deveria configurar erro de tipo o flagrante de sujeito que, p. ex., fuma maconha em praça pública. Entretanto, conforme já mencionado, o delito possui cinco condutas caracterizadoras, o que acarreta no enquadramento senão de um núcleo verbal então dos outros quatro.

Em verdade, acertadamente o legislador deixou de atribuir tipicidade à ação de usar drogas, já que violaria a privacidade e a liberdade da pessoa humana, que são direitos constitucionalmente assegurados. Contudo, a prática demonstra a subsunção da conduta de usar mesmo dos casos de uso à prática de um dos núcleos verbais do tipo penal. O caráter repressivo do diploma é tal que se opera qualquer analogia extensiva e cirurgias argumentativas para punir a presença da droga na sociedade.

2.2 Artigo 33 da Lei 11.343/06: questões dogmáticas e doutrinárias

Ao passo que o uso de drogas teve resposta penal mais branda, com penas menos limitadoras à liberdade do condenado, o crime de tráfico obteve um recrudescimento da resposta penal. Mais uma vez fazendo um paralelo com a pregressa lei de entorpecentes, observou-se o aumento da pena-base e da pena de multa na lei vigente.

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. (grifo nosso)

⁷⁹ NUCCI, 2010, p.344.

Embora o artigo 33 da lei em vigor mantenha os núcleos verbais do crime correspondente na lei anterior, a gravidade do delito atingiu um nível maior a partir da Constituição Federativa de 1988. A mudança da pena-base de três para cinco anos de reclusão gerou uma série de mudanças processuais significativas na condenação por tráfico.

Conforme preconiza o artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Magna, o tráfico de drogas ilícitas é crime inafiançável e insuscetível de graça ou indulto, sendo equiparado aos crimes categorizados como hediondos no artigo 2º da Lei 8.072/90. Dessa forma, além do aumento significativo da pena-base, ao tráfico de drogas não é permitida uma série de benesses processuais.

A progressão de regime, em razão da equiparação aos crimes hediondos, impõe o cumprimento de 40% da pena caso o condenado seja primário e de 60% se reincidente, conforme o artigo 112 da Lei de Execução Penal. Nessa mesma linha punitiva, o livramento condicional só é concedido ao apenado quando cumprida a fração de dois terços da pena, sendo vedada sua concessão ao reincidente específico.

Dessa forma, além da progressão de regime requerer um prazo maior para sua concessão, há restrições previstas no artigo 44 da Lei 11.343/06 que, somadas à previsão constitucional mencionada, impedem a concessão de fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia, liberdade provisória, bem como vedam a conversão da pena de reclusão em restritivas de direitos.

Assim, dentre os dezoito núcleos verbais do tipo penal, há condutas que são mais facilmente associáveis ao significado da palavra do tráfico, como os verbos “importar”, “exportar”, “remeter”, “produzir”, “fabricar”, “preparar”, “vender” e “expor à venda”. São ações criminalizadas que mais se adéquam às orientações dos tratados internacionais, uma vez que a *Convenção Única de Estupefacientes* (1961) considera o controle do deslocamento da droga o mecanismo principal para a repressão do tráfico.

Todavia, estão incluídas no tipo penal algumas condutas que geram uma ampliação exacerbada do que é tratado como tráfico. As condutas de “adquirir”, “oferecer”, “fornecer

gratuitamente”, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo”, “guardar” e “entregar a consumo” são um tanto mais problemáticas, já que algumas encontram total correspondência com as condutas constituidoras do crime de porte de drogas para consumo ou, ainda, integram uma “zona cinzenta entre os dois crimes” (tráfico e uso de drogas) ⁸⁰.

A justificativa na qual se baseia a existência do crime de tráfico é a preocupação com a saúde pública expressa nos tratados internacionais, por isso, o objeto jurídico tutelado pela Lei de Drogas é a saúde coletiva. Nessa mesma linha, o sujeito passivo do crime de tráfico é a coletividade, uma vez que o discurso incorporado no Brasil é de reprimir as negociações, o transporte, a produção e outras atividades relacionadas às drogas ilícitas.

A preocupação se refere às substâncias capazes de lesionar a saúde da sociedade, tanto no sentido de comprometimento físico e psicológico de cada pessoa que possa, eventualmente, ter acesso a elas, quanto à violência que permeia o ambiente de tráfico capaz de gerar prejuízos à sociedade.

É possível, ainda, a existência de um sujeito passivo secundário, nos casos que envolvem a oferta de droga à criança, adolescente ou pessoa cuja capacidade de autodeterminação seja suprimida. Em razão da vulnerabilidade dos sujeitos passivos atingidos pela prática do delito, o envolvimento deles constitui aumento de pena, conforme inciso VI, do artigo 40 da Lei 11.343/06.

Segundo a classificação dogmática, salvo a conduta de prescrever que, por exigir uma qualificação para sua realização, classifica-se como crime próprio, o tráfico é crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. O delito também é classificado como crime de perigo abstrato, uma vez que se presume o risco de lesão e criminaliza-se a mera exposição de lesão ao bem jurídico, bastando a ameaça de dano a partir da realização comprovada de um dos verbos nucleares para restar consumado o delito. Nesse sentido, também é crime consumado formal, uma vez que não exige a superveniência de resultado para ser considerado como consumado, pois para a imputação é suficiente que se comprove a realização da conduta e não a efetiva produção de efeitos com ela.

⁸⁰ CARVALHO, 2016, p 304.

Ele é, ainda, tipo misto alternativo, de modo que com a prática de um dos núcleos verbais considera-se realizada a atividade de tráfico e, no mesmo sentido, praticado mais de um verbo constituidor do tipo, o agente responde a um único crime.

Teoricamente, o fato punível admite a forma tentada, ainda que seja um crime formal, mas sua aplicação no caso concreto é complexa⁸¹. Em razão da multiplicidade dos verbos existentes no delito, na hipótese de haver o reconhecimento de uma forma tentada em relação a um verbo, logicamente, implica a forma consumada de outro verbo. A título de exemplo, se alguém transporta uma quantidade de substância entorpecente para um determinado lugar, onde venderá a droga, porém é abordado antes da chegada ao destino, a situação resulta na forma tentada para a conduta de transportar e na forma consumada para a ação de trazer consigo⁸².

O delito é classificado como permanente, cujo estado de flagrância se perpetua enquanto praticado um dos núcleos do tipo, consoante a vontade do agente, e essa vontade é caracterizadora do tráfico como um crime eminentemente doloso⁸³, entretanto, não se exige do elemento subjetivo a finalidade especial. Dessa forma, o dolo constante na lei é genérico, sendo possível a prática do tráfico de forma gratuita.

A dispensabilidade do específico fim de agir agrava o problema da vagueza da lei em criminalizar condutas que se afastam do significado de tráfico. Embora a palavra possua a ideia de negócio, comércio, relação de compra e venda ilícita, no artigo 33 da Lei de Drogas não houve vinculação do crime à finalidade mercantil.

Conforme exposto no item anterior, a configuração do crime de porte/posse para uso pessoal está intimamente ligada ao dolo, à finalidade de uso individual da droga, enquanto o crime de tráfico possui um dolo genérico, que proporciona sérias consequências na tipificação de condutas que permeiam os dois delitos mencionados.

2.3 Artigo 28, §2º, da Lei nº 11.343/06: a diferenciação pelo dolo e suas complexidades

⁸¹ MASSON, C. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais** / Cleber Masson, Vinícius Marçal. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p.72.

⁸² SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada**. 2ª Edição. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016, p. 72.

⁸³ CARVALHO, 2016, p. 306.

Com o advento de legislações brasileiras referentes a temática de drogas ilícitas, ocorreu um processo que Zaffaroni denominou como “multiplicação dos verbos”⁸⁴, também definido pelo professor Salo de Carvalho como “densificação da punibilidade”⁸⁵, fenômeno esse que gerou a criminalização indiscriminada de condutas absolutamente diversas.

No decorrer dos anos, as legislações brasileiras robusteceram as previsões sobre substâncias ilícitas, de modo que o injusto de tráfico passou a incorporar cada vez mais condutas, atingindo o marco de dezoito verbos nucleares na Lei 11.343/06. Um delito que possui tantas condutas caracterizadoras não foge à infeliz vagueza e problemática amplitude da criminalização, dando a diversas formas de agir as mesmas graves respostas penais do crime de tráfico. No intuito de punir severamente a prática do tráfico, vide o senso comum punitivista enraizado nas políticas e legislações sobre entorpecentes, pune-se severamente condutas que com ele se confundem.

Assim, dentre as dezoito condutas tipificadas há de frisar as de “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” e “trazer consigo”, uma vez que também constituem o delito de porte de drogas para uso, gerando total correspondência entre os crimes e, considerando a discrepância na resposta penal de cada um, a diferenciação se faz imprescindível.

A questão da vagueza na criminalização das condutas não surgiu com a Lei 11.343/06, uma vez que a estrutura dos tipos penais de tráfico e uso de drogas adveio, sem grandes mudanças, da Lei 6.368/76. Na antiga lei de entorpecentes, os delitos já possuíam grande correspondência e para sua diferenciação, o artigo 37 da Lei 6368/76 previa alguns critérios para o julgamento da conduta.

Naquele momento, a jurisprudência adotou o critério objetivo de quantidade de drogas para subsumir a conduta praticada a uma das tipificadas, tráfico ou porte de drogas para consumo. Entretanto, conforme Carvalho (2016), embora o parágrafo segundo do artigo da Lei 11.343/06 possua os mesmos critérios da lei anterior, a jurisprudência não poderia mais diferenciar as condutas da mesma maneira.

⁸⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legislación antidrogas latinoamericana: SUS componentes de derecho penal autoritário, in **Fascículos de Ciências Penais**, v. 3, nº 2, Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 18.

⁸⁵CARVALHO, 2016, p. 307.

No contexto da Lei 6.368/76, o artigo 37, além de prever as circunstâncias do crime utilizadas para a diferenciação, estabelecia que a autoridade policial justificasse a classificação da conduta em um tipo e não no outro, entretanto, o juiz e o Ministério Público não estavam vinculados à classificação, podendo alterá-la em momento posterior. Todavia, essa prática possuía grandes tendências inquisitórias, de modo que impossível sua aplicação na Lei 11.343/06.⁸⁶

Na legislação vigente, a distinção entre os delitos se dará a partir da observância das circunstâncias previstas no §2º do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Artigo 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.

Embora haja impedimentos para a aplicação do método distintivo da lei anterior, a previsão do §2º, do artigo 28 da Lei de Entorpecentes, não se distanciou do artigo 37 da Lei 6.368/76, mostrando a dificuldade em estabelecer critérios verdadeiramente objetivos para a diferenciação dos delitos, considerando que o dispositivo estabelece parâmetros pessoais e sociais, bem como características do fato que nada dizem sobre a destinação da droga.

Assim, não bastando os delitos terem grande similitude, a lei traz critérios insuficientes para a sua diferenciação. Isso porque os critérios objetivos trazidos no dispositivo citado tratam das circunstâncias do fato, mas não asseguram a indubitabilidade do elemento subjetivo.

Ao considerar as qualidades de natureza e quantidade da droga como indicadores de tráfico, há exclusão da hipótese do usuário que utiliza mais de um tipo de droga e as estoca por conveniência. Se observado puramente o local da ação, poderá julgar um indivíduo que comparece a uma “boca de fumo” para, justamente, comprar a droga e não vendê-la. Os antecedentes do sujeito não podem, tendo o ordenamento jurídico adotado o sistema penal do fato, trazer fundamentação para subsunção da conduta a um crime e não outro. O mesmo ocorre com os aspectos sociais e pessoais do acusado.

⁸⁶ CARVALHO, 2016, p. 315.

Dessa forma, existe a possibilidade de tanto o usuário quanto o traficante estarem na mesma situação fática e, injustamente, receberem a mesma punição. É nesse sentido que se alega a vagueza da criminalização das condutas de crime e porte de drogas para uso pessoal e a objetificação de elementos subjetivos.⁸⁷ Quando comparadas as elementares típicas, as circunstâncias que identificam empiricamente a conduta de “trazer consigo”, “guardar”, “adquirir” etc., também são capazes de identificar o crime de tráfico.

Diante de tal cenário, Salo de Carvalho elucida que “existe uma zona cinzenta cuja tendência [...] é de projetar a subsunção de condutas dúbias aos verbos nucleares do art. 33”⁸⁸. Essa zona cinzenta está tanto na correspondência de condutas tipificadas por ambos os dispositivos, quanto na forma de diferenciação que a lei estabelece no §2º do artigo 28 da Lei 11.343/06, uma vez que o dispositivo faz uso de circunstâncias factuais da conduta praticada para atestar a destinação da droga – o que se pode denominar como objetificação de elementos subjetivos.⁸⁹

Os crimes de tráfico e porte para uso individual são delitos eminentemente dolosos, dada a estrutura de suas criminalizações, de modo que a intenção de realizar as condutas tipificadas são relevantes para a caracterização dos crimes. Conforme já mencionado no presente trabalho, ambos os crimes são classificados pela doutrina crimes de perigo abstrato, de modo que não se faz necessária a comprovação de lesão ao bem jurídico tutelado, apenas da realização da conduta descrita no tipo⁹⁰. Por isso, não há maneira de diferenciá-los se não pelo dolo e, em havendo dúvida entre um e outro, deve prevalecer o princípio constitucional de *in dúbio pro reo*.

Todavia, a solução leva a mais um problema, haja vista que o dolo no crime de tráfico não é específico. Enquanto no artigo 28 da Lei 11.343/06 há a necessidade de comprovar a finalidade específica de “uso individual” para sua aplicação no caso concreto, o artigo 33 do mesmo diploma vai à completa contramão e permite que qualquer situação relacionada às

⁸⁷ CARVALHO, 2016, p. 302.

⁸⁸ Ibid., p. 302.

⁸⁹ Ibid., p. 331.

⁹⁰ JAPIASSÚ, C. E. A.; SOUZA, A. B. G. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 155.

substâncias entorpecentes a ele se encaixe, desde que não haja o dolo específico de uso pessoal.

Dessa maneira, o tráfico produz uma espécie de força gravitacional em relação às condutas, bastando que não se enquadre a conduta no artigo 28 da lei.⁹¹ No entanto, a subsunção ou não no referido delito se torna complexa quando observada a possibilidade da prática de tráfico por meio da conduta de fornecimento gratuito.

Ao considerar atividade de tráfico a entrega ou o fornecimento de drogas sem a finalidade de lucro ocorre uma descaracterização do delito, revelando a necessidade de punir condutas que não correspondem ao tráfico em si. Entende-se por tráfico a realização de mercancia ilícita, a geração de lucro a partir de uma atividade proibida, clandestina. Nesse sentido:

Desta forma, percebe -se como notória a timidez do legislador, não apenas por olvidar a necessidade de descriminalização de algumas modalidades de conduta, como por deixar de efetivamente diferenciar ações substancialmente diversas em relação à lesão ao bem jurídico tutelado – v.g., a distinção entre comércio atacadista e varejista; o reconhecimento de figuras privilegiadas como o comércio de substância; o fornecimento para consumo compartilhado etc.⁹²

A relevância da finalidade fica evidente quando comparado o crime de tráfico de drogas às atividades de tráfico de mulheres, crianças, ou animais silvestres, sendo praticados precisamente pela lucratividade que geram. O tráfico dos povos africanos escravizados estava intimamente ligado ao comércio, à compra e venda dessas pessoas. Então, ao passo que o tráfico de pessoas e animais não perdeu a característica de comércio, o tráfico de drogas foi previsto em lei sem o dolo específico de obter lucro por conveniência senão das políticas criminais repressivas.

Ainda sobre conveniência, merece destaque a classificação do artigo 33 da Lei de Drogas como lei penal em branco⁹³, considerando que em seu texto há definição genérica do conceito de drogas para fins penais, mas não há descrição de quais são as drogas ilícitas no Brasil. O artigo 66 da Lei de Drogas traz o conceito do que será valorado como drogas,

⁹¹ CARVALHO, 2016, p. 311.

⁹² Ibid., p. 304.

⁹³ NUCCI, 2013, p. 343.

contudo, o próprio dispositivo atribui à outra norma a tarefa de elencar quais são as substâncias entorpecentes.

Ocorre que essa complementação se dá pela na Portaria SVS/MS nº 344/98, emitida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), sendo também da sua competência a atualização da lista de substâncias entorpecentes ilícitas. Todavia, a norma não passou por um processo legislativo, haja vista que de autoria de agência reguladora vinculada ao Poder Executivo.

Compreendendo a gravidade do delito do tráfico de drogas, torna-se flagrante violação ao princípio da legalidade a concessão a um ente não legislativo a responsabilidade de estabelecer o rol de substâncias e produtos capazes de gerar dependência física e psíquica. Isso porque, abre-se um espaço para a discricionariedade no estabelecimento da quais substâncias serão consideradas drogas para efeitos penais, haja vista que a Administração Pública se baseia no juízo de conveniência e oportunidade.

Assim aplicam-se penas severas a partir de uma criminalização problemática, correndo o risco de punir injustamente com a subsunção das condutas dúbias, além de extremar a resposta penal, por meio de tempo elevado de reclusão e restrições de benefícios processuais, em nome de substâncias entorpecentes que a lei sequer se deu o trabalho de definir quais são.

Diante de todo exposto, a pesquisa jurisprudencial descrita a seguir se voltou para todo o alicerce argumentativo nas decisões de desclassificação do tráfico para o porte para consumo individual, em sede recursal, proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no ano de 2021. No intuito de verificar se o Poder Judiciário, na sua função jurisdicional, dá conta de preencher a lacuna legislativa existente na diferenciação entre os artigos 33 e 28 da Lei de Drogas.

3. O LEVANTAMENTO JURISPRUDENCIAL

Uma vez compreendida a correspondência dos crimes de tráfico e de porte/posse de drogas para uso pessoal, a presente pesquisa jurisprudencial buscou investigar de que maneira o Poder Judiciário operou a diferenciação desses delitos. Isso porque não se mostra razoável que um crime como o porte de drogas para uso próprio, cuja previsão legal sequer estabelece pena de reclusão ou detenção, possua tamanha semelhança com um crime como o de tráfico, que é equiparado a hediondo.

Dessa forma, a disparidade na resposta penal para os mencionados delitos torna imprescindível a existência de critérios objetivos para a devida diferenciação entre o traficante e o usuário. Com tal escopo, a pesquisa voltou-se à análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) no ano de 2021, que trataram do pleito de desclassificação do crime do artigo 33 para o artigo 28 da Lei 11.343/06.

Considerando tratar-se de levantamento quanto aos critérios de diferenciação entre o crime de tráfico de drogas e o crime de uso pessoal de drogas, os verbetes selecionados foram os seguintes: I. Desclassificação tráfico uso de drogas; II. Desclassificação tráfico de drogas; e III. Desclassificação para uso de drogas.

Preliminarmente, foi realizada pesquisa no espaço virtual do TJRJ com a utilização de aspas, a fim de que delimitassem a pesquisa àquelas decisões que tivessem a desclassificação em específico. Contudo, utilizadas as palavras-chave com aspas, tendo selecionado o ano de 2021, a competência “Criminal” e “Direito Penal” para ramo da pesquisa, os resultados foram insuficientes para a realização do levantamento.

Nesse sentido, as pesquisas dos verbetes com aspas resultaram: I. Desclassificação do tráfico para uso de drogas (nenhum resultado); II. Desclassificação tráfico de drogas (5 resultados); e III. Desclassificação para uso de drogas (3 resultados).

Consequentemente, optou-se pela realização de nova consulta à jurisprudência sem a utilização de aspas, com o intuito de alcançar todas as decisões cujo conteúdo mencionasse a desclassificação. O levantamento inicial teve resultados expressivamente maiores, totalizando 1.323 decisões a partir dos três verbetes selecionados. Os documentos de inteiro teor foram

salvos no formato “pdf”, sendo todos nomeados a partir do número do processo penal e armazenados nas pastas correspondentes às palavras-chave.

3.1 A filtragem dos julgados por matéria

Em seguida, foram depositadas todas as decisões na mesma pasta objetivando eliminar os julgados repetidos, o que resultou em 741 processos.

A partir do material bruto, o passo seguinte eliminou as decisões que estavam em segredo de justiça, uma vez que a versão de “inteiro teor” fornecida pelo site do TJRJ, por óbvio, não possuía as informações necessárias para a análise a ser desenvolvida na pesquisa. Em razão disso, foram obtidos 721 processos.

Realizada a exclusão anterior, ficou nítida a existência de deliberações judiciais que, apesar de conterem as expressões dos verbetes, não tratavam da desclassificação em específico. Assim, foram eliminados documentos que julgavam os pleitos de desclassificação de crimes diversos ou, ainda, a desclassificação do crime de tráfico para outros tipos penais que não o uso pessoal de drogas.

Importante colocar que nesse momento foram eliminadas também as decisões que tratavam de desclassificação do crime de tráfico para aquele descrito no §3º do artigo 33 da Lei de Drogas, que traz o tipo de oferecimento de drogas a terceiros para uso compartilhado. Ainda, foram eliminadas as decisões cujos pleitos defensivos fossem somente desclassificações do *caput* para outros incisos e parágrafos do artigo 33 ou que tratassem de desclassificações no âmbito processual penal, a fim de restringir a pesquisa às desclassificações do tráfico para uso pessoal de drogas.

Expressivas foram as exclusões dos processos cujas apelações pleiteavam a desclassificação do crime de tráfico de drogas, *caput*, para aqueles denominados como colaboração para o tráfico e associação para o tráfico.

Mesmo após a exclusão por matéria, o material coletado e selecionado permanecia robusto, de modo que foi necessária a seleção dos documentos por lapso temporal. Para tal

etapa, foram selecionados quatro meses do ano de 2021 – março, junho, setembro e dezembro – para a realização da análise das decisões. Resultados expostos na Tabela 1.

Tabela 1 – Relação de julgados por verbete

Marcador “Desclassificação Tráfico Uso de Drogas”	303
Marcador “Desclassificação Tráfico de Drogas”	727
Marcador “Desclassificação para Uso de Drogas”	293
Total de Decisões	1.323
Eliminação dos Sigilosos	721
Filtragem por Matéria	487
Seleção do Período para Análise	167

Tendo em vista o número de julgados obtidos manter-se expressivo, ainda que aplicadas as exclusões por data de julgamento, foi necessário apurar mais os resultados a fim de tornar a pesquisa exequível. Dessa maneira, optou-se por analisar oito julgados de cada câmara distribuídos pelos meses selecionados, sendo analisados dois julgados de cada mês.

Matematicamente, a pesquisa contaria com a análise de 64 julgados, considerando tratar-se de quatro meses de 2021 e oito câmaras criminais. Contudo, a análise abordou somente 58 julgados, uma vez que não foram obtidos resultados referentes à 5ª Câmara Criminal no mês de setembro. Além disso, a 1ª Câmara Criminal no mês de março, a 6ª Câmara nos meses de setembro e dezembro e a 7ª Câmara no mês de dezembro resultaram apenas um julgado cada para análise.

Em relação à 6ª Câmara, o número diminuto de processos analisados nos meses de março e junho poupou a realização de qualquer seleção, uma vez que o montante restou no mínimo necessário, qual seja, dois processos a cada mês.

3.2 A seleção do critério objetivo: quantidade de droga

No momento seguinte foi organizado em planilha, para fins de seleção, dezesseis processos por mês, sendo dois de cada Câmara Criminal. Para tal, os critérios foram baseados na quantidade total de droga apreendida, medida em gramas, de modo que, havendo mais de uma substância, suas quantidades foram somadas em gramas e comparadas a fim de selecionar os processos com as menores quantidades de drogas de cada mês.

Uma vez elencados os julgados de menor quantidade de entorpecente, foi observado que eles, majoritariamente, possuíam deferimento da desclassificação. Considerando que a proposta do trabalho não seria apenas acerca da incidência da desclassificação, mas sim o modo de diferenciação dos tipos penais previstos nos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas, a mera seleção dos julgados com a menor quantidade de drogas se mostrou insatisfatória.

Por consequência, o caminho para compreender o liame que divide os dois tipos penais pela perspectiva da quantidade da droga foi selecionar dois julgados correspondentes aos quatro meses selecionados de cada vara, sendo um com a maior quantidade de drogas cuja decisão deferisse a desclassificação e outro com a menor quantidade de drogas cujo julgamento indeferisse a desclassificação.

Contudo, eventualmente, algumas varas não deferiram qualquer desclassificação no mês, de modo que, o método foi selecionar os julgados que tratavam das menores quantidades de drogas.

A título de exemplo, a 1ª Câmara Criminal julgou em dezembro quatro processos, conforme Tabela 2, a seguir:

Tabela 2 – Relação de decisões julgados em dezembro pela 1ª Câmara Criminal

1ª Câmara: Dezembro	Substância	Quantidade	Acondicionamento	Deferimento
0001215-08.2020.8.19.0001	Maconha	2 g	2 cigarros	Não
0000079-57.2016.8.19.0084	Cocaína	1,9 g	2 tubos plásticos	Não
0008580-15.2020.8.19.0066	Maconha + Cocaína	99,7 g + 18,3 g	19 sacolés + 8 pinos	Não
0015620-78.2018.8.19.0014	Maconha + Cocaína	27 g + 24,8 g	3 tabletes + 26 invólucros	Não

Fonte: Elaborada pela autora (2023).

No bloco de julgados analisados, não houve qualquer deferimento de desclassificação. Para tal situação, os dois acórdãos selecionados foram os com menor quantidade total de drogas (processos grifados).

Na hipótese de haver um ou mais deferimentos por bloco, a solução foi selecionar uma decisão com deferimento que registrasse a maior quantidade de drogas do bloco. Após isso, a seleção do segundo julgado do mesmo bloco seria voltada à decisão de indeferimento da desclassificação com a menor quantidade de droga apreendida. Na Tabela 3, observa-se o bloco de decisões proferidas pela 3ª Câmara no mês de março de 2021:

Tabela 3 - Relação de decisões julgados em março pela 3ª Câmara Criminal

3ª Câmara: Março	Substância	Quantidade	Acondicionamento	Deferimento
0000056-04.2015.8.19.0034	Crack + Cocaína	0,47 g + 44 g	5 embalagens + 16 invólucros	Não
0001847-18.2016.8.19.0084	Cocaína	13,3 g	19 pinos	Não
0005587-41.2018.8.19.0010	Maconha	0,9 g	1 embalagem	Sim
0177613-72.2018.8.19.0001	Maconha	498 g	7 tabletes	Não
0268235-03.2018.8.19.0001	Maconha + Cocaína	3 g + 16 g	1 tablete + 32 tubos	Sim
0011688-08.2016.8.19.0029	Maconha + Cocaína	48 g + 6 g	30 embalagens + 7 embalagens	Não
0031727-66.2019.8.19.0014	Maconha	3 g + 46,7 g	52 embalagens	Não

Fonte: Elaborada pela autora (2023).

Conforme tabela, há dois documentos cujas decisões deferiram a desclassificação do crime de tráfico para uso de drogas. Assim, foi selecionado, dentre os deferimentos, aquele com maior quantidade de drogas apreendida, no caso, o segundo número de processo grifado (nº 0268235-03.2018.8.19.0001).

Para a seleção do segundo julgado do bloco, aqueles que indeferiam a desclassificação tiveram suas respectivas quantidades de substância apreendida comparadas, resultando naquele com menor quantidade de drogas (nº 0001847-18.2016.8.19.0084). O método de seleção foi aplicado em todos os meses e resultou Tabela 4, estando grifados os números de processo correspondentes às decisões selecionados para a pesquisa:

Tabela 4 – Distribuição de julgados

Câmara	Março	Junho	Setembro	Dezembro
1ª Câmara	0000197-44.2019.8.19.0014	0003696-74.2019.8.19.0066	0026248-63.2021.8.19.0001	0001215-08.2020.8.19.0001
		0170236-84.2017.8.19.0001	0247065-38.2019.8.19.0001	0000079-57.2016.8.19.0084
		0000069-28.2019.8.19.0045	0253834-62.2019.8.19.0001	0008580-15.2020.8.19.0066
		0010238-74.2020.8.19.0066	0173804-06.2020.8.19.0001	0015620-78.2018.8.19.0014
		0028165-15.2020.8.19.0014		
		0214697-10.2018.8.19.0001		
		0001835-18.2013.8.19.0081		
2ª Câmara	0027502-37.2018.8.19.0014	0007401-80.2019.8.19.0066	0011037-04.2016.8.19.0052	0008972-52.2020.8.19.0066
	0025490-25.2017.8.19.0066	0030070-89.2019.8.19.0014	0299600-07.2020.8.19.0001	0007286-21.2019.8.19.0014
	0010961-26.2018.8.19.0014		0040060-07.2019.8.19.0014	0016803-88.2019.8.19.0066
	0000283-15.2019.8.19.0014		0041337-58.2019.8.19.0014	0133762-12.2020.8.19.0001
	0124378-59.2019.8.19.0001		0335086-58.2017.8.19.0001	
	0131979-19.2019.8.19.0001			
	0124197-58.2019.8.19.0001			
	0298590-59.2019.8.19.0001			
0087439-80.2019.8.19.0001				
3ª Câmara	0013420-05.2019.8.19.0066	0000277-22.2018.8.19.0053	0004166-57.2019.8.19.0082	0002861-74.2017.8.19.0028
	0162885-89.2019.8.19.0001	0013194-25.2020.8.19.0014	0026641-64.2018.8.19.0042	0009950-63.2019.8.19.0066
	0026029-20.2019.8.19.0066	0003464-81.2015.8.19.0008	0214699-77.2018.8.19.0001	0042279-28.2016.8.19.0004
	0025250-27.2019.8.19.0014	0015929-28.2015.8.19.0007	0002064-40.2013.8.19.0028	0115817-46.2019.8.19.0001
	0000439-41.2019.8.19.0066	0005325-94.2016.8.19.0064	0216625-25.2020.8.19.0001	0197043-73.2019.8.19.0001
	0034130-20.2015.8.19.0023	0000438-90.2018.8.19.0066	0043421-37.2020.8.19.0001	
	0012425-89.2019.8.19.0066	0010018-56.2018.8.19.0063	0003714-53.2017.8.19.0038	
		0021839-14.2019.8.19.0066	0253331-07.2020.8.19.0001	
	0066592-57.2019.8.19.0001	0003310-19.2015.8.19.0055		
	0007481-14.2014.8.19.0068			
4ª Câmara	0007255-05.2020.8.19.0066	0131960-76.2020.8.19.0001	0015063-31.2021.8.19.0000	0069546-08.2021.8.19.0001
	0028817-50.2017.8.19.0042	0186919-65.2018.8.19.0001	0166276-52.2019.8.19.0001	0136794-25.2020.8.19.0001
	0043836-15.2019.8.19.0014	0018894-55.2019.8.19.0001	0170381-72.2019.8.19.0001	
	0028573-74.2018.8.19.0014	0020355-45.2014.8.19.0031	0002670-66.2020.8.19.0014	
	0016071-05.2016.8.19.0037	0027390-08.2021.8.19.0000	0010641-63.2017.8.19.0061	
	0091262-62.2019.8.19.0001	0088270-31.2019.8.19.0001	0032471-61.2019.8.19.0014	
	0000278-78.2019.8.19.0018	0138202-85.2019.8.19.0001	0007679-18.2013.8.19.0058	
	0071811-51.2019.8.19.0001	0030970-72.2019.8.19.0014	0036267-15.2015.8.19.0042	
0253419-16.2018.8.19.0001		0005592-70.2017.8.19.0019		
0014750-37.2019.8.19.0066		0016987-10.2020.8.19.0066		
5ª Câmara	0000056-04.2015.8.19.0034	0008852-97.2015.8.19.0061		0011523-64.2020.8.19.0014
	0001847-18.2016.8.19.0084	0059839-84.2019.8.19.0001		0197921-95.2019.8.19.0001
	0005587-41.2018.8.19.0010	0469104-84.2015.8.19.0001		0024911-10.2019.8.19.0001
	0177613-72.2018.8.19.0001			0090750-11.2021.8.19.0001
	0268235-03.2018.8.19.0001			0010188-10.2020.8.19.0014
	0011688-08.2016.8.19.0029			0025206-80.2018.8.19.0066
0031727-66.2019.8.19.0014			0240298-81.2019.8.19.0001	
6ª	0003753-17.2015.8.19.0000	0000523-60.2014.8.19.0052	0014298-23.2018.8.19.0014	0007146-20.2017.8.19.0058
	0016005-30.2019.8.19.0001	0006879-15.2019.8.19.0014		
7ª Câmara	0106203-51.2018.8.19.0001	0014812-14.2018.8.19.0066	0015696-34.2020.8.19.0014	0035672-95.2018.8.19.0014
	0193214-84.2019.8.19.0001	0016731-63.2019.8.19.0014	0284209-12.2020.8.19.0001	
	0202655-89.2019.8.19.0001	0157083-76.2020.8.19.0001	0014264-82.2021.8.19.0001	
	0090321-15.2019.8.19.0001	0189196-83.2020.8.19.0001	0006031-03.2018.8.19.0066	
		0029048-93.2019.8.19.0014	0026149-63.2019.8.19.0066	
			0000402-03.2017.8.19.0060	
		0007088-85.2020.8.19.0066		
		0021763-49.2019.8.19.0014		
		0021801-07.2016.8.19.0066		
		0204830-56.2019.8.19.0001		
8ª Câmara	0126182-28.2020.8.19.0001	0081900-36.2019.8.19.0001	0012307-41.2020.8.19.0014	0017486-53.2020.8.19.0014
	0093990-13.2018.8.19.0001	0007018-45.2018.8.19.0064	0023047-97.2016.8.19.0014	0018563-68.2018.8.19.0014
	0000686-74.2012.8.19.0031	0025412-94.2018.8.19.0066	0008846-07.2017.8.19.0066	0037600-47.2019.8.19.0014
	0009083-90.2016.8.19.0061	0074931-68.2020.8.19.0001	0019336-20.2019.8.19.0066	0120250-59.2020.8.19.0001
	0003708-84.2018.8.19.0014		0028692-64.2020.8.19.0014	0182366-04.2020.8.19.0001
	0050680-20.2019.8.19.0001			0195205-61.2020.8.19.0001
	0130014-69.2020.8.19.0001			0306937-47.2020.8.19.0001
	326004-66.2018.8.19.0001			
0248955-12.2019.8.19.0001				

Fonte: Elaborada pela Autora (2023).

Insta salientar que a presente pesquisa, por conta da metodologia de seleção dos processos, tornou-se inapropriada para eventuais análises sobre índice de deferimento e indeferimento da desclassificação no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A seleção foi propositalmente voltada para comparação entre as características dos crimes julgados como tráfico e aqueles desclassificados para uso de drogas.

3.3 Da construção do banco de dados

Uma vez finalizada a seleção do material, o banco de dados foi construído com marcadores a fim de que registrassem os critérios utilizados pelo juiz no deferimento ou indeferimento do pleito de desclassificação. A leitura preliminar dos julgados tornou possível identificar as principais constantes na equação do convencimento judicial.

Logo, foram inseridas no banco informações que compuseram cada caso. Os primeiros aspectos registrados foram aqueles indicadores que a própria lei prevê para distinção, no caso concreto, entre a prática de tráfico de drogas e de porte para uso pessoal, quais sejam, natureza, quantidade, variedade e acondicionamento da droga.

Os materiais que porventura eram apreendidos junto da substância entorpecente também restaram inseridos no banco de dados. A relevância da informação se mostrou nos acórdãos cuja quantidade de droga apreendida era muito pequena, mas contaram com objetos como balança de precisão e material para endolação. Nesses casos, os objetos foram decisivos para o convencimento do juiz no sentido de condenação por tráfico, ainda que pouca fosse a quantidade de drogas.

Além disso, outro dado a ser levado em consideração foi o local da apreensão, uma vez que o § 2º do artigo 28, da Lei de Drogas, estabelece tal característica da conduta praticada relevante para compreender a que fim se destinava a droga. As denúncias transcritas nos julgados, majoritariamente, mencionam que o local onde se deu a apreensão são lugares conhecidos pela própria Polícia Militar como ponto de tráfico de drogas.

A confissão do réu ou ausência dela, quando mencionada no julgado, também foi registrada. Observou-se que o réu assumiu, por vezes, a propriedade das drogas com a

finalidade de uso e, contudo, o juiz desconsiderou o alegado e manteve a condenação por tráfico. Em outras situações frequentes, os juízes utilizaram a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para reforçar a importância e a validade da prova testemunhal da acusação para a manutenção da condenação de tráfico, de modo que sua menção foi igualmente registrada no banco de dados.

As eventuais menções às características pessoais dos réus foram registradas, tais como atividade profissional, reincidência ou histórico de prisão. Já que a lei prevê que, assim como o local da ação, as características sociais e pessoais, bem como antecedentes do agente constituem fatores para a distinção entre os tipos penais. Logo, o intuito da inserção dessas informações é averiguar se tais características pessoais do réu contribuíram para o convencimento do juiz.

O deferimento ou indeferimento foi igualmente registrado, bem como eventuais reformas na dosimetria da pena ou na capitulação do delito. Observou-se que em alguns casos não houve deferimento da desclassificação, no entanto, o juiz reconheceu o preenchimento dos requisitos para aplicação do tráfico privilegiado, fato melhor pormenorizado nos itens seguintes do trabalho.

3.4 Dos dados obtidos

Segundo a doutrina, a materialidade é um vestígio deixado pela prática de conduta delituosa, que constitui prova do cometimento de determinado crime e, quando combinada à autoria, compõem os requisitos essenciais para uma condenação⁹⁴. No crime de tráfico de drogas, a materialidade é constituída pela própria droga apreendida e, nesse sentido, a Sexta Turma do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), no HC 681.724/MG, entendeu que a apreensão da droga é imprescindível para a demonstração da materialidade⁹⁵.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme. Corpo de Delito e Exame de Corpo de Delito. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/corpo-de-delito-e-exame-de-corpo-de-delito/#:~:text=Denomina-se%20materialidade%20a%20prova,%2C%20no%20crime%20de%20homicídio>

⁹⁵ BRASIL. HC 681.724/MG, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2021, DJe 05/11/2021). Acessado em 13 de abril de 2023.

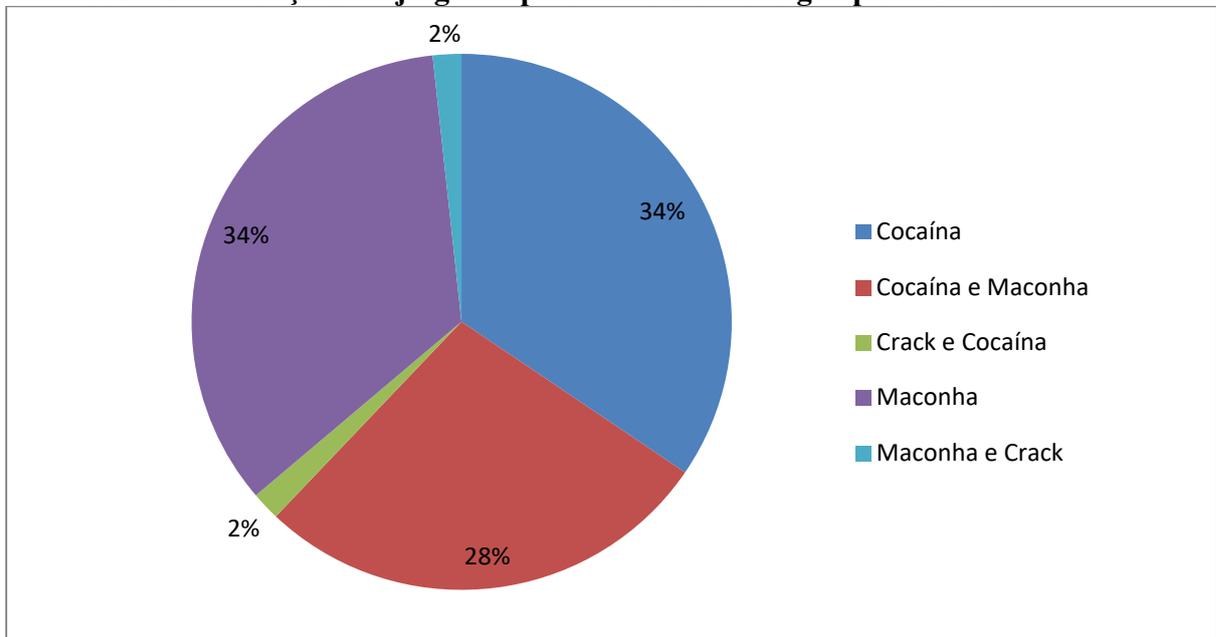
Dessa maneira, as primeiras características dos julgados registradas dizem respeito à própria natureza e quantidade da substância apreendida, uma vez que consta como o primeiro critério de diferenciação previsto no §2º do artigo 28 da Lei 11.343/06.

3.5 Da natureza e da quantidade de drogas

Do banco de dados depreende-se que a maconha e a cocaína possuem larga incidência. As substâncias, quando apreendidas separadamente, representam 34,5% dos processos cada e, quando apreendidas em conjunto, representam 27,5% dos casos.

O gráfico gerado a partir do banco de dados evidencia que as substâncias da maconha e da cocaína compõem quase todos os casos das apreensões analisadas, restando ao “crack” apenas dois casos dentre os analisados e, ainda assim, a substância foi apreendida em conjunto com certa quantidade de maconha ou cocaína. O Gráfico 1 mostra os dados mencionados.

Gráfico 1 – Distribuição dos julgados por natureza da droga apreendida



Fonte: Elaborado pela autora (2023).

Tais dados vão ao encontro da conclusão do 3º Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira, realizado em 2015, pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), com parceria do Instituto Brasileiro (IBGE), Instituto Nacional (Inca) e da Universidade de

Princeton, nos Estados Unidos.⁹⁶ Segundo o estudo, as duas substâncias ilícitas mais utilizadas pelos brasileiros são, de fato, a maconha e a cocaína.

Os casos com as maiores quantidades de drogas, no banco de dados, registram mais de uma substância entorpecente apreendida. A maioria das apreensões de maconha não ultrapassaram 100 gramas de substância. Em relação à cocaína, há registro de quantidades ainda menores, cerca de 50% dos casos possuem valores abaixo de 10 gramas da droga e apenas um no qual a concentração da droga ultrapassou as 100 gramas.

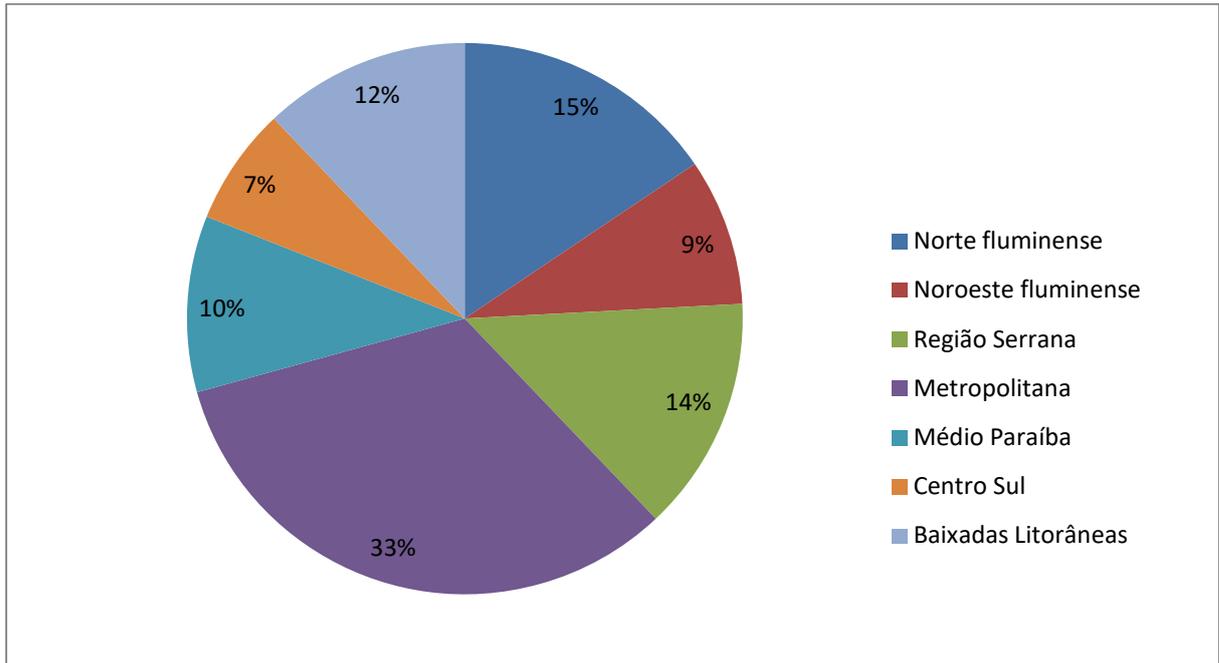
Por último, o “crack” registrou somente dois casos, sendo ele a substância mais abundante que a outra apreendida em conjunto. Ainda, ambos os casos deliberados possuíam quantidades de drogas acima da média.

3.6 Do local da prisão em flagrante

O segundo critério estabelecido no artigo 28, para determinar a destinação da droga foi o local da ação. Em mais de 90% dos julgados analisados há indicação do endereço onde ocorreu a apreensão da droga. Dentre 58 casos, a apreensão das drogas se deu na região Metropolitana em 19 deles, o que representa 33% do material. As regiões Norte Fluminense e Serrana seguem com 15% e 14%, respectivamente. Na Figura 1 está a distribuição das apreensões pelas regiões do Rio de Janeiro.

⁹⁶ Pesquisa disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/34614>. Acessado em 16 de abril de 2023.

Gráfico 2 – Distribuição dos flagrantes por região do estado do Rio de Janeiro



Fonte: Elaborado pela autora (2023).

Insta observar que um terço dos casos ocorreu em espaços pertencentes à Região Metropolitana e, além disso, os endereços correspondentes a essa região do estado do Rio de Janeiro são trazidos nas decisões frequentemente acompanhados de palavras como “favela”, “comunidade” e “vila”.

Ainda, a relação de endereços no banco de dados possuem descrições que dizem respeito às facções criminosas que dominam a localidade. Expressivo foi o número de denúncias que, transcritas nas decisões, denunciaram o poder da facção denominada Comando Vermelho nos lugares das apreensões.

3.7 Da denúncia e a tipificação da conduta

No âmbito direito processual penal, o oferecimento da denúncia é o ato de provocação que dá início à ação penal e, conforme artigo 24 do Código de Processo Penal cabe ao Ministério Público fazê-lo nas ações penais públicas. A peça processual da denúncia tem suas características previstas no artigo 41 do CPP, quais sejam, “*exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas*”.

Dessa forma, as denúncias constantes no material analisado se estruturam a partir da narração da conduta do agente, a forma de abordagem dos policiais e o que provocou tal ato, o que estes encontraram na posse do investigado, a quantidade de substância apreendida e o estabelecimento do destino da droga.

As imputações presentes na peça processual introdutória remeteram aos verbos nucleares de “trazer consigo”, “guardar” e “manter em depósito”, todos ambíguos quanto à tipificação. Isso porque não há dúvida quanto às condutas restritas ao tipo penal de tráfico de drogas, cujos verbos nucleares superam em muito as ações previstas no artigo 28 da Lei de Drogas. Contudo, não houve extensos registros de casos de “venda”, “expor à venda” ou “oferecer”, condutas essas privativas do crime de tráfico.

De modo semelhante, as alegações policiais raramente afirmaram a realização de entrega da droga, o recebimento de quantia ou a exposição para venda. Suas declarações já definiam a destinação da substância, mesmo antes da averiguação do fato supostamente criminoso. Ficou nítido que os policiais se dirigiam aos locais subentendendo que ali flagrariam a prática de tráfico, contudo, raramente presenciaram a realização de condutas típicas da atividade criminosa em questão.

3.8 Da palavra policial e da utilização do Enunciado nº 70

Outra característica perceptível das decisões foi a utilização em larga escala do Enunciado nº 70 do TJRJ. Cerca de 60% delas utilizam o enunciado para fundamentar a crença na palavra do policial, ainda que o depoimento dos policiais constituísse prova única da atividade de tráfico. Enquanto 41,3% das decisões não mencionaram o dispositivo, contudo, cabe destacar que mesmo essas decisões lançaram mão da alegação policial como fundamento principal da condenação.

Ainda que compreensível a inexistência de outras testemunhas na maioria dos casos, em razão das condições em que se deram os flagrantes, foi preciso atentar-se ao fato de que o papel de única testemunha no processo referente à lei de drogas fosse desempenhado pelas mesmas pessoas que realizaram a apreensão da substância, sendo as mesmas que estabeleceram a finalidade da droga. As decisões analisadas revelaram certo padrão nas

alegações policiais, qual seja, a confissão do réu da prática de tráfico aos próprios policiais. Inclusive, foi observado que o juiz não se contrapôs na maioria dos casos, ficando estabelecida a alegação como uma “verdade”.

Ainda sobre a Polícia Militar, insta considerar que as únicas provas orais foram, majoritariamente, as alegações dos policiais militares, sendo excepcional a existência de outras testemunhas. Dessa forma, a relevância do depoimento policial no embasamento da decisão judicial foi registrada no banco de dados como “utilizada” ou “relevante”.

Na hipótese da palavra policial constituir única prova testemunhal, além da droga em si, as alegações ficaram registradas como “relevante” e, havendo outras espécies de provas, registrou-se como “utilizada”.

Além do registro no banco de dados, observou-se que os depoimentos policiais são comumente descritos como “firmes e coesos depoimentos dos policiais militares”, também acompanhados de adjetivos que depositam relevância dentro do quadro probatório. Dentre eles, anotou-se "seguro", "coerente e sem contradição", "harmônico", "com convicção", "clara e dinâmica" e "de forma uníssona", sendo automaticamente absorvidos nas decisões por meio de estruturas similares.

É que tais testemunhas não podem ter sua credibilidade desconsiderada simplesmente por causa da sua qualidade funcional. Em verdade, por serem agentes públicos, suas declarações gozam de presunção de veracidade e legalidade, ainda quando constitua a única prova dos autos, merecendo destaque que a Defesa não trouxe qualquer elemento idôneo capaz de abalá-los.⁹⁷

Ainda, dada a centralidade das decisões na palavra policial, foi também sinalizado no banco de dados os casos em que as autoridades militares alegaram já conhecerem o réu por envolvimento com tráfico. Mostrou-se nítido que o juiz, diante de casos dúbios quanto à finalidade da substância apreendida, atribuiu caráter de verdade à testemunha da acusação ainda que suas alegações não possuíssem qualquer lastro.

Inclusive, em relação às denúncias transcritas nas decisões, as prisões em flagrante revelaram dois grandes fundamentos para a abordagem policial, aquilo que os policiais

⁹⁷ Trecho retirado da decisão proferida pelo TJRJ, em sede de apelação criminal sob o nº 0028165-15.2020.8.19.0014.

chamaram de atividade suspeita e denúncia anônima. Em ambos os casos, os suspeitos são descritos como já conhecidos pela guarnição em razão de denúncias anteriores de tráfico ou, ainda, conhecidos pelos policiais devido ao seu envolvimento com o tráfico de drogas da região.

Na maioria das denúncias anônimas, os policiais receberam chamados de suas centrais solicitando patrulha devido a informações da prática de tráfico em determinado local. Enquanto, na atividade suspeita, os policiais faziam patrulhamento de rotina e se deparavam com sujeitos na rua, que ao avistarem a viatura da polícia praticaram a denominada “atividade suspeita”. Nas decisões, não foi possível identificar o que caracterizou a conduta motivadora da abordagem policial.

3.9 Das circunstâncias subjetivas

Segundo Salo de Carvalho, em contexto pré-constitucional, definiam-se antecedentes criminais como qualquer registro formal de prática delitiva⁹⁸. Tal conceito restou mitigado a partir do princípio da presunção de inocência, com o advento do artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988, que foi reforçado pela Súmula 444 do Supremo Tribunal Federal. Assim, entende-se o conceito jurídico de antecedentes, conforme o professor, como a existência de condenação criminal com trânsito em julgado posterior à data do novo delito⁹⁹, o que não se confunde com a reincidência, configurada na hipótese do cometimento de novo crime após o trânsito em julgado de condenação anterior.

Diante disso, o material analisado indicou a reincidência em dez casos, enquanto os maus antecedentes foram utilizados em quatro julgados, de modo que cerca de 20% das decisões estudadas fizeram alguma referência à vida progressa do sujeito sentenciado.

Em alguns casos, as câmaras criminais corretamente indeferiram o abrandamento do regime fixado na sentença devido à existência de maus antecedentes, ou então afastaram os maus antecedentes valorados na sentença condenatória, uma vez que baseadas em anotações na FAC que se referiam à ação penal ainda em curso.

⁹⁸ CARVALHO, *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*, p. 358.

⁹⁹ *Idem*, p. 360.

Observou-se, ainda, a utilização da condenação por associação para o tráfico, combinada com aquela prevista no artigo 33 da Lei de Drogas, para o afastamento da causa especial de diminuição de pena, em sede recursal, sob o argumento de que as características do fato demonstraram a dedicação do condenado a atividades criminosas, impeditivo este previsto no próprio dispositivo mencionado.

A apreensão de materiais para endolação embasou o afastamento da hipótese de tráfico privilegiado, ainda que tal circunstância já tivesse sido utilizada para comprovar a adequação da conduta ao tráfico, e não à posse para uso pessoal de drogas.

Por outro lado, não houve registro da utilização dos bons antecedentes e a primariedade do réu quando persistiram dúvidas em relação à destinação da droga, ainda que um dos critérios estabelecidos na lei para auxiliar na diferenciação entre tráfico e posse/porte para uso de drogas seja, justamente, a existência ou não de antecedentes criminais.

Além disso, os bons antecedentes foram colocados em cheque em decisão que afastou o tráfico privilegiado, mesmo que preenchido o requisito subjetivo, em razão das características da droga e os objetos encontrados que demonstraram o envolvimento com o tráfico. Dessa forma, além das características da conduta serem valoradas no enquadramento do crime de tráfico, também foram utilizadas para afastar a hipótese de eventualidade do crime.

Já em caso isolado, notou-se a interpretação dos bons antecedentes como irrelevantes na cominação da pena, fundamentada a decisão na personalidade dos réus, sem que nada fosse dito na totalidade do documento, salvo:

Por fim, quanto ao pleito de incidência da fração máxima da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06, também não merece acolhimento, uma vez que, em que pese a primariedade dos réus, a personalidade de ambos não é capaz de contribuir para a redução máxima na presente hipótese.¹⁰⁰

A referida decisão não fez qualquer colocação no corpo do documento em relação à personalidade dos agentes, restringindo-se a indeferir o pleito defensivo com base na citação retrocitada.

¹⁰⁰ Trecho retirado da decisão proferida pelo TJRJ, em sede de apelação criminal sob o nº 0197043-73.2019.8.19.0001.

Dessa forma, ainda que bons antecedentes tivessem, dentro do contexto fático dúbio entre tráfico e uso de drogas, os condenados não tiveram decisões favoráveis à desclassificação. Nas decisões em que nada se falou de maus antecedentes, igualmente deixaram de aplicar a diminuição de pena do §4º do artigo 33.

Por outro lado, quando presentes os maus antecedentes, o fato foi valorado em desfavor do réu, denunciando uma clara preferência em contrapor eventual benefício para o sentenciado com as características inerentes ao crime de tráfico ou com a superavaliação dos.

Conforme já mencionado, a diferenciação entre os crimes de uso pessoal de drogas e tráfico de drogas, não se restringe à destinação da substância. A diferenciação também engloba outras características previstas no parágrafo 2º do artigo 28, da Lei 11.343/06. Todavia, as decisões demonstram que os bons antecedentes não constituíram critérios relevantes para a desclassificação da conduta, de modo que, quando muito, consistiu em mero critério para aplicação da diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Em contrapartida, a existência de maus antecedentes foi interpretado como indício de dedicação a uma vida criminoso e, portanto, reforçava a tese da prática de tráfico de drogas.

3.10 Dos casos comparados

Após analisadas as características gerais dos julgados, foi preciso observar em separado aqueles que tratassem de droga da mesma natureza e, utilizando o método quantitativo, suas quantidades foram comparadas e observadas as penas aplicadas com o intuito de conferir se houve proporcionalidade na pena cominada.

3.10.1 Da maconha

Foram contabilizados vinte julgados cuja droga apreendida possuía a natureza de maconha, com oito decisões favoráveis à desclassificação, representando 40% das apreensões de maconha, e doze julgados de indeferimento do pleito defensivo desclassificatório.

Em busca de sinais de proporcionalidade entre a pena cominada e a quantidade de drogas, já que utilizada na justificativa do magistrado para a condenação ou a desclassificação, o banco de dados trouxe informações conflitantes.

A título de exemplo, no acórdão sob o nº 0028692-64.2020.8.19.0014, o réu foi condenado pelo tráfico de 84 gramas de maconha, com apreensão da drogas em sua residência juntamente a materiais para endolação e uma balança de precisão, o réu recebeu pena privativa de liberdade de cinco anos pela prática de conduta tipificada no artigo 33 de Lei de Drogas, entendimento este mantido em sede recursal.

Em contrapartida, no processo de nº 0253419-16.2018.8.19.0001, o réu foi sentenciado a cinco anos de privação de liberdade por tráfico mediante a apreensão de 8,3 gramas de maconha, não havendo outros objetos encontrados com o condenado. Já em sede recursal, o juiz entendeu pela aplicação do §4º do artigo 33, da Lei de Drogas, considerando o preenchimento dos requisitos. Entretanto, restou mantida a condenação por tráfico de drogas.

Nos dois casos a sentença condenatória cominou pena privativa de liberdade de cinco anos, contudo havia notável diferença entre eles, tanto pela quantidade de drogas apreendidas quanto pelos objetos encontrados para além da droga. Além disso, quando contrastados os delitos praticados, é curiosa a atribuição ao segundo a prática de tráfico, considerando a quantidade diminuta de substância e ausência de objetos característicos do tráfico.

Esse paradigma foi identificado em quase toda a amostra de julgados analisados. Outro exemplo foi o julgado sob o nº 0090321-15.2019.8.19.0001, que tratou do réu preso pela posse de três gramas de maconha e concedeu a desclassificação para o crime de uso pessoal de drogas. De modo adverso, o réu, julgado no acórdão de nº 0001215-08.2020.8.19.0001, foi preso portando dois gramas de maconha e teve sua condenação por tráfico mantida, aplicando-se a diminuição da pena em dois terços. No segundo caso, o magistrado sustentou impossibilidade de desclassificar a conduta de tráfico para uso pessoal de drogas em razão da prova de traficância, qual seja, a testemunha da acusação, constituída pela palavra dos policiais.

Ambos os delitos foram cometidos de forma bastante semelhante, consistindo a diferença na quantidade da droga arrecadada. O raciocínio lógico seria de desclassificação do

crime de tráfico para o de porte para uso pessoal de drogas quanto menor a quantidade de droga apreendida, já que ausentes características de traficância. Contudo, o resultado indicou uma divergência quanto ao que seria pequena quantidade de droga.

Das maiores quantidades examinadas, as compreendidas entre 331 e 5.880,6 gramas de maconha, dois julgados desclassificaram a conduta para a previsão do artigo 28 da Lei de Drogas. Contudo, ambos merecem um olhar cuidadoso, uma vez que, no processo sob o nº 0016005-30.2019.8.19.0066 a absolvição se deu em razão de invasão de domicílio injustificado, prejudicando a análise da conduta. Narrou-se na denúncia que os policiais arrecadaram a droga na varanda do réu, contudo, as testemunhas presentes na residência não confirmaram a autorização para a entrada dos policiais. Dessa forma, a apreensão da substância foi posterior à violação do domicílio do réu e não houve flagrância que a justificasse.

No processo nº 0014298-23.2018.8.19.0014, foi registrada o confisco de 543 gramas de maconha, contudo, tal montante foi encontrada na residência da acusada. Quando abordada, a ré foi flagrada pelos policiais usando a droga em praça pública, de modo que restou infundada a entrada dos policiais na sua residência. O magistrado frisou a condição diminuta da substância encontrada na posse direta da ré, quantidade que sequer foi valorada, e decidiu pela desclassificação da conduta tipificada no artigo 33 da Lei de Drogas para aquela menos gravosa, uso pessoal de drogas.

Nos julgados que analisaram as menores quantidades de droga, aquelas abaixo de 20 gramas de maconha, apenas uma decisão deferiu a desclassificação para o injusto de porte para uso pessoal. Já os casos de quantidades compreendidas entre 40 e 80 gramas de substância apresentaram maiores índices de desclassificação, uma vez que seis decisões trataram desses montantes e metade delas deferiram a desclassificação.

Do que se pôde observar das deliberações judiciais, não parece haver consenso sobre quantidade de drogas pequena capaz de ensejar a desclassificação, e qual a quantidade implica evidente prática de tráfico.

3.10.2 Da cocaína

Nos casos de apreensão da cocaína, o índice de deferimento é ainda menor, registrando 20% com desclassificação deferida. De vinte julgados comparados, tratando apenas de cocaína, somente em quatro casos o entendimento proferido desclassificou a conduta, com consequente absolvição dos réus. Nessas decisões, as quantidades entendidas como voltadas para consumo variaram entre 6 e 12 gramas da substância.

O material selecionado registrou provimentos bastante distintos em casos semelhantes, p. ex, o julgado sob o nº 0195205-61.2020.8.19.0001 considerou a ausência de atividades típicas de traficância um indicativo de que a pequena quantidade da droga apreendida destinava-se ao consumo. Frise-se o adjetivo “irrisório” usado pelo magistrado para caracterizar as 12 gramas de cocaína acondicionadas em 14 embalagens.

Na completa contramão, o acórdão de nº 0197921-95.2019.8.19.0001 afirmou não ser possível aplicar a desclassificação da prática de trazer consigo 11,4 gramas de cocaína, sob o seguinte argumento:

“Com efeito, à luz da norma prevista no art. 28, § 2º, da Lei 11.343/06, não há como se acolher a tese de que a quantidade de drogas na posse direta do acusado era pequena e se destinava ao próprio uso, já que se trata de dezenove invólucros contendo cocaína, quantidade esta encontrada em local conhecido como ponto de tráfico de entorpecentes, sendo de rigor o reconhecimento da caracterização da destinação de tal material ao comércio ilícito, razão pela qual deve ser confirmada a solução condenatória.” (Apelação nº 0197921-95.2019.8.19.0001, p.8).

Em ambos os casos houve a flagrante posse da droga e não atividade de traficância, merecendo destaque para as quantidades de substância bastante aproximadas, mas que foram julgadas de forma absolutamente distintas. A mesma observação realizada nos casos de maconha parece se repetir nos casos de cocaína, o montante de entorpecente confiscado variou e não evidenciou relação com número de embalagens da droga, sequer com objetos encontrados na posse do réu ou na sua residência.

Outro exemplo digno de comentário foi o julgado de nº 0025250-27.2019.8.19.0014, cuja deliberação tratou da apreensão de 9,7 gramas de cocaína, localizada em casa abandonada de onde o réu foi avistado saindo. O réu, quando abordado, não possuía qualquer substância ou objetos que indicassem atividade de tráfico. A decisão conferiu a aplicabilidade da diminuição de pena do § 4º, diante da primariedade do condenado, entretanto, manteve a condenação pelo artigo 33 da Lei 11.343/06.

Diante da mesma narrativa, no julgado de nº 0021801-07.2016.8.19.0066, o réu foi acusado de manter em depósito 9,7 gramas de cocaína para fins de tráfico. O desembargador resolveu pela dúvida favorável ao réu, uma vez que a acusação não demonstrou suficientemente a destinação da droga. Nesse sentido:

Insta salientar que, ainda que considerasse como verdadeira a versão de que o apelante ROBSON havia assumido para o policial a propriedade da droga – alegando, porém, ser para uso próprio –, **fato incontroverso é que ele não foi flagrado praticando qualquer ato de comércio traficância, deixando dúvidas e mais dúvidas no espírito do intérprete da prova quanto a real finalidade de venda do entorpecente apreendido** no momento de sua prisão em flagrante. Ora, sendo o porte núcleo integrante de tipos penais diferentes, cabe à acusação comprovar em qual deles se enquadra a conduta daquele que traz consigo substâncias entorpecentes.¹⁰¹ (grifo nosso).

Acerca dos dezesseis casos de indeferimento, sete julgados aplicaram o tráfico privilegiado, com menção ao preenchimento dos requisitos previstos em lei, e os outros nove mantiveram intactas as sentenças condenatórias de tráfico, sem aplicação da diminuição de pena mesmo que ausentes os registros sobre antecedentes criminais.

A menor quantia de cocaína registrada no banco de dados pertence ao julgado sob o nº 0026641-64.2018.8.19.0042, com apreensão de 1,3 gramas, acondicionadas em uma embalagem do tipo “eppendorf”, sem outros objetos encontrados na posse do réu. A sentença condenatória cominou a pena de quatro anos de privação de liberdade e, em sede recursal, o magistrado se restringiu à aplicação da diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Embora a droga confiscada fosse diminuta e não houvesse qualquer outra característica do fato que enquadrasse no tipo penal de tráfico, salvo a palavra das testemunhas da acusação, a deliberação judicial não desconsiderou a finalidade de traficância do caso. Nessa mesma direção, observou-se que os julgados de indeferimento da desclassificação consideraram tráfico as condutas interpretadas como porte para uso pessoal em outros casos bastante semelhantes.

¹⁰¹ Trecho retirado da decisão proferida pelo TJRJ, em sede de apelação criminal sob o nº 0021801-07.2016.8.19.0066.

A média de quantidades de cocaína foi menor se comparada àquela registrada nos casos de maconha apreendida, contudo, não mostrou constituir um critério objetivo nas decisões judiciais examinadas.

3.10.3 Da dupla natureza da substância

Organizados os julgados cujas apreensões confiscaram substâncias com mais de uma natureza, percebeu-se uma média de quantidade maior que os casos analisados nos itens anteriores. Um terço deles tiveram quantidades acima de 100 gramas da substância e maior variedade de acondicionamento.

Verificou-se o registro de apenas três desclassificações do crime de tráfico para o uso pessoal de drogas, correspondendo a 16% das decisões, enquanto quinze julgados negaram provimento à desclassificação. As quantidades reclassificadas para uso pessoal foram de 45 gramas de maconha e 19 gramas de cocaína no primeiro julgado; 3 gramas de maconha e 16 gramas de cocaína no segundo; e 0,5 grama de maconha e 8,9 gramas de cocaína no terceiro. Os casos também foram comparados a outros julgados em situações fáticas da conduta semelhantes, contudo, com deliberações judiciais pelo indeferimento da desclassificação.

A decisão sob o nº 0268235-03.2018.8.19.0001 merece destaque, pois contrastou o arcabouço probatório com a denúncia, que atribuiu aos réus a conduta de venda de entorpecentes. No julgado, o desembargador considerou o interrogatório dos recorrentes e, com isso, relativizou a Súmula 70 do TJRJ diante do cenário de incerteza, uma vez que julgou não haver correspondência entre a conduta praticada e a narrada nos depoimentos dos policiais militares.

De modo incomum, dentro do universo deliberativo selecionado, o magistrado questionou a propriedade das drogas encontradas em matagal próximo ao local da prisão, uma vez que os supostos traficantes foram abordados e com eles foi apreendida pequena quantidade de droga e não aquela a eles atribuída na denúncia. Por se tratar de praça pública o local da ação, restou frágil a atribuição de tráfico. Portanto, decidiu pela desclassificação e consequente absolvição dos réus.

De modo semelhante, a apelação sob o nº 0010238-74.2020.8.19.0066 foi julgada pelo provimento da desclassificação, uma vez que incomprovada a autoria. Tratava-se de acusação de tráfico pelo porte de 0,5 grama de cocaína que, tendo o réu a consumido quando percebida a presença dos policiais, foi encaminhado até sua residência para revista fundada no suposto flagrante de tráfico. No domicílio, a autoridade policial encontrou 8,9 gramas de cocaína e 0,4 de maconha, bem como uma planta identificada pelos policiais como *Cannabis Sativa*.

Mais uma vez a palavra policial foi contrastada com as outras provas produzidas e, principalmente, com a conduta efetivamente praticada pelo réu e não aquela narrada na denúncia. O magistrado verificou que a conduta verdadeiramente praticada foi a de consumo da droga, trazendo por terra a fundamentação da revista na residência do réu, e o absolveu.

Dentre os indeferimentos da desclassificatória, apenas dois casos obtiveram a aplicação da diminuição de pena do tráfico privilegiado em sede recursal. A palavra do réu foi, novamente, mencionada na decisão e valorada junto às outras provas como boletim de atendimento médico e laudo pericial referente às plantas apreendidas.

O terceiro e último pleito desclassificatório provido em sede recursal obteve decisão incisiva quanto às provas da conduta de tráfico, ainda que réu revel, colocado desta forma:

No cenário trazido aos autos, não se pode afirmar a ligação do réu com o exercício da mercancia ilícita das drogas. **O acervo probatório utilizado na condenação não passou de meras suposições e ilações, extraídas basicamente no depoimento do policial** Valentim Teodoro que diz conhecer o apelante anteriormente e ter ciência do seu envolvimento com o tráfico de drogas, na função de “aviãozinho”. A prova oral é frágil e insuficiente. Não obstante ter sido decretada a revelia do réu, a autoria foi negada pelo acusado, em sede policial (pasta 05) quando da lavratura do APF admitiu ser o proprietário da droga, esclarecendo que a comprou em Carangola/MG, com o seu benefício do "LOAS", para consumo próprio, por ser dependente químico. E acrescentou ser "Soro Positivo", pois tem HIV. ¹⁰²(grifo nosso)

A conduta imputada era “transportar” e “trazer consigo” drogas com o fim de tráfico, tendo os policiais apreendido 45 gramas de maconha e 19 gramas de cocaína em transporte público. Todavia, a acusação não conseguiu convencer o desembargador sobre a destinação da droga, tendo em vista que o réu alegou ser usuário mesmo em sede policial.

¹⁰² Trecho retirado da decisão proferida pelo TJRJ, em sede de apelação criminal sob o nº 0029048-93.2019.8.19.0014.

Ocorreu absolvição de apenas um réu em observância ao princípio constitucional *in dubio pro reo*, sem aplicação da desclassificação. Em sede de apelação a 7ª Câmara Criminal decidiu, no julgado sob o nº 0000402-03.2017.8.19.0060, que embora o depoimento dos policiais possuísse credibilidade e valor probatório, não poderia sozinho fundamentar decisão condenatória, colocando da seguinte maneira:

Ressalta-se que o réu não foi visto comercializando drogas, tampouco foram produzidas outras provas que permitissem a formação de um juízo de certeza quanto à destinação do entorpecente. Na hipótese, o que se extrai com certeza absoluta é que não se traduz com firmeza a ocorrência dos fatos como relatados na denúncia, à míngua de outros elementos de prova que permitissem a formação de um juízo de certeza quanto à destinação do entorpecente. A roupagem de verossimilhança do relato policial apenas torna admissível, no limite, proclamar que efetivamente houve a apreensão das drogas.¹⁰³

As condenações nos casos com maiores quantidades e natureza de droga tiveram menos modificações em sede recursal, uma vez que o arcabouço probatório estava munido de objetos bastante característicos do tráfico. Alguns julgados acertadamente valoraram a apreensão em conjunto de objetos como material para endolação, arma de fogo, rádios comunicadores, quantias relevantes de dinheiro e substância tóxica.

Apesar disso, os casos de dupla natureza da substância apreendida não se afastaram do padrão observado nos casos de maconha e cocaína apreendidas isoladamente. Mais da metade das deliberações consideraram a presença de dinheiro como um indício de traficância e, assim como as decisões anteriormente analisadas, combinou tal fato às insígnias de facção criminosa nas embalagens das drogas apreendidas.

A partir do exposto, foi possível visualizar a multiplicidade de situações similares que são interpretadas pelos juízes de forma distinta, não resumindo a questão apenas à quantidade de drogas encontrada. O problema perpassa a própria conduta narrada na denúncia e os dados fáticos valorados na decisão judicial. A palavra policial também se mostrou digna de grande atenção, principalmente, pela fácil assimilação do magistrado como verdade jurídica.

¹⁰³ Trecho retirado da decisão proferida pelo TJRJ, em sede de apelação criminal sob o nº 0000402-03.2017.8.19.0060.

4. A ANÁLISE QUALITATIVA: DA ARGUMENTAÇÃO JURISDICIONAL

Considerando as observações trazidas na análise quantitativa dos julgados, é possível trazer uma noção da multidisciplinaridade do problema quando se fala em política criminal de drogas no Brasil. A complexidade do tema é digna de toda a bibliografia que já se debruçou e se debruça sobre o assunto. Assim, a solução para a questão não se restringe a uma abordagem apenas, uma vez que o tema extrapola a tipificação de uma conduta ou outra, é mais complexo do que diminuir a pena prevista para o tráfico de drogas, ou ainda, ultrapassa a descriminalização do uso de drogas.

As ações e medidas do Estado voltadas ao combate das drogas ilícitas trazem consequências complexas, conforme explicitado no presente trabalho. Para ilustrar o assunto, faz-se necessário mencionar alguns estudos realizados sobre as decisões judiciais sobre crimes de tráfico de drogas, uma vez que contribuem para o tema sob diferentes pontos de vista.

4.1. Os estudos anteriores e suas conclusões

No capítulo anterior, a análise quantitativa dos dados mostrou a relevância da palavra policial na tipificação da conduta praticada pelo agente acusado. Nesse mesmo sentido, em 2018 foi realizado um estudo sobre a valoração da palavra policial nos processos de acusação por tráfico de drogas no estado de São Paulo¹⁰⁴. A pesquisa se concentrou no vasto material que, coletado pelo Núcleo de Estudo da Violência da Universidade de São Paulo, envolveu a análise dos autos de prisão em flagrante, sentenças, entrevistas com profissionais da segurança pública e do sistema de justiça criminal, diários de campo de audiências tanto de instrução e julgamento, quanto de custódia¹⁰⁵.

Com amplo acesso à argumentação na fase inicial do processo, as conclusões do estudo fazem coro aos dados observados no presente trabalho. Naquele, verificou-se que há, nos processos de tráfico, uma tendência em se acatar a versão do policial como verdadeira e a do

¹⁰⁴ JESUS, Maria Gorete de. Verdade Policial como Verdade Jurídica: Narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça. Revista Brasileira de Ciências Sociais, volume nº 35, nº 102, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/CV6vftDPgYdD4wR77BvcTmN/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 11 de janeiro de 2023.

¹⁰⁵ JESUS, 2020, p. 3.

acusado como falsa ¹⁰⁶. O estudo permitiu observar a existência de um “repertório de crenças” que constitui o apanhado de fundamentações utilizadas pelos operadores do direito para tornar a narrativa policial em verdade jurídica.

Esse conjunto de justificativas foi separado em seis “crenças”. A primeira, a crença na função policial estabeleceria a premissa de que os agentes policiais realizam suas atividades baseados na boa fé e de que, por serem funcionários públicos no exercício de suas funções, possuem fé pública ¹⁰⁷. Já a segunda crença, depositada na conduta policial, traria o toque de imparcialidade do agente no exercício de suas funções, descartando a possibilidade do policial agir de maneira agressiva ou ilegal, cometer abuso de poder ¹⁰⁸.

A crença no saber policial seria depositar na experiência do agente público a legitimidade de definir as situações dúbias, dando à alegação uma valoração de ciência ¹⁰⁹. Dessa maneira, por estar sempre em contato com a população, haveria o acatamento das narrativas de “lugar conhecido como ponto de venda de drogas”, “atitude suspeita”, até mesmo “suspeito conhecido pela polícia em razão da venda de drogas”.

Por sua vez, a crença de que o acusado vai mentir estaria baseada no princípio da não autoincriminação, de maneira que toda e qualquer alegação do réu é pressuposta como estratégia da defesa ¹¹⁰. Mesmo nos casos de denúncia de violência policial para com o réu é valorada pelo juiz como mentira, de maneira que o juiz descarta qualquer informação diferente do que consta nos autos.

Por conseguinte, a crença de que existe uma relação entre criminalidade e o perfil dos acusados ¹¹¹ seria compreendida a partir da ideia de que as informações socioeconômicas são determinantes para a definição do delito praticado. Nessa lógica, o sujeito que possui antecedentes criminais e não comprova trabalho lícito nos autos possuiria circunstâncias sociais e pessoais sinalizadores da prática de tráfico de drogas.

¹⁰⁶ JESUS, 2020, p.2.

¹⁰⁷ Ibid., p. 5.

¹⁰⁸ Ibid., p. 5 e 6.

¹⁰⁹ Ibid., p. 7.

¹¹⁰ Ibid., p. 8.

¹¹¹ Ibid., p. 8.

Finalmente, a crença de que os juízes têm o papel de defender a sociedade se ancora no senso comum de que a intranquilidade coletiva, o terror urbano se deve ao aumento da criminalidade, de maneira que a prisão seria o remédio para tal sentimento ¹¹². A liberdade do acusado por tráfico de drogas representa um perigo para a sociedade, um risco à ordem pública. Nesse sentido, a manutenção das prisões policiais por meio de condenações seria a demonstração de que a justiça criminal funciona e, assim, é capaz de satisfazer a necessidade de “justiça” que o medo coletivo gera.

O juiz afirma que a “desconsideração da palavra de policiais” representaria uma “impunidade”. Nota-se que o inverso da “justiça” não é “injustiça”, mas “impunidade”. Ou seja, o termo “justiça” está associado à “punição”, que é associado à “prisão”. Prender corresponde a uma manifestação de justiça. Essa associação indica uma afinidade entre o vocabulário policial e uma determinada cultura penal que desvaloriza outras formas de punição que não utilizem a privação de liberdade ¹¹³.

Em outra pesquisa, a abordagem se voltou às decisões proferidas em sede de audiência de custódia, nos processos envolvendo delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia ¹¹⁴. O estudo revelou flagrante flexibilização do princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que nas audiências, restando dúvida sobre a destinação da droga apreendida, o juiz acatou a versão dos fatos narrados pelos policiais militares.

Assim, no cenário de incerteza acerca do propósito do porte ou posse da droga, a Constituição Federal de 1988 demanda a aplicação da teoria mais benéfica ao réu, conforme seu artigo 5º, inciso LVII. Contudo, o observado foi justamente o contrário, de maneira que “a condição de traficante é presumida, enquanto a de usuário necessitaria de produção de provas” ¹¹⁵.

O conjunto de decisões analisadas também revelou casos de prisões em flagrante absolutamente ilegais, uma vez que baseadas na apreensão de drogas encontradas em local

¹¹² JESUS, 2020, p. 9.

¹¹³ Ibid., p. 9 e 10.

¹¹⁴ ALCÂNTARA, Filipe de Souza, Uso ou tráfico de Drogas? O que dizem as audiências de custódia sobre presunção de inocência e política criminal, Revista Transgressões, volume 6, p. 61-88, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/16230>. Acessado em 02 de abril de 2023.

¹¹⁵ ALCÂNTARA, 2018, p. 64.

próximo ao acusado ¹¹⁶. Registrando, portanto, mais uma situação incerta interpretada pelos Poder Judiciário em desfavor do réu.

A terceira pesquisa trouxe a análise dos processos de tráfico de drogas julgados nos tribunais do Rio de Janeiro e de Brasília, nos anos de 2006 e 2008, a partir de acórdãos e sentenças de primeira instância. O campo de pesquisa tratou tanto das questões jurídicas de diferenciação na prática entre os casos de uso e tráfico de drogas, sobretudo como as sentenças aplicam o artigo 33 da Lei de Drogas nas condenações, bem como a maneira com que os referidos Tribunais analisaram a questão.

À luz dos princípios constitucionais, o estudo questionou a alta punitividade dos crimes de tráfico em detrimento de um Estado democrático de direito ¹¹⁷. Nesse sentido, a pesquisa trouxe o contraste do tratamento dado ao crime de tráfico de drogas com as garantias e direitos constitucionais da pessoa humana, mostrando como a internalização dos tratados internacionais sobre drogas deram à Lei de Drogas o privilégio de não se adequar à Constituição Federal e aos tratados internacionais de direitos humanos ¹¹⁸.

A pesquisa teceu considerações relevantes como o fato dos condenados por tráfico, em sua maioria, serem presos sozinhos. O que, segundo a análise, contradiria o senso comum de traficante como sujeito integrante de organização criminosa ¹¹⁹, revelando que os sujeitos abordados pelo sistema penal integram níveis hierárquicos inferiores dentro da estrutura econômica do comércio de drogas ilícitas, autando como pequenos vendedores ¹²⁰.

Nesse sentido, a crítica se volta à norma sobre drogas, uma vez que a maioria dos sujeitos imputados pelo crime, no sistema penal, são varejista responsáveis pela venda de pequenas quantidades de drogas. A imputação de pena tão gravosa a sujeitos que praticam o comércio como forma de sustentar o próprio vício constitui brutal desproporcionalidade ¹²¹.

¹¹⁶ ALCÂNTARA, 2018, p. 78.

¹¹⁷ BOITEUX, Luciana. Tráfico e constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e da Brasília no crime de tráfico de drogas, Revista Jurídica, Brasília, volume 11, nº 9, 2009, p. 5.

¹¹⁸ Ibid., p. 5.

¹¹⁹ Ibid., p. 10.

¹²⁰ Ibid., p. 22.

¹²¹ Ibid., p. 24.

Realizada nos anos 2000, a pesquisa trouxe o dado de que a quantidade de droga apreendida não possuía qualquer traço de proporcionalidade na dosimetria da pena ¹²². As quantias encontradas em posse dos acusados variaram, mas as penas cominadas não acompanharam a variedade.

4.2. Considerações acerca das decisões judiciais analisadas

Dessa forma, os estudos trazem leituras semelhantes relativas ao crime de tráfico. Em resumo, é possível apreender que as decisões referentes aos crimes de tráfico sistematicamente violam princípios constitucionais, com aplicação de punições desproporcionais em nome de uma política de guerra às drogas.

A pressão internacional, sobretudo dos EUA, para tornar a política de drogas no Brasil uma busca incessante por punições cada vez mais graves, com base no discurso de eliminação do inimigo interno, ensejou numa política criminal proibicionista capaz de macular o próprio sistema jurídico brasileiro em nome da punição. Ao se comprometer com o combate ao tráfico de drogas no país, o Brasil violou os limites do poder punitivo do Estado, configurando manifesta ofensa ao Estado Democrático de Direito.

O que se pode acrescentar ao exposto, com a pesquisa jurisprudencial acerca da desclassificação, é que *inexistem critérios objetivos para a diferenciação entre os crimes de tráfico de drogas e uso pessoal de drogas*. Observou-se, nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que os parâmetros utilizados pelos juízes para diferenciar uma conduta da outra, nos casos concretos, são ferramentas argumentativas incoerentes, de maneira que cada juiz possui conceitos de qual droga é mais ou menos nociva, ou ainda, qual quantidade configura prática de comércio ilegal e qual é característica de porte para uso pessoal.

Constatou-se que a quantidade, a natureza e o acondicionamento da substância não mostraram influência na diferenciação dos crimes de uso e comércio de drogas ilegais, sequer motivaram de maneira consensual as decisões judiciais para configurarem um critério objetivo. Tais informações acerca da conduta foram interpretadas, majoritariamente, como prova inegável da prática de tráfico.

¹²² BOITEUX, 2009, p. 22.

No banco de dados há o registro de que aproximadamente 60% das apreensões de drogas não ultrapassaram 50 gramas de substância entorpecente. Dentre 58 decisões, apenas 20% trataram de apreensões de drogas com quantidade acima de 100 gramas.

Como já demonstrado na análise quantitativa, as substâncias apreendidas, com a mesma natureza e quantidade, tiveram a destinação interpretada de maneiras distintas, por vezes, mantendo a condenação pela prática de tráfico e, eventualmente, desclassificando a conduta. O condicionamento também configurou critério para a diferenciação dos crimes, sendo reiterado nas decisões, no seguinte sentido:

Assim, não se pode olvidar que com os apelantes foram apreendidas cocaína e maconha **embaladas de forma apropriada à venda, tudo a indicar que efetivamente praticavam o comércio ilícito**, na forma do art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, o que inviabiliza o pedido de absolvição e, também, o de desclassificação para o crime de uso de entorpecentes, sendo certo que nem foi apresentada narrativa nesse sentido.¹²³ (*grifo nosso*)

Outro fator notável foi o número expressivo de julgados que consideraram a presença de dinheiro no bolso do réu, ou em seu domicílio, como um indicador de traficância. Ainda que relevante a informação, observou-se a interpretação de tal aspecto como mais um fator de confirmação da tese de tráfico de drogas. Assim, o que se observa nas decisões, momento em que deve ocorrer o enfrentamento das características do fato e consequente diferenciação dos tipos de uso e tráfico, é a utilização de tal informação de maneira automática.

Dessa forma, parece haver a presunção de que a presença de dinheiro nos bolsos ou na residência do réu escancara uma situação de traficância. Nessa lógica, ainda que se argumente sobre a quantidade de dinheiro apreendido, é digno de nota que, nos casos analisados, apenas dois se destacaram com quantidades entre três e quatro mil reais. A maioria das decisões considerou constituir material para condenação, no sentido de indício de traficância, a presença de montante entre quatorze e trezentos reais.

Para justificar a probabilidade de traficância, a apreensão de dinheiro e drogas foi interpretada pelo juiz em conjunto com o local da apreensão. Isso porque a maioria das denúncias transcritas nas decisões trazem afirmações de que o lugar onde ocorreu o flagrante é conhecido pela venda de drogas.

¹²³ Trecho retirado da decisão proferida pelo TJRJ, em sede de apelação criminal sob o nº 0005592-70.2017.8.19.0019.

Mais uma característica digna de nota diz respeito à atribuição dada pela autoridade policial ao local da prisão em flagrante. Reiteradamente, os agentes públicos adjetivaram o espaço como “lugar conhecido pela venda de drogas”, “ponto reconhecido pela guarnição como de tráfico”. Essas qualificações foram igualmente relevantes no convencimento do juiz de que o caso se tratava de tráfico de drogas. O que leva às considerações acerca da palavra policial.

Cabe salientar outro dado acerca do local da prisão em flagrante, qual seja, a evidência de que as apreensões de drogas são realizadas majoritariamente em comunidades do Rio de Janeiro. Os endereços trazidos nas denúncias, quando transcritas nas decisões, estiveram acompanhados de caracterizações como “favela”, “morro”, “vila” e outras denominações para espaços urbanos ocupados por pessoas de baixa renda.

Dessa forma, o conjunto fático da presença de drogas e dinheiro na posse do réu em local conhecido pela venda de substâncias entorpecentes parece indicar aos juízes um único caminho interpretativo, o de tráfico de drogas. Não parece inteligível ao magistrado que uma pessoa usuária de droga, se flagrada logo após a compra da substância entorpecente, seria presa nas mesmas condições que a acusação e o juiz insistem em enquadrar como tráfico de drogas.

Ainda que voltado aos processos relativos a crimes de tráfico julgados pelo Tribunal de São Paulo, é possível fazer total correspondência das suas decisões com aquelas proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sede de apelação. Na amostra analisada (TJRJ) há uma valoração da palavra policial em detrimento das alegações defensivas. Dentro do conteúdo probatório produzido, nada pareceu levar o juiz a questionar, ou mesmo considerar a possibilidade do agente militar estar equivocado quanto à destinação das drogas.

A situação fica ainda mais complicada nos casos fluminenses, uma vez que há ampla aplicação do Enunciado nº 70 do TJRJ. O entendimento dispõe que “o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”. Em verdade, significa afirmar que o depoimento da testemunha da acusação, por possuir fé pública, constitui sozinho prova “idônea” para fundamentar a condenação de uma pessoa.

Em contrapartida, o artigo 155 do Código de Processo Penal prevê a impossibilidade de fundamentação de decisão judicial a partir unicamente de elementos informativos colhidos na investigação. Dessa forma, observa-se o desrespeito à hierarquia das normas (sentido amplo) ao sobrepor um entendimento do TJRJ sobre disposição do próprio CPP.

Nesse sentido, cabe trazer um trecho repetidamente detectado nas decisões.

Não há elemento de prova capaz de colocar em dúvida a idoneidade das declarações prestadas pelos agentes da lei, inexistindo nos autos qualquer evidência de que os policiais tentaram incriminar o apelante de forma leviana ou que forjaram o flagrante, devendo ser prestigiado o enunciado da Súmula 70 deste E. Tribunal.¹²⁴

Embora o Enunciado nº 70 seja mero entendimento, no intuito de uniformizar as decisões do Tribunal, na prática, é aplicado como standard argumentativo para acatar as alegações policiais e justificar a manutenção da condenação por tráfico.

A palavra policial também registrou outra perspectiva determinante nas decisões em sede de apelação criminal, não sendo raras as vezes em que a confissão diante da autoridade policial embasou o indeferimento da desclassificação.

Observa-se que, ao ser preso em flagrante, o apelante confessou informalmente sua participação no tráfico de drogas. Sabe-se que confissão feita por acusado à policial, por ocasião da prisão, de acordo com a orientação do STF, tem valia, em razão da sinceridade com que é feita ou verdade nela contida, desde que corroborada por outros elementos de prova, o que ocorre no caso em tela, através da prova oral judicializada, laudos periciais e auto de apreensão.¹²⁵

Em seguida, assim como observado na pesquisa realizada na Bahia, a violação do princípio de presunção de inocência, ou *in dubio pro reo*, foi amplamente detectado nas decisões proferidas pelo Tribunal do Rio de Janeiro. Foram inúmeros os casos que, mesmo com apreensão de quantia diminuta de drogas, sem qualquer outra prova que indicasse a prática de tráfico, tiveram os pleitos desclassificatórios indeferidos.

Em malabarismo argumentativo, os juízes atentaram para a nocividade da substância ilícita no intuito de trazer gravidade para a conduta delituosa, uma vez que escasso o arcabouço probatório para a tese de tráfico, para assim, justificar a necessidade de manter a

¹²⁴ Trecho retirado da decisão referente à apelação criminal sob o nº 0018563-68.2018.8.19.0014.

¹²⁵ Trecho retirado da decisão referente à apelação criminal sob o nº 0071811-51.2019.8.19.0001.

condenação. Assim, da mesma maneira que diagnosticado nos processos de São Paulo¹²⁶, a palavra policial foi massivamente utilizada como prova da prática do crime do artigo 33 da Lei 11.343/06.

Tanto o crime de tráfico quanto o de porte/posse de drogas para uso são classificados pela doutrina majoritária como crimes de perigo abstrato, de modo que não se faz necessária a comprovação de lesão ao bem jurídico tutelado pela lei (saúde coletiva), apenas a comprovação da realização da conduta descrita no tipo.

Considerando que nos crimes de perigo abstrato basta a comprovação de que a conduta foi realizada, há prejuízo nas condenações por tráfico, considerando que o tipo penal exige dolo, mesmo que não cumprida a intenção de traficar. O que os julgados revelaram foi a incapacidade de assegurar minimamente, nos casos concretos, que a droga apreendida estava destinada ao tráfico e não ao uso.

Nesse sentido, ao acatar a palavra policial e presumir como verdadeira a narrativa da prática de tráfico de drogas, observou-se que os juízes questionaram a incapacidade da defesa em rebater as alegações da acusação. Contudo, uma vez oferecida denúncia pelo Ministério Público e recebida pelo juiz criminal, parece instalar-se uma presunção da prática do delito, restando ao acusado ou condenado, por meio da defesa, a atribuição de provar que a droga apreendida não se destinava ao tráfico, quando a tarefa compõe as atribuições da acusação.

Outro ponto importante observado nas decisões é a prescindibilidade do elemento subjetivo nos crimes de tráfico de drogas. Em decorrência do §3º do artigo 33 da Lei 11.343/06 não se faz necessária a intenção de obter lucro para configurar a prática de tráfico. Contudo, dessa maneira a correspondência do crime com aquele previsto no artigo 28 do mesmo diploma se torna ainda maior.

Conforme ilustrado no segundo capítulo do presente trabalho, a grande característica que diferencia o tráfico do uso pessoal de drogas é o dolo específico de agir. De modo que a intenção ao “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo”, para subsumir-se a um crime ou outro, precisa ser específica.

¹²⁶ JESUS, 2020, p. 10.

Ao admitir a possibilidade de um dolo genérico no crime de tráfico, a diferenciação entre as condutas torna-se mais problemática, uma vez que define o artigo 33 da Lei de Drogas como a regra, enquanto o enquadramento da conduta ao crime de uso pessoal de drogas a exceção. Em outras palavras, o dolo genérico do tráfico de drogas atrai para o tipo penal toda e qualquer conduta que não comprovadamente se enquadre no dolo específico do uso pessoal de entorpecentes.

Vale consignar que, para a caracterização do delito previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, a lei não exige que o agente seja colhido no ato da venda da droga ou do fornecimento da substância entorpecente a terceira pessoa ou que sejam apreendidos em poder do réu dinheiro ou caderno com anotações do tráfico, mesmo porque, em se tratando de tráfico de drogas, não existe dolo específico, bastando para sua configuração, que o agente realize qualquer das condutas descritas no tipo, sendo prescindível o estado flagrancial no tocante à venda do entorpecente.¹²⁷

Por último, observou-se que as características pessoais do réu, o que inclui os conceitos legais de “circunstâncias pessoais e sociais” dele, não constituíram referências expressivas no banco de dados. Apenas 19% dos julgados fizeram referência a alguma informação pessoal do réu, dentre elas, informações acerca de trabalho ou profissão, deficiência física, estudo e tratamento no CAPS.

As informações depreendidas do material sinalizaram a soberania do sexo masculino figurando o polo passivo das ações penais. Excepcionais foram os casos que, havendo mais de um acusado, arrolasse mulheres no processo. E a partir das informações pessoais prestadas nos depoimentos dos acusados, foi possível observar que, mesmo que em pequena escala, os réus possuem uma classe econômica baixa.

Isso porque, no campo dos dados pessoais do réu, houve pontuais registros acerca da profissão e do trabalho, dentre eles estão pedreiro, mecânico, entregador de farmácia, vendedor ambulante, empregado em funerária e outros. Além disso, conforme os registros, os sujeitos condenados por tráfico eram majoritariamente primários. Cerca de 80% dos réus tinham, ao tempo da decisão em sede de apelação, bons antecedentes.

Assim, é possível concluir que, diante da insuficiência normativa em estabelecer critérios de diferenciação, a jurisprudência não mostrou coerência na distinção entre os delitos

¹²⁷ Trecho retirado da decisão referente à apelação criminal sob o nº 0013194-25.2020.8.19.0014.

de tráfico e uso de drogas. Pelo contrário, as decisões analisadas trouxeram interpretações absolutamente conflitantes entre si. Embora a origem da questão esteja no âmbito normativo, com uma criminalização aberta, a atividade jurisdicional não parece ter uniformizado o tema.

CONCLUSÃO

Conforme elucida Boiteux, a política criminal de drogas no Brasil pode ser qualificada como um proibicionismo moderado¹²⁸, considerando a diferenciação das condutas do tráfico e uso pessoal de drogas, bem como das respectivas penas na legislação brasileira. Entretanto, embora exista a autonomia dos tipos penais, há uma evidente semelhança entre as criminalizações do artigo 28 e 33 da Lei de Drogas, haja vista a total correspondência dos verbos nucleares do primeiro com algumas condutas do segundo tipo.

A principal diferença entre os crimes de tráfico e uso pessoal de drogas, quando praticadas as condutas integrantes de ambos os tipos, é o elemento subjetivo da ação, ou seja, o dolo. Nesse sentido, com o intuito de orientar a decisão judicial, o legislador elencou no §2º do artigo 28, da Lei de Drogas, algumas circunstâncias da conduta capazes de evidenciar o dolo. Todavia, os critérios legais se mostraram evasivos e indeterminados, de modo que a pesquisa jurisprudencial analisou as decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a fim de verificar a diferenciação dos crimes na prática.

Diante da análise dos acórdãos, restou nítida a ausência de critérios objetivos tanto na lei quanto na jurisprudência. As circunstâncias distintivas legalmente previstas não estabelecem objetivamente o que caracterizaria o uso ou o tráfico de drogas e, da mesma maneira, a jurisprudência não indicou consenso nas características determinadoras de cada crime. A indeterminação de critérios diferenciadores enseja numa prática arbitrária e, portanto, contraditória dos juízes.

Observou-se que as circunstâncias do §2º do artigo 28 foram utilizadas majoritariamente para corroborar a acusação de tráfico de drogas. As decisões ainda evidenciaram uma valoração exacerbada da palavra policial como prova do cometimento de tráfico, considerando a larga utilização do Enunciado nº 70 do TJRJ, bem como os conceitos de “fê pública” e “imparcialidade” para caracterizar os depoimentos policiais.

Assim, partindo da tipificação de tráfico na denúncia, as decisões proferidas em sede de apelação partiram da premissa de que a acusação estaria correta, gerando uma inversão do

¹²⁸ BOITEUX, 2009, p. 21.

ônus da prova, atribuindo ao réu a função de provar que não é culpado. Outra consequência foi a flagrante violação ao princípio constitucional de presunção de inocência, haja vista que os casos dúbios foram interpretados em desfavor do réu.

Tipicamente uma lei penal em branco, a Lei de Drogas possui conceitos abertos para a definição dos delitos, sobretudo no crime de tráfico de drogas. Essa indefinição abre margem para a discricionariedade não apenas dos juízes, mas também das autoridades policiais, uma vez que são os encarregados de definir a destinação da droga e, assim, tipificar a conduta flagrada.

O legislador conferiu ao usuário de drogas o direito de não ser submetido à pena de prisão e ao traficante proibiu a concessão de benefícios que não são restringidos nem mesmo pela lei de crimes hediondos (Lei 8072/90). Em razão desse precipício punitivo entre um crime e outro, não há motivo para a inexistência de delitos intermediários, uma vez que a realidade das drogas não se limita à dualidade entre o tráfico e o vício.

Assim, a análise realizada robustamente demonstrou que a problemática ultrapassa a existência de verbos comuns a ambos os crimes. A multiplicidade de situações deixou nítida a necessidade da criação de tipos penais intermediários, uma vez que a aglutinação das condutas no crime de tráfico de drogas torna possível a imputação de crime grave a pequenos vendedores de drogas e, não raras vezes a usuários e dependentes de drogas.

Considerando a aparente impossibilidade de debater a redução da punibilidade no Brasil, ao criar tipos penais intermediários entre o crime de uso e o tráfico de drogas, reduz-se a desproporcionalidade penal observada no presente estudo. De modo que, não sendo possível deixar de punir, ao menos, debata-se a responsabilidade de punir melhor. Também é importante destacar que a descriminalização do uso não soluciona a questão da diferenciação, considerando que o tráfico de drogas possui uma criminalização tal que produz efeito de atração de condutas dúbias. Contudo, traz a possibilidade de reduzir os danos causados pela política criminal de drogas.

O modelo repressivo aplicado na política criminal de drogas brasileira se mostrou ineficaz ao longo das décadas, haja vista o aumento do comércio ilícito e da demanda por substâncias entorpecentes. Sua ineficiência é mascarada por um discurso de que as

organizações criminosas responsáveis pelo comércio ilícito são implacáveis, justificando mais investimentos na máquina repressiva ao tráfico, de modo que o fracasso das políticas criminais de drogas embasa o próprio discurso de recrudescimento do aparato repressivo.

A necessidade de reforma na legislação penal relativa a entorpecentes é latente, uma vez que a análise jurisprudencial deixou clara a aplicação de critérios assistemáticos para a diferenciação dos delitos, ensejando numa insegurança jurídica que viola o Estado Democrático de Direito. A lacuna normativa, sendo preenchida de maneira incoerente pela função jurisdicional, produz decisões injustas e arbitrárias.

A existência dessas problemáticas na diferenciação entre o tráfico e o uso pessoal de drogas enseja nos dados acerca da população carcerária trazidos no início do presente trabalho.

Diante do exposto, é possível afirmar que, além da intrincada diferenciação no campo normativo entre os crimes de tráfico e uso pessoal de drogas, o campo jurisprudencial não revelou qualquer iniciativa em direção à diferenciação no caso concreto. A análise evidenciou, em verdade, que o empreendimento do juízo está em elaborar maneiras convincentes de condenar pessoas ao crime de tráfico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÂNTARA, Filipe de Souza. Uso ou tráfico de Drogas? O que dizem as audiências de custódia sobre presunção de inocência e política criminal, **Revista Transgressões**, volume 6, p. 61-88, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/16230>. Acessado em 02 de abril de 2023.
- BASTOS, Francisco Inácio Pinkusfeld Monteiro et al. (Org.). **3º Levantamento Nacional sobre o uso de drogas pela população brasileira**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ICICT, 2017. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/34614>. Acessado em 26 de março de 2023.
- BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Nº 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Recurso Extraordinário n. 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: Ministro **Sepúlveda Pertence**, Rio de Janeiro, 27 de abril de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acessado em _____.
- Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso extraordinário n. 1.038.925. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes, P, j. 18-8-2017 DJE de 19-9-2017, Tema 959. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: **É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006**. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Habeas Corpus nº 681.724/MG, Relator Ministro Olindo Menezes (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), julgado em 14/10/2021, DJe 05/11/2021. Acessado em 13 de abril de 2023.
- BOITEUX, Luciana. Tráfico e constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e da Brasília no crime de tráfico de drogas, **Revista Jurídica**, Brasília, volume 11, nº 9, 2009.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. Volume 4. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, S; WEIGERT, M. A. B; LIMA, C. E. A Configuração da Tipicidade do Tráfico na Nova Lei de Drogas e as Hipóteses de Consumo Compartilhado. **Revista de Estudos Criminais**, 2008, volume. 8, n.30, p. 207-221. Disponível em: https://www.academia.edu/7534456/A_Configuração_da_Tipicidade_do_Tráfico_na_Nova_Lei_de_Drogas_e_as_Hipóteses_de_Consumo_Compartilhado. Acessado em: 27 de abril de 2023.
- CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização)**. Orientador: Dra. Vera Regina Pereira de Andrade. 1996. 365 f. Dissertação (Pós-Graduação) - Universidade Federal da Santa Catarina, Florianópolis, 1996.

_____. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**, 8ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

_____. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GLOBONEWS. RJ tem quase o dobro de presos para a capacidade do sistema penitenciário: São 51.511 presos para 28.688 mil vagas. Dos 45 presídios existentes, 33 operam acima das possibilidades.. **G1**, [S. l.], p. 1-5, 27 fev. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/rj-tem-quase-o-dobro-de-presos-para-a-capacidade-do-sistema-penitenciario.ghtml>. Acesso em: 10 maio 2022.

HELEN, Fair; ROY, Walmsley. **World Prison Population List**. 13. ed. Universidade de Londres, Reino Unido: Institute for Crime & Justice Policy Research, 2021. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

JAPIASSÚ, C. E. A.; SOUZA, A. B. G. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

JESUS, Maria Gorete Marques de. Verdade Policial como Verdade Jurídica: Narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [s. l.], 2019, v. 35, n. 102/2020, p. 1-15. DOI <https://doi.org/10.1590/3510210/2020>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/CV6vftDPgYdD4wR77BvcTmN/?lang=pt>. Acesso em: 11 de janeiro de 2023.

MASSON, C. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais** / Cleber Masson, Vinícius Marçal. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/60135/6489-Lei-de-Drogas-Aspectos-Penais-e-Processuais-Cleber-Masson-1-Ed-2019.pdf>. Acesso em 06 de abril de 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Corpo de Delito e Exame de Corpo de Delito. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/corpo-de-delito-e-exame-de-corpo-de-delito/#:~:text=Denomina-se%20materialidade%20a%20prova,%2C%20no%20crime%20de%20homicídio>. Acessado em 15 de março de 2023.

OLMO, Rosa Del. **A Face Oculta da Droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

ROSALGAR. *In*: Dicionário Infopédia da Língua Portuguesa. Porto: Porto Editora. Disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/rosalgar>. Acesso em 09/01/ 2023.

SISDEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciária: Atualização 2020 – Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Gráficos**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJILTIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 18 maio 2022.

SMINK, Verónica. Onde ficam as prisões mais superlotadas da América Latina. **BBC News Mundo**, [S. l.], p. 1-9, 12 out. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-58851195#:~:text=Hoje%2C%20os%20EUA%20têm%20a,presos%20por%20100%20mil%20pessoashttps://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 17 maio 2022.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada**. 2ª Edição. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legislación antidrogas latinoamericana: SUS componentes de derecho penal autoritário, in **Fascículos de Ciências Penais**, v. 3, nº 2, Porto Alegre: Fabris, 1990.