

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA**  
**CURSO DE DIREITO**  
**EBVAL COSTA MUNIZ**

**TRÁFICO DE DROGAS: RESPONSABILIDADE PENAL DO CONSUMIDOR**

**RUBIATABA/GO**

**2018**



**EBVAL COSTA MUNIZ**

**TRÁFICO DE DROGAS: RESPONSABILIDADE PENAL DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor especialista Pedro Henrique Dutra.

**RUBIATABA/GO**

**2018**

**EBVAL COSTA MUNIZ**

**TRÁFICO DE DROGAS: RESPONSABILIDADE PENAL DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor especialista Pedro Henrique Dutra

**MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 22 / 06 / 2018**

**Pedro Henrique Dutra, Especialista em Direito e Mestrando em Direito Ambiental**  
**Orientador**  
**Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Márcio Lopes Rocha, Mestre em Direito**  
**Examinador**  
**Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Rogério Gonçalves Lima, Mestre em Direito**  
**Examinador**  
**Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Dedico a todos que estão ao meu lado, nesta caminhada, em especial à minha mãe, Maria Luiza Barbosa Muniz, e àqueles que de forma direta ou indireta me apoiaram ao longo desta trajetória.

## RESUMO

O objetivo desta monografia é fazer uma distinção lógica e justa entre o crime de tráfico de drogas para o consumo de drogas, com o intuito de esclarecer a aplicação da lei n. 11.343 de 2006 na atualidade. Para atingir este objetivo desenvolveu-se um estudo baseado em doutrinas e artigos científicos que abordam o assunto. Tem-se como método do presente estudo o hipotético dedutivo, com abordagem qualitativa.

**Palavras-chave:** Código Penal. Tráfico de drogas. Consumidor. Diferenciação.

## **ABSTRACT**

The objective of this monograph is to make a logical and fair distinction between the crime of drug trafficking for drug use, with the purpose of clarifying the application of law n. 11,343 of 2006 in the present time. To reach this goal the author developed the study based on doctrines and scientific articles that approach the subject, the method of the present study is hypothetical deductive, with qualitative approach.

**Keywords:** Criminal Code. Drugtrafficking. Consumer. Differentiation.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Caput	Capítulo
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
Ed.	Edição
MS	Ministério da Saúde
Nº.	Número
P.	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
TCO	Termo Circunstanciado de Ocorrência
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
V.	Volume

## LISTA DE SÍMBOLOS

§ párrafo

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	9
2 DO CRIME DE TRÁFICO.....	11
2.1 BREVE RELATO SOBRE A LEI DE DROGAS .....	13
2.2 TIPICIDADE, ANTIJURIDICIDADE E CULPABILIDADE NO TRÁFICO DE DROGAS .....	13
2.3 DOLO E CULPA NO TRÁFICO DE DROGAS .....	15
2.4 AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO TRÁFICO DE DROGAS.....	18
3 DIFERENÇA ENTRE TRÁFICO DE DROGAS E USO DE DROGAS (ARTIGO 33 E 28 DA LEI 11343/2006).....	19
3.1 A FIGURA DO CONSUMIDOR (USUÁRIO DE DROGAS).....	20
3.2 O TRAFICANTE.....	21
3.3 DA PROVA NO TRÁFICO DE DROGAS.....	23
4 ANÁLISE DA LEI 11. 343/ 2006 - A NOVA LEI DE DROGAS.....	26
4.1 DAS PROVAS OBTIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL.....	27
4.2 CARACTERIZAÇÃO DO FATO TÍPICO PELA QUANTIDADE.....	28
4.3 COMO PROVAR SER CONSUMIDOR E/OU TRAFICANTE.....	30
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	33

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise acerca dos critérios em relação à diferenciação de consumo de drogas e tráfico de drogas. Por ser uma linha tênue, para que haja a distinção dos dois atos, a nova lei 11.343 de 2006 foi criada com o principal objetivo de caracterizá-los como dois tipos penais ambíguos.

Através de pesquisas detalhadas em doutrinas e artigos científicos, nos quais se tem debatido acerca de disparidades apresentadas entre a classificação do crime de tráfico de drogas e a desclassificação para a contravenção de consumo de drogas, poderá obter uma justa aplicação da medida necessária.

A nova lei 11.343 de 2006, a partir de sua criação, com a alcunha de Lei de Drogas, tentou sanar pontos controversos do Código Penal, porém ainda verifica-se uma lacuna na diferenciação do consumo e tráfico de drogas. Os meios de provas para a caracterização dos crimes de tráfico e consumo de drogas, ficam restritos somente às provas colhidas na fase de investigação, ou seja, no inquérito policial, onde não se observa do direito do contraditório e da ampla defesa.

A lei criada talvez precise diminuir a subjetividade de interpretação das provas, por meio da investigação da conduta social e econômica do agente, durante a fase processual, pois como há vários verbos nucleares comuns, nos dois tipos, faz-se mister essa análise. Nesse contexto, justifica-se no sentido de não macular o propósito do legislador, que é: o consumidor deve ser tratado para que abandone o vício, enquanto o traficante deve ser punido na forma da lei.

Por se tratar de um problema que atinge toda a sociedade e também as famílias, é comum que haja uma preocupação constante em diminuir o consumo, através do combate ao tráfico de drogas com tratamento adequado ao usuário, internação em clínicas especializadas, e não a penalização rigorosa para tal. Diante disso, o objetivo principal deste estudo é apresentar uma solução prática e imediata, para que não seja feita injustiça ao usuário de drogas e não deixe impune o traficante de drogas, que traz um mal quase que irremediável a sociedade.

No primeiro capítulo abordaremos como se caracteriza o crime de tráfico de drogas, a sua consumação, tipificação, antijuridicidade, culpabilidade, e ainda quais substâncias são consideradas como drogas ilícitas e entorpecentes.

No segundo capítulo, trataremos dos agentes, da autoria e materialidade, bem como a fase de inquérito e formação de provas.

No terceiro capítulo, a abordagem é feita para mostrar a finalidade principal da Lei 11.343/2006. Ademais, pretendemos detectar as falhas durante do processo, o papel de cada agente público, e realizar uma amostragem de dados que comprova o aumento de detentos nas cadeias e presídios brasileiros. Faz-se um balanço dos 16 anos da referida Lei.

## 2 DO CRIME DE TRÁFICO

Este capítulo abordará o tema do crime de tráfico de drogas, e se iniciará com uma breve conceituação desse, sua tipicidade, antijuricidade e culpabilidade, com o intuito de possibilitar ao leitor uma reflexão rápida sobre a tipificação do ilícito penal. Abordar-se-á também a classificação dos crimes e a relação de causalidade, bem como o dolo e a culpa, a consumação e, posteriormente, a autoria e participação.

Este capítulo foi elaborado de forma que facilite ao leitor o entendimento do contexto que envolve o tráfico de drogas. Dessa forma, inicialmente, será explicado de forma conceitual do que se trata o tráfico de drogas, como está tipificado em lei, a atitude antijurídica do indivíduo em relação ao tráfico, ou seja, contrária a lei, e quais ações são passíveis de culpabilidade, na qual o agente responderá pelo ato ilícito.

O dolo e a culpa serão explanados a fim de que se compreenda que nessa lei não exige a comprovação do dolo para a tipificação do crime e a abordagem da consumação demonstrará o momento da configuração do ilícito penal. No que tange à autoria e à participação verificar-se-á a possibilidade de aplicação do agravante de concurso de pessoas no tráfico de drogas.

O capítulo fora dividido da seguinte forma: em 2.1 – Será realizada uma breve conceituação acerca da lei de drogas; no item 2.2 – discutiremos a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, já no tópico 2.3 – o dolo e a culpa no que tange ao tráfico de entorpecentes, por fim no item 2.4 – abordaremos a questão da autoria e da participação.

O crime de tráfico de drogas está conceituado no artigo 33 da lei 11.343/06. Vejamos a redação do referido artigo:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:  
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Percebe-se que aquele que fizer importação ou exportação, remeter, inclusive fazer o preparo, produzir ou fabricar, bem como adquirir, vender, expor a venda, ter armazenado em depósito e outras qualificações atribuídas pelo artigo supracitado, será incurso na tipificação de tráfico de drogas.

Nesse contexto, a Lei 11.343/2006 versa ainda que serão considerados traficantes quem:

§ 1 Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

Da mesma forma serão considerados traficantes de drogas os indivíduos que importar, exportar, remeter, produzir matéria prima destinada a preparação de drogas. Percebe-se, portanto, que o tráfico de drogas não é imposto somente àquele que vende o entorpecente, mas também àquele que planta ou manuseia produtos destinados à preparação de drogas sem que haja determinação legal.

Nesse viés, trata-se do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, consistente em importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pune-se, igualmente, quem importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas (NUCCI, 2016). Conforme expõe Nucci (2016, [colocar página](#)):

Utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. O tipo é misto alternativo, significando que a prática de uma conduta ou mais de uma, no mesmo contexto, representa a configuração de delito único. Trata-se de crime equiparado a hediondo. No mais, há previsão de formas privilegiadas, com penas significativamente mais brandas, como induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga, bem como oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem. Aplica-se a diminuição da pena, de um sexto a dois terços, para as figuras mais graves, caso o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Considera-se, também, tráfico ilícito de drogas, a figura prevista no art. 34 da mesma Lei, relativa a fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer

título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O autor explica minuciosamente o tipo penal e relata que o crime do artigo 33 da Lei de drogas encontra-se equiparado ao crime hediondo. Explica ainda que caso o indivíduo seja primário e tenha bons antecedentes será beneficiário da diminuição de pena de um sexto a dois terços.

Então, concluindo este tópico, percebe-se que o tráfico de drogas se caracteriza pelas ações de importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente.

Desta forma para que se caracterize o crime é necessário que o agente pratique algumas das ações mencionadas. No próximo tópico será abordado, em detalhes, o que caracteriza a Lei de Drogas.

## **2.1 BREVE RELATO SOBRE A LEI DE DROGAS**

A Lei 11343/2006 já em seu primeiro artigo mostra que o diploma legal tem como objetivo prescrever medidas capazes de prevenir o uso de entorpecentes de forma indevida, reeducar os usuários de maneira que esses possam ser reinseridos na sociedade. Além disso, traz sanções àqueles que produzem ou vendem ilicitamente drogas.

O art. 1º, parágrafo único, traz a conceituação de drogas, relatando que é tipificado como crime o uso ou transporte de substâncias capazes de causar dependência:

Art. 1º Esta Lei Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, considera-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em lista atualizadas periodicamente pelo poder executivo da união (BRASIL, 2006).

Desse modo, é notório que a Lei não somente proíbe a venda de entorpecentes como também equiparou como crime hediondo tal ação o que traz penas mais duras.

No que tange ao tráfico de entorpecente por crianças e adolescentes, a lei é mais branda, pois o menor não é passível de sanção penal por ser inimputável, entendendo a

doutrina que o menor não possui maturidade para entender o caráter ilícito do crime. Nesse viés, Nucci (2011, p. 316) afirma que:

é o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse entendimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em sanidade mental e maturidade.

Assim, quando um menor é abordado portando entorpecentes os procedimentos a ele conferidos está disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente e não ao Código Penal Brasileiro. Outrossim, quando se fala de menor não existe o crime de tráfico de drogas e sim um ato infracional análogo ao tráfico de drogas.

Quanto a isso, a Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça, traz o seguinte: “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente” (BRASIL, 2012). Neste contexto, observa-se que a medida socioeducativa é mais branda e nem sempre resulta na internação do menor, deixando assim o adolescente livre e, possivelmente, sem uma repreensão severa voltará a praticar atos infracionais. Esse é o tema do próximo tópico.

A lei é muito abrangente quando fala em substâncias que causam dependência. Desse modo, a vigilância sanitária elaborou a Portaria 344/98 que enumera as substâncias consideradas como droga:

LISTA DE PLANTAS QUE PODEM ORIGINAR SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E/OU PSICOTRÓPICAS  
CANNABIS SATIVUM; CLAVICEPS PASPALI; DATURA SUAVEOLANS;  
ERYTHROXYLUM COCA; LOPHOPHORA WILLIAMSII (CACTO PEYOTE);  
PRESTONIA AMAZONICA (HAEMADICTYON AMAZONICUM)

Adendo: 1) ficam também sob controle, todos os sais e isômeros das substâncias obtidas a parti das plantas elencadas acima.

Deste modo, vislumbra que as substâncias entorpecentes que são de uso e transporte proibidos estão elencadas na portaria supracitada, a fim de trazer efetividade a Lei de Drogas.

Vejamos:

Art.66. Para fins do disposto no parágrafo único do artigo 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denomina-se drogas substancias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1988 (BRASIL, 2006).

Desse modo, mesmo que haja outras substâncias capazes de causar dependência, não poderá haver prisão ou apreensão de menor pelo seu uso ou transporte, tendo em vista ser o fato atípico. Caso um adulto seja flagrado praticando condutas tipificadas no § 1º, do artigo 28, estará sujeito as seguintes penas: advertência a respeito dos efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e comparecimento em programas e cursos educativos.

Assim, vale lembrar que o indivíduo somente será penalizado se infringir as disposições do artigo 33 da Lei de Drogas:

Artigo 33 , caput – Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, 2006).

Desta forma, a criança e o adolescente que praticar qualquer ato descrito acima lhes serão aplicada à lei por analogia e receberá as penalizações a eles inerentes. Quanto à essa questão, discutiremos na subseção que se segue.

## **2.2 TIPICIDADE, ANTIJURIDICIDADE E CULPABILIDADE NO TRÁFICO DE DROGAS**

Neste tópico pretende-se abordar os temas tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade no tráfico de drogas, com a finalidade de esclarecer qual o fato típico é antijurídico no tráfico, podendo através da consumação do fato imputar a culpabilidade do agente. O tópico fora elaborado da seguinte forma: no item a) será tratado da tipicidade, no item b) da antijuridicidade e no item c) da culpabilidade.

### **a) Tipicidade**

A tipicidade é o nome que se dá à conduta do agente. A tipicidade refere-se à adaptação do fato delituoso à norma jurídica que tipifica o crime. Não existe crime se antes não houver uma norma que lhe impute como tal. Ou seja, através da tipicidade é possível verificar se o fato é ou não crime.

Dessa maneira, tipicidade é a adequação do fato da vida real ao modelo abstrato de conduta, é a justaposição do que acontece na vida real ao tipo. Sendo, portanto, a adequação da conduta a um tipo penal, a tipicidade só existirá se houver a conduta, fenômeno próprio do

mundo físico. Diante disso, pode-se afirmar que a tipicidade pertence ao mundo do “ser”, ao contrário do tipo. Importante ressaltar que a doutrina tende a afastar um conceito de tipicidade puramente formal (superação da teoria naturalista ou causal da ação) adotando um modelo de tipicidade material, aferindo-se a importância do bem no caso concreto. Daí, afastar-se a tipicidade, por exemplo, nos delitos de bagatela. Vemos, então que a tipicidade é um juízo de verificação se o fato é ou não é típico. Tal fato tem que se encaixar no modelo previsto no tipo penal, como uma figura geométrica. São duas as formas de adequação típica (MARTINS, 2008).

Nota-se que a autora descreve acertadamente a conceituação de tipicidade, demonstrando que esse fenômeno, de acordo com a doutrina, é material, na qual se faz necessário analisar a importância do fato típico para que seja afastada ou aplicada a tipicidade.

No que tange ao tráfico de drogas, a tipicidade acontece quando o indivíduo incorre no tipo penal da lei de drogas, como por exemplo, vender entorpecentes ou até mesmo transportar. No caso de usuários que é o tema chave deste trabalho, em capítulo próprio será analisada a sua responsabilização penal pelo transporte e compra de drogas.

### **b) Antijuridicidade**

A antijuridicidade é a ilicitude do fato, ou seja, o fato é antijurídico quando esse é contrário a lei. Para Grecco (2004, p. 325) a antijuridicidade limita-se a observar a existência da anterioridade da norma em relação à conduta do agente, e se há contrariedade entre ambas, onde transparece uma natureza meramente formal da ilicitude. Desse modo, conforme entendimento do autor é necessário analisar se antes do fato havia lei que caracterizava como crime a ação. No caso do presente trabalho, vemos que o tráfico de drogas e o transporte de entorpecentes são tipificados como crimes. Mas no caso de transporte para consumo, esse ato caracteriza crime?

### **c) Culpabilidade**

Assim, diante da antijuridicidade do fato é possível verificar a culpabilidade do agente. Nesse sentido, mais que um pressuposto, a culpabilidade é um dos fundamentos da pena. Para nós, em síntese, a culpabilidade é juízo de valor (de reprovação) que recai sobre o agente do crime que podia se motivar de acordo com a norma e agir de modo diverso (conforme o Direito). Esse juízo de valor ou de reprovação (que recai sobre o agente do crime) não pode evidentemente pertencer nem à teoria do delito nem à teoria da pena. A culpabilidade, nesse contexto, cumpre exatamente o papel de ligação ou de união entre o crime e a pena,

justamente porque sua primeira e distinguida função é a de constituir um dos fundamentos indeclináveis da pena (GOMES, 2007, p. 545).

Percebe-se que para a análise da culpabilidade é necessário primeiro verificar a tipicidade e a antijuridicidade. O crime é fruto das relações humanas, dessa forma encontra-se inerente ao juízo de reprovação que a sociedade faz pela conduta do agente.

Nesse tópico fora analisada a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade do agente no tráfico de drogas e percebeu-se que no acontecimento do fato deve-se analisar se ele está previsto em lei e se o agente agiu com culpa ou dolo, sendo esta atitude reprovada pela sociedade.

### **2.3 DOLO E CULPA NO TRÁFICO DE DROGAS**

O dolo se caracteriza quando o indivíduo tem a intenção de praticar o ilícito penal. A culpa, por outro lado, ocorre quando existe negligência, imprudência e imperícia do agente.

O dolo é a junção da vontade e da consciência, conforme versa o artigo 18, inciso I do Código penal: “Diz-se o crime: Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Desse modo, de acordo com o tipo penal é necessário que o acusado tenha tido a intenção de concorrer para o resultado, ou seja, desejou que esse acontecesse.

Contudo, os policiais não costumam levar em conta se houve dolo ou não quando alguém é pego com drogas, uma vez que os delitos desse tipo não têm previsão de culpa. Embora o artigo 28, parágrafo 2º, da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) estabeleça que o juiz deverá pesar as circunstâncias geográficas, sociais e pessoais da abordagem policial para decidir se o caso é de uso ou tráfico, o que acaba por determinar essa classificação é a quantidade de droga apreendida. De acordo com esse dispositivo, a quantia deveria ser apenas mais um elemento para se fazer tal definição. Mas, na prática, o enquadramento é feito principalmente com base na substância, e já pelos agentes que fizeram a autuação (RODAS, 2017, s/p).

No mesmo viés, o Código Penal versa que:

Deste modo, segundo o autor quando um usuário de drogas é pego portando drogas para o consumo próprio por vezes é incurso no crime de tráfico sem que seja analisado o dolo do agente, sendo necessário a verificação da quantidade e um juiz absolver ou condenar.

No que tange a culpa é tipificada pelo artigo 18, inciso II do Código Penal, que traz a seguinte redação: Diz-se o crime: Crime culposoII - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (BRASIL, 1940).

Assim sendo, se o indivíduo não quis o resultado ele não deverá ser punido, pois a lei expõe que ninguém será punido a não ser que tenha agido dolosamente, ou seja, agiu com vontade de que o resultado acontecesse.

## **2.4 AUTORIA E PARTICIPAÇÃO NO TRÁFICO DE DROGAS**

O sistema penal adota uma teoria restritiva quanto à autoria e à participação, na qual os autores do crime somente serão aqueles que praticam a conduta tipificada em lei e os demais que colaboram para o resultado do ato criminoso, serão partícipes. No entanto, a doutrina desenvolveu a teoria do domínio do fato que rege que a autoria é daquele que domina o fato, assim, aquele de forma indireta tenha domínio do fato e possua condições de fazer cessar a conduta também responderá a título de autoria.

A teoria do domínio do fato está circunscrita ao âmbito das infrações penais dolosas, eis que os ilícitos culposos caracterizam-se, justamente, pela perda do domínio factual. Daí, a construção alemã tende a manejar dois conceitos distintos de autor, a saber, um restritivo para as infrações penais dolosas (desafiando os postulados da teoria do domínio do fato) e outro, mais amplo e unitário, para as infrações penais culposas, em que não se admite a teoria do domínio do fato, não se concebe o concurso de agentes e não se distingue autoria de participação. Essa cisão compromete a coerência ínsita à teoria do concurso de agentes, posto que não atende, em nossa concepção, ao desiderato de unidade científica do Direito Penal, alvitado desde os escritos de Liszt. Segundo Roxin (1998, p. 242-250):

De acordo com o autor a teoria do domínio do fato é intrínseca dos delitos dolosos, tendo em vista que as infrações culposas ocorrem quando o indivíduo perde o domínio da situação e culposamente, ou seja, sem intenção comete o ilícito penal. No que tange a associação para o tráfico está prevista no artigo 35 da Lei de drogas diz quem associar com a intenção de praticar reiteradamente ou não os crimes tipificados nos artigos 33, 34 e 36, terá a pena aumentada.

### **3 DIFERENÇA ENTRE TRÁFICO DE DROGAS E USO DE DROGAS (ARTIGO 33 E 28 DA LEI 11343/2006)**

Em busca da análise sobre responsabilidade penal do usuário de drogas perante o Direito Brasileiro, uma pessoa só terá responsabilidade de um crime se ele estiver tipificado e ainda se tiver agido com dolo ou culpa. No entanto, não é bem isso o que acontece no tráfico de entorpecentes, na medida em que há vários casos em que os agentes são julgados com base em somente meras suspeitas, pois os responsáveis pela apreensão somente presumem tráfico de drogas no auto de apreensão.

Neste prisma, salienta-se a quantidade de droga apreendida para que os agentes da lei definam se o acusado entrará na classificação como usuário tipificado no artigo 28 da Lei 11343/2006 ou traficante tipificado no artigo 33 da referida Lei.

Verifica-se que os policiais mesmo diante do dever de estar fazendo seu trabalho, muitas vezes, não averiguam se houve o dolo do agente com quem foram encontradas as substâncias entorpecentes. Assim, não existirá previsão de culpabilidade, mas no corpo do artigo 28 § 2º da lei 11343/2006, diz que se deve determinar se a droga destinava ao consumo pessoal.

No entanto, o magistrado observará a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, devendo analisar as circunstâncias pessoais e sociais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Dessa forma, com tal entendimento verifica-se que a quantidade deveria ser analisada como um elemento para definição e tipificação, no entanto, na prática não é isso que acontece. A tipificação e o enquadramento são feitos, principalmente, com alicerce na substância apreendida e fica à mercê dos agentes que fizeram a atuação, que muitas vezes dão brechas para qualificar ou desqualificar a tipificação autuada.

Destaca-se ainda quanto à tipificação do usuário de drogas, prevista no artigo 28 da lei 11343/2006, que houve um abrandamento. Muitos doutrinadores consideraram algumas questões como absurdas. Uma delas, por exemplo, é o fato de que na lei antiga de drogas o usuário que fosse condenado por tal crime poderia receber pena de dois meses a dois anos.

Com advento da Nova Lei de Drogas existem ao usuário de drogas apenas advertências sobre os efeitos e a destruição que a droga causa, a prestação de serviços à comunidade ou a participação em programas educativos, sendo tais penas podem ser aplicadas

cumulativamente ou alternativamente. Tais programas educativos têm duração de 5 (cinco) meses, e tanto a aplicação ou a execução prescrevem o tempo máximo de 2 (dois) anos.

Conforme prevê a Lei de drogas no artigo 48 parágrafo, tratando da conduta do usuário, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando o termo circunstanciado de ocorrência e providenciando as requisições e os exames e perícias necessários.

Entretanto, é vedada sob qualquer pretexto a detenção do usuário ou prisão, devendo os autores da autuação conduzi-lo até a delegacia. Cabe frisar que, com alicerce na Súmula vinculante número 11 do Supremo Tribunal Federal, a condução coercitiva também poderá ocorrer, destacando que poderão ser usadas algemas.

Vale lembrar, que feito à lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência o agente deverá ser liberado e a autoridade que não seguir os tramites legais, poderá incidir no crime de abuso de autoridade previsto na lei 4898/1965.

Ressalta-se que existem diferenças entre ser traficante e ser usuário, o que será abordado no tópico seguinte.

### **3.1 A FIGURA DO CONSUMIDOR (USUÁRIO DE DROGAS)**

Dessa forma, como já relatado anteriormente é denominado usuário aquele que se encontra de acordo com a redação do artigo 28 da referida Lei de Drogas (11434/2006), assim diz: "adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Neste parâmetro, adquirir é comprar, passar a ser dono, proprietário, ou seja, dono do produto ou objeto podendo fazer uso dele como bem entender, e da forma que achar conveniente.

Dando continuidade, a conduta guardar é ocultar, esconder, não publicar a posse ou não dizer que é dono. Contudo, a conduta de ter em depósito quer dizer manter sob seu controle, à disposição, faz uso ou o que bem entender a hora que achar viável. Transportar nos dá a ideia de mudar de lugar, deslocar de um local para outro, e por último, a ideia de trazer consigo, reflete total disponibilidade para fazer o uso da droga como bem quiser.

Segundo Bienbergun (p.78), fica claro que a maioria dos acusados em processos de tráfico de drogas tem sua conduta tipificada nos cinco verbos citados acima, no entanto é

necessário fazer uma prova para condenação. É onde os cinco verbos tem sua grande importância.

É de extrema importância frisar que o artigo 28 da Lei 11343/2006 retirou o caráter de criminalidade da posse de droga para o consumo pessoal, tornando-se, assim, crime de menor potencial ofensivo, e, portanto, integrando os crimes que são de responsabilidade dos juizados especiais criminais.

Como já relatado anteriormente não pode o agente encontrado com posse de drogas para consumo pessoal ser preso por tal motivo, devendo ele ser conduzido até a delegacia assinar o termo de comparecimento. Caso esse recuse assinar, pode o delegado instaurar inquérito e efetuar prisão em flagrante.

Salientou-se, outrossim, conforme nos mostra Nascimento (2011) a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da Lei nº. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do Código Penal.

Contudo, fica claro que tal crime de posse droga para uso pessoal se tornou muito frágil diante da palavra tráfico de drogas o qual a pena é severa, no entanto o auto de apreensão e que na maioria das vezes vai dizer se o agente é traficante ou usuário.

Portanto, segundo a doutrina majoritária e o STF, ter-se-ia operado, com o advento do artigo 28 da Lei 11.343/06, uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. No entanto, de acordo com Nascimento (2011) não há uma redução do tipo para contravenção, criação de uma infração *sui generis* ou descriminalização (*abolitio criminis*) do porte de drogas para consumo pessoal, que continua a ser crime.

Como já relatado, o uso de drogas para o consumo pessoal, não deixou de ser crime, mas sofreu uma despenalização. Dessa forma, o agente ainda deverá responder por tal conduta mesmo que não seja em caráter de pena privativa de liberdade.

Neste modo, abordaremos a figura do traficante no tópico seguinte.

### **3.2 O TRAFICANTE**

Configura a pessoa do traficante o sujeito ativo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. No entanto, nem a lei anterior, e nem a lei nova antidrogas, tipifica com precisão qual a conduta ou condutas, ou seja, não dá o *nomen juris*.

Deste modo, até mesmo o artigo 33 e seu incisos e qualquer outro dispositivo legal discrimina ou rubrica a denominação legal para tráfico de drogas.

Neste contexto, como já falado mais acima fica a caráter da quantidade, para tipificar o agente como traficante ou não, sendo levado em conta o auto de apreensão que é feito pelos policiais responsáveis pela abordagem. Frisa-se que o magistrado não fica restrito somente a esse auto de apreensão ou depoimento de policiais, uma vez que tem outras provas cabíveis e necessárias para que se analise se o agente é traficante ou usuário.

Na antiga lei drogas (6.368/76), caracterizava-se tráfico de drogas no artigo 12. Na atual lei antidrogas a definição de tráfico corresponde ao artigo 33. Esse artigo da referida lei versa que é considerado traficante quem:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Com tantos verbos dentro do artigo 33 da Lei 11343/2006, a legislação tem deixado a desejar, pois esta não tem exigido a demonstração efetiva de tráfico, no sentido de apontar elementos a respeito da comercialização da droga.

Nesse viés, Biembengut (2014) salienta que o tipo penal descrito no artigo 33 da referida Lei é chamado de múltiplos, ou seja, caracteriza-se como a prática de uma só conduta, a qual é suficiente para configurar o crime, cujo o nome genérico é o tráfico. Assim, fica bem especificado que com 18 verbos dentro do artigo 33 da lei 11343/2006, basta cometer um deles para ser enquadrado com tráfico de drogas, e se o agente praticar mais de um será tipificado do mesmo jeito.

Dessa forma, muitas vezes os policiais apreendem a droga e presumem o tráfico, sem ao menos visualizarem o agente oferecendo ou entregando a droga para uma terceira pessoa. Nesse contexto, caso visualizarem uma terceira pessoa recebendo a droga, essa deverá ser conduzida a delegacia (BIEMBENGUT, 2014). Então, os verbos descritos no artigo 33 da lei 11343/2006 dá essa liberdade ao policial porque diante de tantas condutas descritas em tal artigo fica fácil a presunção de tráfico de drogas quando ocorre a apreensão.

Conforme esclarece Biembengut (2014) por mais que foi feita a apreensão, por mais que o acusado se dedique ao tráfico, somente a mera suposição não é prova cabal e não autoriza uma condenação por tal crime, somente porque foi apreendida a droga e tem a materialidade do crime. Assim, fazem-se necessárias outras provas.

Diante de suposição deve-se operar o princípio da inocência que tanto reza a Constituição Federal de 1988, pois meras suposições não dão alicerce para cercear o direito de ir vir de um cidadão que muitas vezes é condenado de forma errônea. Deixando claro deve sim se apenar quem comete tal crime como qualquer outro crime, mas, no entanto, tem que embasar em provas seguras e consistentes para não ter uma condenação injusta.

### **3.3 DA PROVA NO TRÁFICO DE DROGAS**

Para comprovar que qualquer crime ocorreu são necessárias provas que levam o juízo a certeza. No caso de tráfico de drogas, em sua maioria, tem apenas a materialidade, ou seja, se tem somente a droga apreendida (BIEMBENGUT, 2014). Entretanto, somente a materialidade não é suficiente para condenar alguém pelo tráfico de drogas devendo ter outras provas que não deixem dúvidas quanto ao crime praticado pelo agente. A materialidade não comprova necessariamente que o portador dessa droga é dono dela, e se ele é usuário ou traficante. Diante de tal incerteza, a maioria esmagadora das pessoas que são flagradas aguarda todo procedimento atrás das grades.

Dessa forma, os processos que visam apurar infrações de tráficos de drogas cerceiam todos os cidadãos dos princípios constitucionais, fazendo assim de certa forma uma injustiça com muitos que não conseguem ter seus direitos respeitados. Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 trouxe uma importante garantia ao cidadão brasileiro, consagrada no princípio da presunção de inocência previsto no inciso LVII do artigo 5º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesse viés, há também um dispositivo similar, encontrado no art. 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica (também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos), vigente no Brasil desde 1992 (pelo Decreto 678), que diz:

Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Ou seja: nos termos da Constituição da República brasileira e do Pacto de San José da Costa Rica todas as pessoas no Brasil são inocentes até que contra elas advenha sentença condenatória criminal “transitada em julgado” (isto é: esgotados todos os recursos).

Como já dito anteriormente, na maioria desses processos se tem somente a materialidade e os testemunhos dos policiais, que, conseqüentemente, geram incertezas nos

magistrados. Esses, ao invés de aplicar o *in dubio pro reo*, acabam fazendo ao contrario dando uma sentença condenatória em casos em que se quer houve investigação.

Conforme esclarece Biembengut (2014) vale lembrar que esse método muitas vezes usado pelos magistrados não é o correto para se avaliar se o agente deve ser condenado ou não pelo crime de tráfico de drogas, uma vez que apesar das palavras dos policiais terem fé pública, não deve ser esse o único meio de prova.

Desse modo, um processo criminal que utiliza somente a materialidade e o testemunho do policial como únicos meios de provas traz muita insegurança jurídica e dá mais poder a um policial além do que a lei estabelece. Além disso, ao serem analisadas apenas as palavras do policial veremos que essas podem ser objeto de vingança pessoal e perseguição, gerando assim a impunidade de outros crimes como a tortura.

Assim, o óbvio seria o fornecimento de mais provas para que acontecesse uma condenação justa, sem deixar dúvidas, posto que somente dessa forma não aconteceriam julgamentos errôneos e teriam pessoas pagando por crime que não deve, não merecendo tais penas. Entretanto, tal como aponta Biembengut (2014) na maioria dos processos as provas são formadas apenas por flagrantes, por ineficiência do estado e por comodismo do Ministério Público e do Judiciário, haja vista que cabe a eles o dever de exigir que fossem produzidas mais provas no inquérito policial.

Diante disso, vemos que se tais provas fossem exigidas com precisão poder-se-ia evitar as injustiças que estão espalhadas pelo Brasil. Contudo, na prática isso não vem ocorrendo e o que mais se tem visto são pessoas sendo condenadas por tal crime, baseadas somente em suposições e materialidade.

Na realidade o Ministério Público tem o alicerce na Constituição Federal de 1988, que em sua maioria não requer que a Polícia Judiciária produza provas. No artigo 129 incisos VIII da CF diz que se deve, então: “Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” Apesar disso, na maioria dos processos criminais referente ao tráfico de drogas não há requerimento de diligências, posto que na maior parte dos casos o fiscal da lei se contenta apenas com o auto de apreensão da droga, muitas vezes em pequena quantidade e apenas com base nos testemunhos dos policiais (BIEMBENGUT, 2014).

Por um lado essa falta que o fiscal da lei comete em não requerer mais diligências da Polícia Judiciária, e colocar tanto peso na palavra dos policiais, torna uma facilitação para que agentes da lei corruptos cometam crimes de corrupção, abuso de autoridade dentre outros.

Isso pode ocorrer devido esse grande poder que é dado a eles, que, por serem agentes públicos, possuem fé pública.

Nesse contexto, o Ministério Público e a Polícia Judiciária atentam-se para essas questões apenas quando as coisas ganham grande repercussão, seja através da imprensa ou outros meios. Desse modo, infelizmente, é somente dessa forma para que algumas coisas não passam despercebidas diante dos olhos da lei. Assim, de quem é a culpa dessas falhas? A culpa é do próprio Ministério Público por não exigir da Polícia Judiciária novas diligências. Se dessa forma ocorresse se poderia ter em mãos provas firmes e seguras, e baseando-se nelas poderia condenar ou absolver uma pessoa por tráfico de drogas de forma justa.

Vale lembrar, nesse sentido, que o Magistrado também pode requerer provas conforme relata o artigo 156 do Código Processo Penal Brasileiro:

Art. 156 CPC: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

II – Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Relata-se assim que o artigo citado também não é muito usado pelo Magistrado quando o crime trata-se de tráfico de drogas, ficando tanto as condenações, absolvições quanto as desclassificações meramente baseadas em suposições, nas palavras dos policiais responsáveis pela apreensão, e, pior, no “achismo” como é popularmente dito no vocabulário nacional, quando não se tem certeza de alguma coisa (BIEMBENGUT, 2014). Muitas vezes, os Magistrados também fecham os olhos e deixam acontecer injustiças

Então nota-se que quando se trata de crime de tráfico de drogas seria necessária uma maior atenção quanto às provas para não ter uma pena, uma desclassificação ou absolvição injusta.

#### 4 ANÁLISE DA LEI 11. 343/ 2006- A NOVA LEI DE DROGAS

A nova “Lei de Drogas”, Lei n. 11.343/06, criada com o intuito de melhorar a lei anterior, já está completando 12 anos de vigência. Diante disso, vem à tona algumas questões, a saber: essa Lei foi realmente um avanço? Teve alcance igual a anterior? Ou ainda pior, retrocedeu? Para analisarmos melhor, temos que observar dados estatísticos que venham comprovar se realmente houve uma mudança no cenário, ou se não teve o efeito desejado pelos criadores da referida lei.

Um estudo realizado em 2010 mostrou que o Brasil ocupava o quarto lugar do ranking mundial dos países com maior população carcerária. No Brasil, são mais de 622.000 presos, 25.4% condenados por roubo, 24,3% por tráfico de drogas, 12,5% por furto e 9,7% por homicídio. Comprovou-se, ainda, que o Brasil é o segundo país com o maior crescimento da população carcerária.

De fato, os números de presos nas cadeias e presídios brasileiros mostram que a nova Lei de drogas fez crescerem as prisões e condenações por tráfico de drogas, os que cumprem pena por esse tipo de crime estão atrás apenas do número dos que cumprem pena por roubo, ficando, desse modo, a frente dos que cumprem pena por furto e por homicídio. A incidência deste aumento pode ser creditada ao critério subjetivo com que são feitos os inquéritos policiais, quando da prisão de indivíduos, enquadrados como traficantes, são maiores os inquéritos em que são definidos como traficantes dos que os que são classificados como usuários.

O objetivo primordial da Lei 11.343/2006 é proporcionar ao usuário de drogas um tratamento específico e diferenciado em relação ao traficante de drogas, porém não ocorre a devida aplicação de tais medidas, apesar de serem previstas na legislação. A doutrinadora Biembengut (2014, p. 77,78) discute sobre o tema que:

apesar de o ordenamento jurídico adotar a política criminal da Justiça terapêutica em relação ao tratamento conferido ao usuário e dependente de drogas, sendo uma das principais inovações da nova lei de drogas, elas não são aplicadas. Já com relação ao traficante a lei se tornou mais severa. Isto porque a legislação apesar de inovadora deixou margem para os julgadores avaliarem, no Princípio do “achismo”, o que é usuário e o que é traficante. Vejamos os 17 (dezesete) verbos contidos no artigo 33 da Lei 11.343/06, 5 (cinco) estão contidos no artigo 28 do mesmo diploma: “adquirir, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar”.

Para haver uma aplicabilidade efetiva que mostre resultados realmente eficientes, as autoridades públicas têm que assumir seu papel lhe determinado através da Lei 11.343/06, o qual seja, fornecer locais que propicie ao usuário uma recuperação, reabilitação e inserção na sociedade, e também locais que abrigue os traficantes durante o cumprimento da pena a eles impostas.

#### **4.1 DAS PROVAS OBTIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL**

Em grande maioria dos inquéritos instaurados, os traficantes são qualificados com base nestes 05 (cinco) verbos, contidos tanto no artigo 28, que define o usuário de drogas, quanto no artigo 33 que define o traficante de drogas. Por isso geram-se dúvidas se o indivíduo é um usuário de drogas ou se é um traficante. Dúvidas essas que muitas vezes são provocadas pela falta de testemunhas no ato da prisão em flagrante, restando a prova somente pela palavra do agente que a efetuou.

A Lei 11.343/06 redefiniu o consumo de drogas, uma vez que essa prática deixou de ser configurada como crime, passando a ser uma contravenção com uma pena reduzida e medidas de recuperação do usuário, conforme ao artigo 28. De acordo com o jurista Luiz Flavio Gomes (2008, p. 121): “Esse fato deixou de ser legalmente considerado “crime” embora seja um ilícito *su generis*, um ato contrário ao direito). Houve portanto, descriminalização ‘formal’, mas não legalização das drogas (ou descriminalização substancial).”.

A legislação cometeu uma falha, ou talvez, um equívoco, quanto à caracterização e diferenciação do consumo e do tráfico de drogas. Tal fato ainda não foi sanado, persiste e tem causado muitos erros no sentido das punibilidades dos indivíduos, pegos com drogas. Biembengut (2014, p. 79) observa essa ocorrência de equívocos:

Porém, diferenciar o traficante do usuário é um dos pontos que a legislação se equivocou, sendo que a aplicação da lei persiste em todo o País, como não há provas na maioria dos processos, apenas a palavra dos condutores (policiais) e a materialidade (a droga), não são possíveis distinguir. Assim, se analisarmos a maioria das cadeias os condenados por tráfico foram flagrados com pequenas quantidades de drogas, são primários, sem armas, e a condenação baseada exclusivamente na palavra dos policiais, ou seja, a prova foi exclusivamente produzida no inquérito policial, não sendo suficiente para a condenação.

Na fase processual, esse procedimento tende a prevalecer, pois na fase inquisitória não ocorreu a oitiva de testemunhas, não se observou o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório, característica preponderante do inquérito policial. Assim sendo, resta ao julgador, julgar de acordo com as provas ali contidas, como prevê o artigo 155, da Lei 11.343/06:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Portanto, é imprescindível que o inquérito seja feito com zelo e bastante cuidado para não contaminar o processo, ouvindo as testemunhas oculares e presenciais e adotando provas contundentes colhidas no ato da prisão em flagrante. Além disso, devem-se levar em conta as circunstâncias e condições gerais da prisão, conforme salienta Nucci (2010, p. 349):

É fundamental que verifique, para a correta tipificação da conduta, os elementos pertinentes à natureza da droga, sua quantidade, avaliando local, condições gerais, circunstâncias envolvendo a ação e a prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente. A inovação ficou por conta da introdução da seguinte expressão: ‘circunstâncias sociais e pessoais’ do agente. Naturalmente, espera-se que, com isso, não se faça um juízo de valoração ligado às condições econômicas de alguém. Exemplo: se um rico traz consigo cinco cigarros de maconha seria usuário, porque pode pagar pela droga. Entretanto, sendo o portador pessoa pobre, a mesma quantidade seria considerada tráfico. A discriminação deve ser evitada.

Conforme exposto, outro ponto a ser considerado é a quantidade de drogas que o indivíduo tem em seu poder, fato esse que causa grande controvérsia. Vejamos, no próximo tópico.

## **4.2 CARACTERIZAÇÃO DO FATO TÍPICO PELA QUANTIDADE**

A lei traz também como critério para a tipificação do crime o fator da quantidade de drogas portadas. Porém, não determina exatamente qual seria a quantidade que pode caracterizar se o indivíduo seja traficante ou apenas um usuário. No seu artigo 42, a Lei 11.343/06, traz no texto: “Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto (...)”.

Apesar disso, não se vê na Lei a limitação desta quantidade, ou seja, não é determinada a quantia exata para a tipificação do crime de tráfico de drogas. Nesse contexto, uma das maneiras de qualificá-lo passa a ser o fator social e econômico, uma vez que um indivíduo de poder aquisitivo maior, poderá ter consigo, portar, armazenar, etc, uma quantidade maior e não ser considerado um traficante, enquanto um indivíduo de poder aquisitivo menor, se portar, ter consigo, armazenar, etc, seja considerado como traficante.

Qualificar o tipo criminal, pela posição social, é tanto quanto discriminatório, pois se o rico pode ter consigo grande quantidade de entorpecentes, o pobre é privado desse direito, podendo ser considerado e apenado por ter consigo pequena quantidade. Esse critério de identificação vai de encontro com a Constituição Federal, onde prevê a igualdade de todos perante a lei, no seu artigo 5 e 3, inciso IV. Biembencut (2014, p. 87) assim define este critério:

Ocorre que ao não determinar a quantidade e nem a qualidade da droga, deixou a critério do magistrado determinar o que seria uma grande quantidade ou uma pequena quantidade. Para alguns 200 gramas de maconha, por exemplo, é quantidade para ser enquadrado como usuário, para outros como traficante.

Apesar de ser reconhecido pelo legislador como critério para identificar um traficante, esse não é visto por alguns doutrinadores como sendo critério para determinar a tipificação, somente é empregado nos casos de aumento de pena. A valoração da quantidade e da qualidade é bastante subjetiva, ficando sempre a critério do julgador, conforme entendido por Biembencut (2014, p. 87):

Portanto este não é um critério, apesar de não existir um critério legal para decidir a quantidade, é comum o judiciário julgar e aumentar a pena pela quantidade apreendida, sendo que a valoração da quantidade varia de julgador para julgador, sendo diversas as opiniões sobre este assunto.

O TJSP, através do Relator Silva Leme, expõe que a quantidade pode ser sim critério para a caracterização de crime de tráfico de drogas, contudo, não pode ser usado de forma indiscriminada, é preciso provas que realmente corroborem e sejam concludentes:

Sendo grande a quantidade de tóxico apreendida, induz seu tráfico. Mas, ninguém pode ser condenado por simples presunção, motivo por que para o reconhecimento do delito se exige prova segura e concludente da traficância. (TJSP, AC 35505-3, REL. Silva Leme, RT 603/316).

Assim, há além do critério de qualificação por posição social, o critério por quantidade apreendida. Ambos, motivos de controvérsias e discussões, posto que até o presente momento não se encontrou uma pacificação em torno do assunto.

#### **4.3 COMO PROVAR SER CONSUMIDOR E/OU TRAFICANTE**

Vimos nos tópicos anteriores, que são frágeis muitas vezes as provas para a qualificação e distinção do crime de tráfico e a contravenção do consumo de drogas, fruto de um investigação que não é criteriosa. As provas não são precisas e muitas viciadas, formadas a partir apenas da convicção dos agentes policiais, dentro de um ambiente impróprio e contaminado.

Muito claro é o pensamento de Biembencut (2014, p. 91) em relação às provas que são colhidas na fase investigativa:

O que ocorre hoje nos processos que visam apurar infrações de tráfico de drogas, contrariam todos os Princípios da Constituição Federal, que garantem o direito de todos os cidadãos. Primeiramente, porque na maioria destes processos o que existe é só o ato da prisão e nenhuma investigação, o que poderia dar ao julgador um juízo de certeza. Se analisarmos os processos veremos que a prova que há nos autos são a droga apreendida e o testemunho dos policiais, o que muitas vezes gera incertezas para o juiz, que na dúvida, ao contrario do que a lei determina, o julgador condena o acusado.

É mister que as provas sejam fortes e que dêem base para um Julgamento justo e preciso, observando o princípio do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Caso as provas forem frágeis e duvidosas, resta lembrar que a lei prevê que na dúvida absolva o réu, *in dubio pro reo*. Não se pode condenar a qualquer custo.

Ademais, o prazo para a conclusão do inquérito é um fator que pode atrapalhar a investigação, ao passo que é preciso um prazo lógico para a realização de uma investigação mais detalhada e esclarecedora, e o tempo destinado para tal configura-se em apenas trinta dias.

O Ministério Público pode e deve zelar, como fiscal, exigindo das autoridades responsáveis pelo inquérito dedicação, cobrando as diligências necessárias para uma investigação precisa, conforme é previsto no artigo 129, da Lei 11.343/06: “São funções institucionais do Ministério público: VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

Também é competência do Juiz fiscalizar para que o inquérito chegue até ele, de forma que não haja dúvidas. Para tanto, lhes são dadas atribuição para que isso ocorra, conforme o artigo 156, do Código de Processo Penal, nos incisos I e II, que assim descreve:

Art. 156 . A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Por haver uma grande lacuna entre a medida adotada nos casos de consumo de drogas, com a pena aplicada, quando caracterizado o crime de tráfico de drogas, que tem uma pena severa, deve ser formado um processo baseado em provas fortes e convincentes. Portanto, não deve haver injustiça ao condenar um usuário a mais de cinco anos de prisão ou deixar uma pena leve e medida branda para o traficante. Nesse viés, cabe às autoridades judiciárias cobrar das autoridades policiais (responsáveis pelo inquérito Policial), uma melhor apuração dos fatos, um fornecimento de provas que realmente sejam convincentes, possibilitando o julgador proceder a um julgamento justo, no qual possa realmente prevalecer os princípios constitucionais e os princípios do devido processo legal.

Para a formação de uma convicção precisa, o Magistrado tem que obter provas que realmente mostrem-se fortes e sólidas, pois as provas têm um papel importantíssimo para a base da fundamentação, seja para condenar ou absolver o acusado. O julgamento deve ser pautado no princípio da discricionariedade e motivado sempre por provas inequívocas e não em suposições. Assim, o inquérito tem o objetivo de angariar essas provas de maneira bastante criteriosa. Na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, em seu item VII, explana com clareza uma diretiva para o Magistrado, quanto à fundamentação baseada em provas. Vejamos:

Item VII – (...) Atribui ao juiz a faculdade de certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final antes de proferir a sentença. Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quando ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz tomará, honesta e lealmente a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material.

Frente ao exposto, concluímos que não se pode condenar um acusado sem as devidas provas, simplesmente por ser esse acusado um traficante conhecido e contumaz. Como já vimos, a prova da culpabilidade tem que ser convincente e robusta, mesmo que o traficante seja confesso.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As vésperas de completar 16 anos de existência, a Lei 11.343/20, “Lei das drogas”, tem se mostrado ineficaz e incapaz de diminuir os processos por tráfico de drogas. Desde a sua implantação não notou redução dos processos, um dos principais objetivos da lei. Nesse contexto, as estatísticas têm provado que houve um aumento significativo na população carcerária, no qual um dos grandes responsáveis pelo crescente número de detentos tem sido o tráfico de drogas.

Com a descriminalização do consumo, era de se esperar uma política que recuperasse realmente os viciados, adotada pelos governantes, oferecendo locais apropriados para a internação e o tratamento destes consumidores.

Desse modo, podemos notar que a “Lei de Drogas” está repleta de lacunas, falhas e critérios obscuros, fazendo com que suas aplicabilidades não sejam tão eficientes quanto ao pretendido na sua criação. É preciso se adequar às mudanças sociais e culturais, que ocorrem em uma velocidade estrondosa. Podemos dizer que apesar de nova, essa Lei já se faz ultrapassada em relação à realidade jurídica atual. Com o tempo, restou provado que a Lei de Drogas, atualmente em vigência no Brasil, precisa urgentemente de uma reforma, ou seja, uma adequação à realidade do cenário apresentado no dia a dia, com a criação de políticas públicas voltadas ao objetivo principal dessa Lei: recuperar o viciado e punir severamente o traficante.

Entretanto, para que tal ocorra de forma justa precisa-se primeiramente haver uma padronização, bem como o uso de critérios menos discriminatórios para a separação de traficantes e usuários de drogas. Ademais, é imprescindível que seja maior o empenho das autoridades públicas, em prover um processo que realmente seja criterioso, baseado em provas robustas, para o melhor convencimento do julgador. Que esse processo seja “limpo”, sem máculas, desde a fase de investigação até a fase processual.

Diante do exposto, para que a Lei de Drogas tenha sua efetividade aplicada, precisa-se de um maior empenho de doutrinadores, operadores do direito, autoridades governamentais, e da própria sociedade. Faz-se necessária a criação de ciclos de debates e sugestões, no intuito de aprimorar, ou mesmo reestruturar a lei, na medida em que se notam pontos omissos e obscuros na legislação. Vejamos quais são eles:

- A) Uma face investigativa que faça o colhimento de provas convincentes e robustas;
- B) Um prazo maior para a conclusão do inquérito;

- C) A delimitação de uma quantidade para a caracterização do crime de tráfico de drogas;
- D) A adoção de critérios mais objetivos, não só o critério social, posição do indivíduo na sociedade e seu poder aquisitivo;
- E) A criação de locais apropriados para a recuperação dos toxicômanos, que realmente promova a sua reinserção desses na sociedade e os livre do vício;

O tráfico e consumo de drogas é, sem dúvida, um problema social que traz grandes sequelas para a sociedade. Vemos que não é colocando pessoas que precisam de tratamento especializado na cadeia e nem deixando soltos e infiltrados na sociedade traficantes perigosos que chegaremos ao objetivo fim da Lei de Drogas. Entretanto, deve-se, com empenho, por parte de todos os envolvidos neste processo, buscar uma solução viável.

Esse trabalho mostrou que urge uma adequação e uma dispensa maior no sentido de solucionar e sanar as falhas apresentadas pela Lei de Drogas, ou seja, a necessidade de que façamos a nossa parte e cobremos das autoridades que façam a deles.

## REFERÊNCIAS

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Brasília: Diário Oficial da União, 1998. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/scriptsweb/anvisalegis/VisualizaDocumento.asp?ID=939&Versao=2>>. Acesso em 30 mar. 2018.

BIEMBENGUT, Valéria. **Da prova no tráfico de drogas**. 1 Ed. São Paulo: Editora RCN: 2014.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Senado Federal, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 04 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 04 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.343**, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 492**, 13 de Agosto de 2012. RSTJ vol. 227 p. 951 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%22000000968%22>> Acesso em: 02 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 06 abr. 2018.

CHEMIM, Rodrigo. **Ônus da Prova no Tráfico de Drogas: a “fórmula matemática” do tráfico resiste por também desconsiderar a Crítica Hermenêutica do Direito**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rodrigo-chemim-guimaraes>> Acesso em: 14 abr. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: parte geral**, v. 2. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

MARTINS, Juliana Nogueira Galvão. **Tipicidade: Conceito e classificação**. Brasília: **Conteúdo Jurídico**, 2008. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22427&seo=1>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

NASCIMENTO, Daniela Araújo dos Santos. O usuário e o traficante na Lei nº 11.343/2006. Reflexões críticas sobre os aspectos diferenciadores. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2775, 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18435/o-usuario-e-o-trafficante-na-lei-n-11-343-2006/3>> Acesso em: 2 jun. 2018.

NUCCI, Guilherme Souza. **Tráfico ilícito de drogas**. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/trafico-ilicito-de-drogas>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

RODAS, Sérgio. **Ao não exigir prova de dolo, Lei de Drogas facilita prisão de usuário como traficante**. Publicado em 18 de fevereiro de 2017 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-18/nao-exigir-dolo-lei-drogas-facilita-prisao-usuarios#top>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio Del Hecho em Derecho Penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1998.