

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS
ÁREA DO CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

TIAGO TOLEDO PORTELLA

**OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIOS E TRAFICANTES DE
DROGAS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

**CANELA
2018**

TIAGO TOLEDO PORTELLA

**OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIOS E TRAFICANTES DE
DROGAS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS).

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Professor Me. Luiz Fernando Castilhos Silveira

CANELA

2018

TIAGO TOLEDO PORTELLA

**OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIOS E TRAFICANTES DE
DROGAS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS).

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Professor Me. Luiz Fernando Castilhos Silveira

Aprovado em _____ de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Me. Luiz Fernando Castilhos Silveira
Universidade de Caxias do Sul

Prof.
Universidade de Caxias do Sul

Prof.
Universidade de Caxias do Sul

AGRADECIMENTOS

A elaboração de um trabalho de conclusão exige dedicação não só do autor como também das pessoas que o cercam, seja de forma ativa ou passiva.

Assim, agradeço primeiramente Deus por ter me proporcionado as condições materiais e imateriais necessárias para cursar o curso de Direito na Universidade de Caxias do Sul, bem como para elaborar este modesto trabalho.

Agradeço a minha mãe Laides e meu pai Jair pelos os estímulos que me dão em meus estudos e nos seguimentos da vida. Ao meu irmão Mateus por me ajudar em outras tarefas em quanto eu elaborava o trabalho e também a minha namorada Milena pela compreensão durante estes anos em que estamos juntos, bem como pelo apoio incondicional que me tem dedicado.

E por fim, ao professor Luiz, com quem tive o prazer de conhecer no decorrer das orientações e que prontamente me orientou na elaboração deste trabalho, sempre me auxiliando e apoiando a qualquer hora e a qualquer dúvida, mesmo não sendo de seu maior entendimento o Direito Penal.

*"Posso não concordar com nenhuma das
palavras que você disser, mas defenderei
até a morte o direito de você dizê-las."*

Evelyn Beatrice Hall

RESUMO

O presente trabalho analisa os discursos contidos nos acórdãos de apelação proferidos pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (RS), referentes à diferentes Comarcas do Estado do Rio Grande do Sul, no que diz respeito aos traficantes e usuários de drogas. A pesquisa objetiva expor e ponderar sobre os principais argumentos e o posicionamento do judiciário, nas decisões de segunda instância, por todo Estado nos julgados do mês de setembro de 2018. Como hipótese, defende-se que, no julgamento dos Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público (MP) e pelos réus indiciados aos crimes de tráfico, artigo 33, da Lei de Drogas 11.343/06 e a posse de drogas para consumo, previsto no artigo 28, da mesma Lei, aonde predominou no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) o entendimento de que os princípios nesses casos não são muitos utilizados para fundamentar as suas decisões, preponderando sempre as condutas realizadas pelos agentes, sendo indiferente sobre a quantidade ou a mercancia de entorpecentes para distinguir se o réu é usuário ou traficante. Para tanto, apresenta-se o histórico das drogas, sua evolução no plano externo e interno e o atual cenário de regulamentação. Após, é procedida a análise dos julgados considerados mais relevantes. São extraídos os elementos formadores dos discursos no que diz respeito a distinção de qual conduta o réu pratica, para então ser condenado por tráfico ou pelo autoconsumo dos entorpecentes e em mínimas ocasiões serem absolvidos.

Palavras-chave: Distinção. Tráfico de drogas. Usuário de drogas. Estado do Rio Grande do Sul. Julgados. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

LISTA DE ABREVIATURAS

ONU – Organização das Nações Unidas

CF – Constituição Federal

FBN – Gabinete Federal de Narcóticos (Federal Bureau of Narcotics)

FBI - Gabinete Federal de Investigação (Federal Bureau of Investigation)

DEA - Drug Enforcement Administration (Órgão para o Controle/Combate das Drogas)

OMS - Organização Mundial de Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

MP – Ministério Público

HC – Habeas Corpus

DJ – Diário de Justiça

DJe – Diário de Justiça eletrônica

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 AS DROGAS E A SUA ILICITUDE EM UM ESCOPO HISTÓRICO	13
2.1 DROGAS AO LONGO DA HISTÓRIA	13
2.2 DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PLANO INTERNACIONAL	17
2.3 DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PLANO INTERNO	19
3 COMPARATIVO ENTRE A LEI Nº 11.343/06 E A LEGISLAÇÃO ANTERIOR	23
3.1 DA NOMENCLATURA “DROGA”	23
3.2 DO TRÁFICO DE DROGAS	26
3.3 O USUÁRIO DE DROGAS	28
3.4 DA (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS	31
3.5 PRÓS E CONTRA A LEGALIZAÇÃO DE DETERMINADAS DROGAS	34
3.5.1 POR QUE NÃO LEGALIZAR AS DROGAS?	35
3.5.2 POR QUE LEGALIZAR AS DROGAS?	35
4 PRINCÍPIOS PENAIS APLICADOS A CONDUTA DO USUÁRIO DE DROGAS	37
4.1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	37
4.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	38
4.3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE	40
4.4 PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU DA IGUALDADE	41
4.5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU DA BAGATELA	42
5 DA DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE DE DROGAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	47
5.1 DEFINIÇÃO PARA USUÁRIO DE DROGAS PERANTE AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	48
5.2 DEFINIÇÃO PARA O TRAFICANTE DE DROGAS PERANTE AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL	54
6 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	69
APÊNDICE A – TABELA COMPARATIVA	76
ANEXOS	85
QUADRO 1: VALOR NUTRITIVO DA FOLHA DE COCA (EM CADA 100 GRAMAS)	85
QUADRO 2: DEMONSTRATIVO DOS TIPOS, ORIGEM E SURGIMENTO DAS DROGAS NO MUNDO	86
QUADRO 3: FATURAMENTO ANUAL DO NARCOTRÁFICO NOS EUA, COMPARADO AO DAS GRANDES EMPRESAS – 1991	87

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) tem por escopo analisar quais parâmetros utilizados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) para distinguir a diferença no momento da condenação entre usuário de drogas e traficante de drogas. São estudados julgamentos do mês de setembro de 2018 proferidos pelo Tribunal, a partir de Recursos de Apelação interposto pelo Ministério Público (MP) e pelos acusados nas ações criminais ajuizadas a respeito do porte de drogas para consumo, prevista no artigo 28, e do tráfico de drogas, artigo 33, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Trata-se do entendimento que os desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vêm tendo para reconhecer se o envolvido com drogas utilizasse delas para consumir ou para passar a terceiros, mesmo que não seja por meio de mercancia conforme reconhece o TJRS. Outro termo analisado é sobre a quantidade de drogas, que para condenar por tráfico é considerada como majorante para aumentar a pena se encontrada em grande quantidade e por vezes analisada se for de pequena quantidade com outros entendimentos, principalmente para declarar o réu apenas usuário, ou até mesmo nem sendo parâmetro tanto para um crime nem para o outro.

Para tanto, serão contrapostos os argumentos que fundamentam as decisões que deram provimento aos recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público e pelos réus, reconhecendo, desta forma, o que se utiliza para caracterizar-se o mérito e a materialidade quanto aos crimes de tráfico de entorpecentes ou apenas a posse de drogas para consumo bem como as decisões que mantiveram as sentenças de primeiro grau, perfilhando do entendimento acerca do que o juiz *aquo* determina ou por diversas vezes modificar a sentença advinda de primeiro grau.

Como hipótese, defende-se que, no julgamento dos Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público e pelos réus, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, umas dos argumentos que predominou pelos desembargadores em seus entendimentos é que os princípios são bem pouco utilizados nessas análises, e impropriando totalmente o princípio da insignificância, um dos mais utilizados pelos réus em seus Recursos de Apelação, na tentativa de absolvição pela prática do tráfico de drogas ou do próprio consumo.

O texto está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo descreve o histórico das drogas, sua ilicitude e seu surgimento em seu decorrer histórico, passando para evolução legislativa no âmbito internacional, tendo como parâmetro os Estados Unidos da América, país que deu origem a política proibicionista-punitivo sobre as drogas, com elaboração de diversos programas e órgãos estatais para combater-las, sendo modelo para diversos países e também para o Brasil, colacionando doutrinas ao corpo do texto demonstrando como os americanos lidaram com os entorpecentes ao longo dos tempos. Neste capítulo, também se encontra através da evolução legislativa quanto às drogas em plano interno, trazendo o período de quando o país começou a lidar com esse problema e colacionando as Leis mais importantes com o enfoque nas drogas chegando há Lei 11.343/2006, vigente até hoje no Brasil.

No segundo capítulo, são exposta as semelhanças e distinções entre a atual lei de drogas e a legislação anterior, definindo e explicando o que vem a ser a nomenclatura “droga” perante a história, conceituando o tráfico de entorpecentes ilícitos e exemplificando a definição que a legislação atual e a anterior entendem sobre o usuário de drogas.

Através de doutrinas é trazido ao texto divergência quanto o crime previsto no art. 28, da Lei 11.343/06, do quais diversos doutrinadores entendem que este ato ilícito teve uma descriminalização perante a nova legislação e outros não, considerando apenas uma despenalização, divergindo sobre a questão. Está presente também os princípios aplicados a conduta do usuário de drogas, com diversos ensinamentos sobre o conceito de cada princípio. E por fim deste capítulo, uma explanada sobre os pontos a favor e contra a legalização das drogas, no olhar e motivos dados por alguns estudiosos da área.

Adentrando no terceiro e último capítulo, inicialmente foi elaborada uma pesquisa nas jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgadas no mês de setembro do ano de 2018, de forma quantitativa, analisando a quantidade de julgados por Câmaras Criminais e vendo quantos foram condenados por tráfico ou considerados apenas usuários e explicando de forma simples e sucinta alguns dos termos utilizados por cada decisão para se condenar.

E finalizando, está descrito no trabalho uma análise qualitativa, com o intuito de distinguir e definir através de algumas sentenças de Primeiro Grau de Jurisdição e das decisões definitivas da Primeira, Segunda e Terceira Câmara Criminal, que deram provimento ou desproveram os Recursos de Apelação do Ministério Público com o

intuito de condenação por tráfico e das Apelações dos réus buscando a absolvição ou a desclassificação de crime por tráfico, art. 33, para posse de drogas com a intenção apenas de consumo, art. 28, ambos da Lei de Drogas, momento este em que houve a separação dos discursos que se apresentaram mais relevantes à elaboração do presente trabalho.

2 AS DROGAS E A SUA ILICITUDE EM UM ESCOPO HISTÓRICO

As drogas são os maiores e mais lastimáveis de todos os flagelos que a humanidade tem notícia, que afeta o homem já na vida intrauterina, quando os pais já são viciados. Elas vêm atacando o homem em todas as idades sob os mais diversos aspectos, penetrando em todos os segmentos da sociedade, em todos os países do mundo¹.

Neste capítulo será retratada a sua evolução ao longo da história das drogas, tratando sobre a ilicitude, juntamente com o direito penal, tanto no plano legislativo externo e interno.

2.1 DROGAS AO LONGO DA HISTÓRIA

Nos dias atuais, as drogas trazem ao nosso cotidiano uma perturbação tremenda, pois com o passar dos anos trouxeram, devido ao lucro no mercado negro, um enorme índice de criminalidade relacionado ao consumo e venda dessas substâncias. Muitos pensam que as drogas surgiram por volta da década de 70, onde começou a se falar sobre o assunto de forma exagerada, principalmente no Brasil, mas para Maurides Ribeiro de Melo², já se consumiam drogas 5 mil anos antes de Cristo, sempre de forma ritual, litúrgica, ou relacionado a festividades, especialmente de cunho religioso, alegando assim, que esse não é um fenômeno social característico da humanidade, mas uma parte da história.

Henri Bergeron³ alega que não existe manual algum, tanto de antropologia ou de sociologia histórica sobre o uso de substâncias psicoativas que não diga que elas fazem parte da humanidade, sendo um fenômeno antigo e universal, desde a mastigação de coca nos Andes até o consumo de álcool fermentado no Sudeste asiático com finalidades medicinais, artísticas, espirituais e religiosas, sendo por muito tempo e ainda nos dias de hoje, considerada uma prática normal.

¹ MONTEIRO, ANTONIO. [Org.] & [et al.]. ExCola. Rio de Janeiro: Brasil, 1994. p. 69. Disponível em: <<https://pedagogiaaopedaletra.com/as-drogas-na-sociedade/>>. Acesso em set 2018.

² RIBEIRO, MAURIDES DE MELO. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

³ BERGERON, HENRI. **Sociologia da Droga**; [tradução Tiago Jose Risi Leme]. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2012, p. 19.

Há relatos históricos que o ópio foi usado nas planícies da Mesopotâmia há mais de três mil anos⁴, tendo fatos também da sua utilização por Plínio, o Velho, no século I d.C., obtivendo benefícios com as substâncias alucinógenas⁵. Já a maconha, uma droga conhecida hoje mundialmente, contam historiadores que desde de 3000 anos a.C. ela já era utilizada na farmacopeia chinesa⁶.

Uma das grandes utilidades das drogas no passado, era para medicina e eles não deixavam de estar certos em termos, pois a folha de coca demonstra, pois, utilizada em várias regiões, quando estudada por Harvard em 1975, mostrou um enorme valor nutritivo no consumo de 100 gramas diárias, conforme demonstra tabela nos anexos.

Sigmund Freud era um grande elogiador dos benefícios que a cocaína trazia, recomendando-a para tratar histeria, neurastenia, perturbações digestivas e até mesmo o debilitamento psíquico⁷.

Outras drogas também eram utilizadas como o ópio, tônicos, álcool de melissa, o láudano e o absinto servindo para dores físicas e morais, cansaço e neurastenia, sendo o ópio utilizado para um amplo aspecto, pois os médicos da época o utilizavam para muitas doenças como combater a febre, as doenças gástricas ou reumatismos. A heroína, considerada uma das drogas mais severas e viciantes do mundo, após ser inventada em 1874 por Wright, foi utilizada para substituir a morfina, pois ela causava dependência, além de ser um medicamento para a tuberculose⁸.

Henri Bergeron retrata que no século XIX:

O uso de certas substâncias psicoativas se emancipa progressivamente dos dispositivos de regulação culturais, religiosos ou profissionais que determinavam até então. Em sua acepção contemporânea comum, a droga se distingue pouco a pouco uma das outras substâncias e particularmente da parte dos remédios.⁹

⁴ BERGERON, HENRI. **Sociologia da Droga**; [tradução Tiago Jose Risi Leme]. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2012, p. 20.

⁵ DUGARIN, J & NOMINÉ, P. **Toxicomanie: historique et classifications. Confrontations psychiatriques**, n. 28, 1987, p. 9-55. Apud., BERGERON, HENRI. op. cit., p. 20.

⁶ CARDINAL, P. **Dimension culturelle et historique de l'usage des psychotropes**. In. BRISSON, P. (org.). *L'Usage des drogues et la toxicomanie*. Montreal: Morin Éditeur, 1998. Apud., BERGERON, HENRI. op. cit., p. 20.

⁷ MAGALHÃES, MARIO. *O Narcotráfico*, São Paulo: Publifolha, 2000. Afirmação de Sigmund Freud em 1884: **"Eu tomo doses pequenas regularmente contra depressão e contra indigestão, com o mais brilhante sucesso**. p. 81.

⁸ BERGERON, HENRI. op. cit., p. 22.

⁹ Ibid., p. 22.

Por volta da metade do século da qual BERGERON retrata, o uso de drogas que antes era utilizado para medicar, começa a tomar proporções de doença, surgindo aí o termo “TOXIMANIA”, termo esse utilizado para a introdução de agentes maléficos no corpo humano trazendo dependência, e um dos fatores do aumento do número de dependentes foram as seringas hipodérmicas, antes utilizadas para a introdução de morfina no corpo, passaram-se a ser utilizadas em grupos de amigos para introdução de outras drogas, sendo que apenas uma seringa passava por várias pessoas, pois com a aplicação direta na corrente sanguínea o efeito seria imediato, trazendo a sensação desejada espontaneamente. No caso da heroína, tornou-se uma das drogas mais utilizadas por meio dessas aplicações, desencadeando um aumento enorme de transmissão de outras doenças graves como a hepatite e a aids, além de um aumento enorme de dependência sobre as drogas¹⁰.

Neste período, cresce o uso “desregulado” de certas substâncias psicoativas. Esse uso inicialmente desenfreado dizia respeito apenas a militares coloniais, artistas, intelectuais, prostitutas e alguns médicos que faziam da utilização dessas substâncias, dando a entender que apenas o alto escalão conseguia o acesso com maior facilidade a qualquer tipo de droga, não englobando uma grande parte da população¹¹.

Mas, nos anos de 1839 até aproximadamente 1841, os Ingleses monopolizam o mercado através das chamadas “Guerras do Ópio” conforme doutrina Edson Passetti:

O marco definitivo desse processo foram as Guerras do Ópio (1839-1841), a partir das quais os ingleses garantiram o monopólio internacional desse mercado, consolidaram o domínio britânico no Extremo Oriente e implementaram a prática comercial de substâncias psicoativas em larga escala.¹²

Assim iniciou-se a propagação no Reino Unido, em plena Revolução Industrial, pois a utilização das drogas entre os operários e camponeses desenfreadamente começa a preocupar os donos de fábricas. Os sintomas dos trabalhadores que utilizavam principalmente o ópio, mudavam completamente seus comportamentos,

¹⁰ BERGERON, HENRI. **Sociologia da Droga**; [tradução Tiago Jose Risi Leme]. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2012, p. 23.

¹¹ Ibid., p. 24.

¹² PASSETTI, EDSON. **Das Fumeries ao narcotráfico**. São Paulo: EDUC, 1991.

tornando-os menos produtivos, insensíveis e antissociais, trazendo diversos prejuízos aos empresários da época¹³.

Já nos Estados Unidos se propaga uma enorme epidemia de drogas, tendo um grande enfoque na cocaína. Está epidemia vigorou por mais ou menos 30 anos no cenário americano, iniciando em meados dos anos de 1880 e persistindo até o ano de 1910, abrangendo todas as classes sociais americanas¹⁴.

Para Antônio Escohotado:

A popularização do consumo desses “novos produtos” – dentro do contexto sociocultural de cada nação, - acarretou uma série de desdobramentos e impactos sociais (intoxicações agudas (overdoses), complicações crônicas à saúde).¹⁵

Com isso começaram a ser tomadas medidas culminadas na elaboração de políticas públicas, com a intenção de solucionar os prejuízos causados pela massificação do consumo de drogas, passando a ser considerado uma morbidade, se tornando igual a qualquer doença¹⁶.

No século XIX, apesar de todos saberem os malefícios que essas substâncias causavam, os psicoativos eram encontrados em qualquer local de venda, salões de festas e bares, e somente na transição para o século XX, com aspectos moral-religioso e étnico, iniciasse os primeiros movimentos de reivindicação e de proibição contra as substâncias psicoativas¹⁷.

Com o consumo de drogas disseminado no mundo todo, o ápice do movimento proibicionista-punitivo entra em vigor quando os Estados Unidos proíbem de vez o álcool através da aprovação da 18ª Emenda à Constituição, sendo uma medida de total fracasso, mundialmente conhecida como “Lei Seca”, na qual apenas resultou no fortalecimento das máfias e dar início a internacionalização do crime organizado no país¹⁸.

¹³ BERGERON, HENRI. **Sociologia da Droga**; [tradução Tiago Jose Risi Leme]. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2012, p. 24.

¹⁴ Ibid., p. 24-25.

¹⁵ ESCOHOTADO, ANTONIO. **O livro das drogas: uso e abusos, preconceitos e desafios**. São Paulo: Dynamis Editorial, 1997.

¹⁶ RIBEIRO, MAURIDES DE MELO. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23-24.

¹⁷ Ibid., p. 24.

¹⁸ Ibid., p. 26.

Um ano após, em 1921 o Brasil tenta conter o controle da mesma maneira implementado a que diz ser 1º Lei sobre drogas, então Carlos Eduardo Martins Torcato explica um pouco do início desse sistema aqui:

Nesse ponto é preciso destacar a natureza da Lei nº 4.294 de 14 de julho de 1921. Essa é identificada pela historiografia como a primeira lei de tóxicos do país, pois consagra o princípio de que somente o uso médico é legítimo para substâncias entendidas como entorpecentes. Entretanto, apenas seus primeiros artigos tratam dessa questão – ela é toda voltada para a regulação do consumo de álcool nos espaços públicos. É verdade que a abstinência compulsória não virou política pública, porém é errado desconsiderar o poder de pressão desse vigoroso movimento social. O segundo aspecto que se pretende destacar refere-se à presença incessante do tema dos vícios sociais nos principais veículos culturais do período.¹⁹

Fica nítido então que após esse período as Nações começaram a implementar em seus países leis contra as drogas, todos com um sistema igual ao do Americano, sistema esse proibicionista-punitivo, iniciando aí o confronto do Estado contra o comércio e o consumo de drogas.

2.2 DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PLANO INTERNACIONAL

Entrando no escopo da história legislativa no âmbito internacional, tomaremos como parâmetro os Estados Unidos da América, pois no final do século XX tornaram-se os maiores consumidores do mundo de drogas ilícitas, elegendo o combate as drogas no país como preocupação central, tornando-se pioneiros no assunto e sendo modelo de controle para praticamente todas as nações mundiais.

Para Rui Ribeiro de Campos²⁰, a alta demanda de países ricos no consumo de drogas contribuiu para que se tornassem plantas de grande valor econômico, fazendo com que populações excluídas tivessem rendas mais elevadas com seus plantios, atraindo assim os mafiosos, senhores da guerra e até as forças de repressão que deveriam combater as drogas.

O debate sobre ilicitude das drogas tem seu estopim quando as denominadas Convenções-Irmãs da ONU (Organização das Nações Unidas) reafirmam um sistema

¹⁹ TORCATO, CARLOS EDUARDO MARTINS. **Breve História da Proibição das Drogas no Brasil: Uma Revisão**. Revistainter-legere, revista semestral do programa de pós-graduação em ciências sociais-UFRN. 2014. p. 7.

²⁰ CAMPOS, RUI RIBEIRO. **Geografia política das drogas ilegais**. Leme: J. H. Mizuno, 2014, p. 39.

proibicionista no meio internacional para controlar algumas drogas catalogadas como ilícitas.

Maurides de Melo Ribeiro conta passo a passo em um trecho de sua obra abaixo, como ocorreram essas convenções:

A primeira dessas Convenções, realizada em Nova York no ano de 1961, recuperou e detalhou as determinações oriundas da Liga das Nações nos anos 1920, cuidando basicamente, de proscrever o ópio, a Cannabis e a cocaína. A segunda, que se deu em Viena no ano de 1971, reafirmou o propósito proibicionista perante os movimentos contra culturais dos anos sessenta, banindo o LSD e as novas drogas sintéticas. A terceira, novamente em Viena em 1988, ratificou e fortaleceu o modelo proibicionista-punitivo como instrumento de combate ao crescimento do crime organizado e suas novas estratégias delitivas, como a lavagem de capitais. Além disso, recrudescer no tratamento punitivo para o com o usuário dessas substâncias, recomendando expressamente a criminalização dessa conduta. Posteriormente, em 1988, portanto dez anos após a assinatura da última das “convenções-irmãs”, a Assembleia Geral das Nações Unidas realizou uma Sessão Especial (UNGASS) dedicada à discussão da política mundial de drogas, na qual ratificou os tratados anteriores e colocou ao mundo um desafio: erradicar ou diminuir significativamente, até 2008, a produção e o consumo de drogas ilícitas no planeta.²¹

Neste período, os Estados Unidos tiveram duas principais leis em destaque, principalmente devido à grande explosão de heroína e cocaína no país. As leis eram Boggs Act, de 1951, e o Narcotics Control Act, de 1956. A Lei Boggs foi incitada por Harry Anslinger, à frente do FBN (Federal Bureau of Narcotics, um escritório nos moldes do FBI para lidar com drogas). A Boggs empunhava aos condenados por crimes relacionados com drogas ilícitas punições severas, não importando se era réu primário ou não, e lhes tirava total direito a qualquer modelo de liberdade condicional²².

Do mesmo modo, em 1956, o Narcotics Control Act foi aprovado no congresso, também com leis severas, fortalecendo a capacidade do Estado para punir os crimes relacionados aos psicoativos ilícitos. Um indiciado primário poderia ficar preso por cinco anos, sendo que na adição, os juízes poderiam condenar até mesmo à morte os indiciados por tráfico de drogas que fossem maiores de 18 anos.²³

Para Thiago Rodrigues, foi no momento em que estas leis estavam em vigor que se empanzinou a guerra doméstica das drogas no país, sofisticando o

²¹ RIBEIRO, MAURIDES DE MELO. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27-28.

²² RODRIGUES, THIAGO. **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico**; apresentação Edson Passeti. São Paulo: Desatino, 2017. p. 79-80.

²³ Ibid., p. 79-80.

aparato institucional, aquecendo o tradicional moralismo antidrogas Americano, com uma nova fase de explosão da questão das substâncias psicotrópicas no decênio seguinte, antecipando assim o terreno.

Em um contexto internacional, logo após esse período de extrema severidade, os EUA se “obrigam” a entrar em sintonia com as Grandes Convenções, vinculadas a criação da ONU (Organização das Nações Unidas), com um sistema multilateral sobre o assunto, fazendo com que mais uma vez o tráfico aumentasse²⁴.

Devido a esse alto crescimento de venda e consumo de entorpecentes em solo americano, o governo envia ao congresso a proposta de criação do DEA (Drog Enforcement Administration – Gestão de Repressão as Drogas)²⁵, pois Nixon já havia declarado que o inimigo número 1 dos Estados Unidos da América eram as drogas²⁶.

Com a criação do DEA, o modo punitivo estadunidense de tratar o tráfico e o consumo de drogas se consolida em um plano nacional e principalmente internacional, demonstrando que o sistema proibicionista-punitivo era de grande efeito, convocando uma reunião para emendar a Convenção Única de 1961, reformulando suas agências de combate às drogas, buscando maior eficiência no controle internacional. Sendo assim, os norte-americanos traçam uma hipérbole que levará a passagem dos anos 1980 para os de 1990, a ser a principal diretriz da sua política internacional externa para com a América Latina, fazendo com que a verve proibicionista em instrumento político doméstico de intervenção estatal se englobem mundialmente,²⁷ pois como veremos na tabela encontrada nos anexos, o narcotráfico faturava a mesma quantia ou até mais que as maiores empresas do país nesta época.

2.3 DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PLANO INTERNO

No plano interno, a criminalização do consumo e comércio de drogas aparece inicialmente nas Ordenações das Filipinas que, no livro V, título 89, fala que:

²⁴ RODRIGUES, THIAGO. **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico**; apresentação Edson Passeti. São Paulo: Desatino, 2017. p. 79 e 80.81.

²⁵ Ibid., p. 88-89.

²⁶ ESCOHOTADO, ANTONIO. **Historia de las drogas**. Madri: Alianza Editorial, 1998. V. 1,2 e 3. p. 102.

²⁷ RODRIGUES, THIAGO. op. Cit., Ibid., p. 89-101.

Nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamoneá, nem ópio, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e usar do ofício.²⁸

Não contendo nada sobre a proibição do porte ou venda de entorpecentes no Código Penal Brasileiro do Império, sendo retomado esse tema apenas na Codificação da República²⁹.

Em 1890, com a edição deste código, regulamentou-se os crimes contra a saúde pública, encontrando guarita no Título III da Parte Especial (Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública) e no seu artigo 159, do qual prevê como delito:

Expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem formalidades prescritas nos regulamentos sanitários na qual submetia o infrator à pena de multa.³⁰

O Decreto n. 11.481, de 10 de fevereiro de 1915 marcou inicialmente uma sistematização legal e fundamentada em acordos internacionais, pois este decreto determinou que no Brasil fosse cumprido os termos da Convenção da Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia no ano de 1912, da qual o Brasil foi signatário, seguindo por quase meio século³¹ e denominada por Nilo Batista de “modelo sanitário”³².

Nilo Batista relata que de fato, a posse ilícita de entorpecentes só foi realmente criminalizada em 1932 com o Decreto n. 20.930 de 11.1.32 e o consumo somente integrou a lista de ações criminalizadas em 1938, com o Decreto-Lei n. 891, de 25 de novembro de 1938³³.

Após esses decretos e reformas, em 1967 acontece a mais significativa para aquele período, quando decisões da ONU na Convenção Única de 1961 são introduzidas na legislação nacional. Nos anos seguintes como 1968 e 1971 novos

²⁸ LUISI, LUIZ. **A legislação penal brasileira sobre entorpecentes: nota histórica.** Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 3, n. 2, 1990. p. 152.

²⁹ CARVALHO, SALO DE. **A Política Criminal de Drogas No Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06.** 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47-48.

³⁰ Ibid., p. 48-49.

³¹ RIBEIRO, MAURIDES DE MELO. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31-32.

³² BATISTA, NILO. **Política Criminal com derramamento de sangue.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 20, 1997, p. 131.

³³ Ibid., p. 137.

textos são introduzidos endurecendo de vez as penas para traficantes e usuários, tratados já como viciados ou toxicômanos³⁴.

Rui Ribeiro de Campos diz que o que realmente consolidou o proibicionismo atual foi a introdução da chamada Lei de Tóxicos, Decreto nº 6.368 de 1976 da qual regulamentava a questão, sendo está exagerada e ainda discreta sobre o consumo das drogas mais pesadas, colaborando indiretamente na época da ditadura militar para a criação de grupos organizados ligados ao tráfico³⁵. O decreto tinha como disposição, “medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências”³⁶.

No seu art. 12, estava tipificado o crime de tráfico:

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.³⁷

O art. 16 da Lei, penalizava o usuário com detenção severa:

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.³⁸

Mesmo sendo considerada severa, perdurou até 2002 quando se criou a Lei nº 10.409/02³⁹, que segundo Thiago Rodrigues, foi está lei que institui por definitivo as distinções para usuários, sendo estes levados a tratamento e já os traficantes, classificados como criminosos, deveriam ser tratados com punições rigorosas,

³⁴ CAMPOS, RUI RIBEIRO. **Geografia política das drogas ilegais**. Leme: J. H. Mizuno, 2014, 168p. p. 127.

³⁵ Ibid., p. 127.

³⁶ Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html> > Acesso em out 2018.

³⁷ Ibid., Acesso em out 2018.

³⁸ Ibid., Acesso em out 2018.

³⁹ Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10409-11-janeiro-2002-433359-norma-pl.html> > Acesso em out 2018.

possuindo medidas preventivas e repressivas, tendo as preventivas um destaque para campanhas educacionais principalmente dentro das escolas⁴⁰.

A Lei de 2002 legislou por pouco tempo, pois em 2006 surge a atual lei vigente no Brasil, que é a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a chamada Nova Lei de Drogas, da qual manteve a criminalização para os usuários de substâncias psicoativas descaracterizando a sanção penal comida⁴¹.

Adentrando a nova lei, Maurides de Melo Ribeiro⁴² ressalta:

Importante ressaltar que a nova legislação prevê expressamente como fundamentos: “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade” (art. 4º, I); “o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes” (inciso II); além da necessidade do “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas”, no seu art. 19, III.

E finaliza alegando que essa diretriz ético-política não pode se deixar por abstrata e sim ser tratada com um grande caráter programático, uma vez que se estabelece as metas de política criminal para a matéria⁴³.

Fica assim sucinto que o Brasil vem a anos lutando contra os tóxicos ilícitos e abrangendo através da sua política criminal sobre drogas, maneiras para que o legislador encontrar maneiras para enfrentar os crimes relacionados aos entorpecentes.

⁴⁰ RODRIGUES, THIAGO. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. São Paulo: Desatino, 2003.

⁴¹ RODRIGUES, LUCIANA BOITEUX DE FIGUEIREDO. **Justiça terapêutica: redução de danos ou proibicionismo dissimulado?** In: SEIBEL JR., Sergio Dario. Dependência de drogas: São Paulo: Atheneu, 2010. p. 249.

⁴² RIBEIRO, MAURIDES DE MELO. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37.

⁴³ *Ibid.*, p. 37.

3 COMPARATIVO ENTRE A LEI Nº 11.343/06 E A LEGISLAÇÃO ANTERIOR

Aqui iremos relatar como a legislação anterior tratava o assunto referente a traficante e ao usuário e agora como a lei atual o descreve, trazendo desde da nomenclatura ao termo “droga”, conceituando o tráfico e o consumo de psicoativos e o divergente tema da criminalização e descriminalização da conduta do usuário, além de expor os ensinamentos de alguns autores sobre legalizar ou não as drogas, sendo de grande ajuda para contexto do foco principal do trabalho, que é demonstrar as distinções entre usuário e traficante nos Tribunais do Rio Grande do Sul.

3.1 DA NOMENCLATURA “DROGA”

Para Henry Bergeron, a “droga” pode ser designada de uma substância, da qual pode ser encontrada de forma natural ou sintética, capaz de alterar os estados da consciência humana⁴⁴.

Em seu livro ele traz o *Larousse médical*⁴⁵, que diferencia as drogas em quatro famílias:

1) as drogas psicodpressores, que se caracterizam por sua ação calmante, soporífera e ansiolítica: o álcool, as drogas à base de ópio (ou opiáceos), barbitúricos, tranquilizantes (sedantes ou hipnóticos) ou solventes (éter e terebentina); 2) as drogas psicoestimulantes, como a cocaína e seu derivado, o crack, as anfetaminas, o ecstasy, e até mesmo a cafeína, o khat ou a nicotina; 3) as drogas psicodislépticas, que apresentam efeitos alucinógenos, como o LSD, alguns cogumelos e o haxixe; 4) por fim, certos remédios com efeitos psicotrópicos.⁴⁶

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define a palavra droga como: “toda substância que, introduzida num organismo vivo, pode modificar uma ou várias de suas funções”⁴⁷.

Maria Lúcia Karam define a partir do desenvolvimento do conceito de drogas estabelecido pela OMS:

⁴⁴ BERGERON, HENRI. **Sociologia da Droga**; [tradução Tiago Jose Risi Leme]. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2012, p. 13.

⁴⁵ *Larousse médical*. Paris: Larousse, coleção Médecine Santé, 1995. Apud.: BERGERON, HENRI. op. cit., p. 13-14.

⁴⁶ BERGERON, HENRI. op. cit., p. 13-14.

⁴⁷ KARAM, MARIA LÚCIA. **De crimes, penas e fantasias**. 2. Ed. Niterói: Lumen, 1993, p. 26.

[...] definições um pouco mais precisas, sendo comumente aceito o conceito de droga como toda substância que, atuando sobre o sistema nervoso central, provoque alterações das funções motoras, do raciocínio, do comportamento, da persecução ou do estado de ânimo do indivíduo, podendo produzir, através de seu uso continuado, um estado de dependência física ou psíquica. [...] pode-se entender por dependência psíquica o impulso psicológico que leva ao uso contínuo da substância, para provocar prazer ou evitar o mal-estar provocado por sua falta, caracterizando-se a dependência física pelo estado fisiológico, manifestado por sintomas dolorosos, conhecidos como síndrome de abstinência, decorrente da interrupção da ingestão regular da substância em questão, também devendo se destacar o fenômeno da tolerância, entendido como o estado de adaptação orgânica, caracterizado pela necessidade de utilização de doses cada vez maiores de uma droga, para manutenção do efeito inicial.⁴⁸

Graciela Gema Pasa, após estudos através do observatório brasileiro de drogas⁴⁹, descreve a palavra “droga” como qualquer substância que exerce um efeito sobre o organismo. Existindo as psicoativas ou psicotrópicas que agem direto na região do cérebro, trazendo sensações de calma e excitação, podendo até mesmo variar o humor de forma drástica, alternando entre alegria e tristeza, sem contar as alucinações que distorcem totalmente da realidade⁵⁰.

Rui Ribeiro de Campos⁵¹ em sua doutrina conceitua droga com um entendimento do argentino Juan Cruz Vasquez, do qual diz que o termo droga é dado para aquelas substâncias ilícitas das quais atentam contra a saúde e a vida das pessoas que as consomem, diferentemente das drogas psicofármacos, prescritas para fins terapêuticos.⁵²

Antonio Escohotado trata “droga” como qualquer substância ou ingrediente que por sua natureza tem por finalidade a produção de um determinado efeito, falando que os antigos gregos conceituam o que vem a ser droga com a palavra *phármakon*, tendo para eles duplo efeito: remédio ou veneno, principalmente pela dose ministrada de *phármakon*, que inicialmente uma cura, tornasse uma ameaça⁵³.

⁴⁸ KARAM, MARIA LÚCIA. **De crimes, penas e fantasias**. 2. Ed. Niterói: Lumen, 1993, p. 26.

⁴⁹ <http://www.obid.senad.gov.br>

⁵⁰ PASA, GRACIELA GEMA. **Psicóloga, Mestranda em Ciência Médicas: Psiquiatria – Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS**. Disponível em: < https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_04/revista_digital_ed_04_2.pdf >. Acesso em out 2018.

⁵¹ CAMPOS, RUI RIBEIRO. **Geografia política das drogas ilegais/Rui Ribeiro Campos**. Leme: J. H. Mizuno, 2014, 168p. p. 7.

⁵² VAZQUEZ, JUAN CRUZ. **La Sombra del Narcotráfico: una amenaza global**. 1ª ed. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.

⁵³ ESCOHOTADO, ANTONIO. **Historia general de las drogas**. 7. ed. rev. ampl. Madrid: Alianza, 1998. p. 20.

Outros doutrinadores abrangem o tema como muito complexo de se conceituar, encontrando uma certa generalidade na sua definição, como no caso de Rosa Del Olmo, que trata este termo como de difícil conceituação:

Trata-se, pois, de uma palavra sem definição, imprecisa e de uma excessiva generalização, porque em sua caracterização não se conseguiu diferenciar os fatos das opiniões nem dos sentimentos. Criam-se diversos discursos contraditórios que contribuem para distorcer e ocultar a realidade social da 'droga', mas que se apresentam como modelos explicativos universais.⁵⁴

Prosseguindo a autora, com ensinamento de que a palavra "droga" não pode ser definida corretamente, pois outras substâncias permitidas também são consideradas drogas, tomando o álcool como exemplo:

Algo sim parece estar claro: a palavra droga não pode ser definida corretamente porque é utilizada de maneira genérica para incluir toda uma série de substâncias muito distintas entre si, inclusive em sua 'capacidade de alterar as condições psíquicas e/ou físicas', que têm em comum exclusivamente o fato de haverem sido proibidas. Por outro lado, a confusão aumenta quando se compara uma série de substâncias permitidas, com igual capacidade de alterar essas condições psíquicas e/ou físicas, mas que não se incluem na definição de droga por razões alheias à sua capacidade de alterar essas condições, como por exemplo o caso do álcool.⁵⁵

E para completar seu pensamento, Rosa Del Olmo alega que o importante não parece ser nem a substância nem sua definição, muito menos sua capacidade de modificar o ser humano, mas sim as discussões que se constroem ao redor dela, surgindo aí o fato de se falar da droga, e não das drogas⁵⁶.

No Brasil, o termo droga foi conceituado na Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, que legislou no país sobre as drogas até 2006, momento em que foi substituída pela lei atual, em seu primeiro artigo, a Lei descreve "droga" como qualquer substância entorpecente ou que traga dependência física ou psíquica, trazendo como dever para população, colaborar, prevenir e reprimir o tráfico e o consumo, conforme descreve um trecho do art. 1º, *caput*, colacionado abaixo:

Art. 1º - É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.⁵⁷

⁵⁴ OLMO. ROSA DEL. **A face oculta das drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

⁵⁵ *Ibidem*, 1990.

⁵⁶ OLMO. ROSA DEL. *op. cit.*, p. 23 e 24.

⁵⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm > Acesso em out 2018.

Já a atual Lei de Drogas 11.343/06, regulamenta em seus artigos 1º, § único, e 2º o que será considerado droga, trazendo a questão dos psicoativos que causam dependências, mas somente os especificados em lei ou por lista atualizadas pelo Poder Executivo da União e as proibindo em todo território nacional, salvo por hipótese de autorização legal ou regulamentar conforme segue a seguir:

Art. 1º - Parágrafo único - Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Art. 2º - Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.⁵⁸

Portanto, fica realmente sucinto que o termo “droga” é tratado como qualquer substância que cause dependência, física ou psíquica a qualquer ser vivo, mesmo que de certa forma alguns doutrinadores distorçam sobre seu conceito, tendo as drogas consideradas ilícitas, essas maléficas que trazem danos à saúde e as drogas lícitas, que são os psicofármacos, receitados pela medicina, com a intenção de trazer efeitos benéficos e úteis.

3.2 DO TRÁFICO DE DROGAS

Doutrina Nucci que, tráfico é o comércio, tráfego ou fluxo de mercadorias e em tese o comerciante de drogas que visa lucro ou até mesmo um simples passador pode ser denominado traficante, pois passar a substância entorpecente faz com que ela circule de mão em mão e certamente ambos devem ser punidos, pois o simples ato de passar traz perigo a saúde pública assim mesmo como vender⁵⁹.

Em sua lição, Gilberto Thums ensina:

Poder-se-ia resumir que tráfico é toda a conduta que tem por objetivo destinar drogas a terceiros, com ou sem intuito de lucro. É o elemento subjetivo exigido

⁵⁸ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm > Acesso em out 2018.

⁵⁹ NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **Leis penais e processuais comentadas**. 7. Ed. São Paulo: RT, v. 1. 2013. p. 313.

pelo tipo. Somente o art. 28 possui elemento subjetivo do tipo 'para consumo pessoal', enquanto que o art. 33 contém o dolo genérico. Se o objetivo não é traficar, então é porque a droga se destina a consumo pessoal.⁶⁰

A Lei 6.368, de 1976, conceituava o que seria traficar no *caput* do seu artigo 12, conforme segue:

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.⁶¹

Com esse entendimento sobre o tráfico, a Convenção de Viena de 1988, surgiu como modelo para o Brasil impetrar a luta contra o que era tráfico na época, sendo incorporada no país por meio do decreto nº 154, de 1991.⁶² Abaixo alguns trechos da convenção tratando sobre o assunto:

Reconhecendo igualmente que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional cuja eliminação exige uma atenção urgente e a maior prioridade;
[...]
Reconhecendo igualmente que é necessário reforçar e intensificar os meios jurídicos eficazes de cooperação internacional em matéria penal para eliminar as atividades criminosas internacionais de tráfico ilícito;⁶³

Nesse contexto, a atual Lei, trouxe em seu art. 33, *caput*, praticamente o mesmo conceito, mas aumentou de forma considerável a pena de reclusão mínima e da pena pecuniária máxima:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer

⁶⁰ THUMS GILBERTO e PACHECO, VILMAR. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2007, p. 47-48.

⁶¹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm > Acesso em out 2018.

⁶² Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1991/decreto-154-26-junho-1991-343031-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em out de 2018.

⁶³ Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. Disponível em: <<http://centrodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Convenc%CC%A7a%CC%83o-das-Nac%CC%A7o%CC%83es-Unidas-contra-o-Tra%CC%81fico-lli%CC%81cito-de-Entorpecentes-e-Substa%CC%82ncias-Psicotro%CC%81picas.pdf>>. Acesso em out 2018.

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.⁶⁴

João José Leal e Rodrigo José Leal analisam essas pequenas alterações no texto de uma lei para outra, como objetiva, não tendo grandes ajustes. Para eles as mudanças foram as expressões utilizadas:

No novo dispositivo, a expressão “ainda que gratuitamente” está descrita após a série de verbos, que indicam ações proibidas e penalmente sancionadas. Isto significa que todas essas ações marcadas pela tipicidade penal devem ser consideradas crime de tráfico ilícito, mesmo que quando praticadas sem o objetivo de lucro. O essencial é que o agente atue com a finalidade de transferir para outro a droga ilícita.

[...]

Além disso, coerente com a nova terminologia utilizada em todo o seu texto, a atual Lei Antidrogas abandonou a complicada expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, adota no texto revogado do referido art. 12, caput, da Lei 6.368/76. Já vimos que se trata de expressão que havia causado divergência a respeito de seu verdadeiro significado jurídico-penal.⁶⁵

E como já vimos anteriormente, o termo droga pode ser classificado como qualquer substância ou produto que esteja legalmente assim estabelecido em norma, ficando a nova terminologia muito mais fácil de ser entendida e interpretada.

Breve ressaltar sobre o aumento da pena mínima, que saiu de três para cinco anos de reclusão ao traficante, e a pena pecuniária que passou a ser de 500 e o máximo de 1.500 dias-multa, majoração essa bastante expressiva, quase que dobrada em comparação com a legislação anterior para a pena mínima e dobro para a pena pecuniária⁶⁶.

Por fim, fica entendido que traficar não tem por fim somente o lucro, mas sim o simples ato de passar, transportar ou até mesmo andar com drogas já tipifica o traficante, configurando assim um crime.

3.3 O USUÁRIO DE DROGAS

Emmanuela Vilar LINS, conceitua o usuário de drogas de forma simples:

⁶⁴ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm >. Acesso em out 2018.

⁶⁵ LEAL, JOÃO JOSÉ. **Controle penal das drogas: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 79.

⁶⁶ Ibid., p. 81.

Usuário, ou seja, àquele que adquire, guarda ou tem em depósito droga, bem como aquele que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de drogas, todas para consumo próprio;⁶⁷

A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) considera quatro tipos de usuários:

Usuário experimental ou experimentador: limita-se a experimentar uma ou várias drogas, por diversos motivos, como curiosidade, desejo de novas experiências, pressão de grupo etc. Usuário ocasional: utiliza um ou vários produtos, de vez em quando, se o ambiente for favorável e a droga disponível. Não há dependência, nem ruptura das relações afetivas, profissionais e sociais. Usuário habitual ou “funcional”: faz uso frequente de drogas. Em suas relações já se observam sinais de ruptura. Mesmo assim, ainda “funciona” socialmente, embora de forma precária e correndo riscos de dependência. Usuário dependente ou “disfuncional” (dependente, toxicômano, Farmacodependente dependente químico): vive pela droga e para a droga, quase que exclusivamente. Como consequência, rompe os seus vínculos sociais, o que provoca isolamento e marginalização, acompanhados eventualmente de decadência física e moral.⁶⁸

Em um contexto de usuário, Salo de Carvalho, tem uma perspectiva sobre o usuário de forma sanitarista, na qual o usuário de drogas é visto invariavelmente como doente crônico, recorrente e incurável⁶⁹.

O artigo 28, caput, seus incisos e parágrafos expostos na Lei 11.343/06 dizem:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - Advertência sobre os efeitos das drogas;
II - Prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.
§ 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

⁶⁷ LINS, EMMANUELA VILAR. **A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social.** In: NERY FILHO, A., et al. orgs. *Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas.* Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009. p. 6. Disponível em: < <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf> >. Acesso em out 2018.

⁶⁸ BONJARDIM, ESTELA CRISTINA; MACIEL, ANA CLAUDIA. **A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira.** Disponível em: < <https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/RFD/article/view/511/509> >. Acesso em out 2018.

⁶⁹ CARVALHO, SALO DE. **A Política Criminal de Drogas no Brasil.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 229.

condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.⁷⁰

Explicando de forma sucinta o que vem a ser usuário de drogas no Brasil, sendo alvo de diversos debates e discussões sobre ele, com alguns doutrinadores sendo a favor ao texto da lei e outros contra, conforme iremos ver à seguir.

Sobre o tema, o pensamento do Bacharel em Ciências Jurídicas André de Paula Viana e a Acadêmica de direito Elisângela de Sousa Seixas, acham que tratamento diferenciado entre usuário e traficante, busca desassociar a imagem criminosa daquele que usa qualquer tipo de droga, o vislumbrando como um doente, trazendo o conceito de usuário empregado no artigo 28, alegando que, todavia, o legislador prima por preconizar o tratamento diverso da pena restritiva de liberdade e dá ao juiz o poder de distinguir se o infrator é mero usuário ou traficante, utilizando-se da quantidade apreendida para sua decisão⁷¹.

O entendimento entre o artigo 28 e o artigo 33 da Lei Antidrogas é de difícil definição, sendo que os verbos adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo são denominados como de “tendência interna transcendente”, pois procuram a obtenção do resultado puro ou produção da objetividade típica. Sendo assim os artigos 28, caput, e 33, caput, para definir sua conduta precisam de elementos subjetivos especiais distintos do dolo, sendo difícil definir o fim de agir do agente quando praticam o que está definido nos artigos supracitados⁷².

Ficando assim sucinto que conceituar o usuário e destituí-lo do traficante é de difícil definição, alisando-se sempre a quantidade que ele possui para consumo próprio, podendo ser por muitas vezes indiciado pelo art. 33 da Lei 11.343, de 2006, do qual penaliza e conceitua o tráfico no país, mesmo sendo apenas um viciado.

⁷⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em out 2018.

⁷¹ SEIXAS, ELISANGELA DE SOUSA; VIANA, ANDRÉ DE PAULA. **Distinção entre traficante e usuário e a ineficácia das clínicas no Brasil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 144, jan. 2016. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16702 >. Acesso em out 2018.

⁷² ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; PIERANGELI, JOSÉ HENRIQUE. **Manual de direito penal brasileiro**. 7. Ed., v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

3.4 DA (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS

Este é um assunto bastante divergido entre os doutrinadores, uns entendem que uma pena leve e multa, já seriam o suficiente e assim o uso mesmo que de quantidade insignificativa deve sim ser criminalizado, e outros acreditam que descriminalizar é uma forma que ajuda a esclarecer de forma mais clara quem é o usuário e o traficante.

Habib, aponta que assim que a nova legislação penal veio em advento, a natureza jurídica da infração para porte e uso de drogas foi de enorme controvérsia, pois grande parte da doutrina passou a sustentar que portar drogas para uso não seria mais uma infração penal, sendo que a lei não priva mais quem utiliza drogas de sua liberdade⁷³.

Essa inovação dada ao tratamento para o usuário na nova lei dos tóxicos, de certa forma a mantém como criminosa, mas afasta a possibilidade de se aplicar a pena privativa de liberdade⁷⁴, fazendo com que comecem os debates sobre a descriminalização, descarcerização e despenalização da lei.

Nucci, destaca sobre o usuário de drogas, que a inovação da lei é benéfica e retroativa, mas não a descriminaliza:

O crime de porte de drogas para consumo pessoal (atual art. 28) tem o perfil evidente favorável, em comparação com o delito anteriormente previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76. Não há mais pena privativa de liberdade nesse contexto. Portanto entrando em vigor a nova lei, todos os condenados com base no art. 16, que estejam eventualmente presos, devem ser imediatamente libertados, substituindo-se a pena privativa de liberdade pelas novas punições previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/06.⁷⁵

Luiz Flávio Gomes acredita que houve sim a descriminalização, pois, o consumo não está mais sujeito à pena de prisão:

Houve descriminalização penal (abolitio criminis), porém, sem a concomitante legalização. O art. 16 foi descriminalizado, mas a posse de droga não foi legalizada [...] a posse de drogas para consumo pessoal não está mais sujeita à pena de prisão [...] será sancionada com penas alternativas, [...] não há que

⁷³ HABIB, GABRIEL. **Leis Penais Especiais volume único**; Coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 10. ed. rev., atual, ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 655.

⁷⁴ DORNELLES, MARCELO LEMOS. **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**; coord. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy; André Luís Callegari. [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 216.

⁷⁵ NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2006, p. 757.

se falar em “crime” ou em “contravenção penal” (por força do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal [...]. O art. 28, [...] contempla uma infração *sui generis* (uma terceira categoria, que não se confunde nem com o crime nem com a contravenção penal).⁷⁶

Posiciona-se João José Leal da mesma forma, dizendo que houve uma espécie de “descriminalização branca”, criando o legislador uma norma de “infração inominada”⁷⁷.

Em sua obra seguinte, mantendo sua posição anterior, destaca Luiz Flávio Gomes sobre a descriminalização ocorrida, não existindo mais uma conduta penalmente ou punitivamente para esse assunto:

A posse de droga para o consumo pessoal configura uma das modalidades do chamado delito de posse (“delitos de posesión”), que retrata uma categoria penal singular no Direito Penal. Mister se faz, para a consumação da infração, constatar a idoneidade ofensiva (periculosidade) do próprio objeto material da conduta. Se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima, não há que se falar em infração (pouco importando a sua natureza, penal ou “para-penal”). Não existe, nesse caso, conduta penalmente ou punitivamente relevante.⁷⁸

Analisando os doutrinadores e a legislação, Dornelles se manifesta de forma branda, dando ênfase que a imensa maioria mundial juntamente com o Brasil, tem como opção legislativa e de política criminal demonstrada, a intensão de criminalizar o usuário de drogas. Mas houve somente um abrandamento nas penas, o Brasil não descriminalizou essa conduta⁷⁹.

O deputado federal do Rio Grande do Sul Paulo Pimenta, relator na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei, que hoje é a Lei nº 11.343/06, mostra claramente a postura legislativa quanto à criminalização do consumo de drogas:

[...] com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves. Ressalvamos

⁷⁶ GOMES, LUIZ FLÁVIO (coord.) **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 118 e 119.

⁷⁷ LEAL, JOÃO JOSÉ. **Controle penal das drogas: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 81.

⁷⁸ GOMES, LUIZ FLÁVIO. **Lei de drogas comentada**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.156.

⁷⁹ DORNELLES, MARCELO LEMOS. **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**; coord. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy; André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário - o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal [...].⁸⁰

Aqui a manifestação do Senado Federal por meio do Senador Sérgio Cabral, explicando também, o porquê de afastar a prisão ao simples portador:

A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como criminoso, já que é na verdade dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo.⁸¹

Salo de Carvalho ensina, que a Lei não tem a intenção de descriminalizar quem consome a droga, pois o artigo 28, mantém as condutas criminalizadas para o usuário, alterando as sanções prevista e impedindo a prisão mesmo que no caso de reincidência, tendo essa lei nova no cenário um processo de “descarcerização” dos delitos relativos a quem a utiliza⁸².

Denis Sampaio também sustenta a tese da “descarcerização”, mas crítica a nova lei por não ter afastado a “antiga estigmatização social” para o usuário, permanecendo o controle social⁸³.

Dornelles, pondera que é da notoriedade de todos, que a utilização de drogas traz um aumento significativo de violência em todas as partes do cotidiano do ser humano, sem contar que ainda fortalecem o tráfico, abrangendo que se não houvessem tantos consumidores, o tráfico seria menor, impossibilitando assim descriminalizar está conduta⁸⁴.

⁸⁰ **Quest. Ord. Em Rec. Extraordinário 430.105-9 RJ. STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007, p.8.** Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566> >. Acesso em out 2018.

⁸¹ **Justificativa constante do Parecer 846, de autoria do senador Sérgio Cabral e anexada ao Projeto de Lei 115, que deu origem à atual Lei Antidrogas** (Diário do Senado Federal, de 06.07.2006). Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/diarios/PublicacoesOficiais> >. Acesso em out 2018.

⁸² CARVALHO, SALO DE. **A Política Criminal de Drogas No Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06.** 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁸³ SAMPAIO, DENIS. **Inovação Legislativa do Uso de Drogas diante de uma visão processual: nova medida descarcerizadora.** Boletim IBCCRIM, nº 170, p. 07.

⁸⁴ DORNELLES, MARCELO LEMOS. **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal;** coord. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy; André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

Conclui, que não houve descriminalização alguma e diferentemente de Salo de Carvalho e Denis Sampaio, aponta para a “*despenalização*”, mas acredita que esta ideia não pode prevalecer, o crime não ficou sem pena, existem penas restritivas para quem viola a proibição de se consumir drogas⁸⁵.

Finaliza, com o entendimento que a lei buscou e alcançou um equilíbrio, mantendo a conduta do usuário como criminosa, mas não o encarcerando por isso, repreender o tráfico prendendo o usuário é equivocado, quem deve ser preso é quem efetiva graves crimes e a única solução é a prisão⁸⁶.

Reforça Habid, que há várias infrações penais que não privam o cidadão da liberdade e em momento algum foram discutidas e deixaram de ser consideradas um crime e exemplifica esses crimes nos art. 292, 303, 304 e 306 do Código Eleitoral, Lei nº 4.737, de 1965, concluindo que o art. 28 da Lei de Drogas deve sim ser considerado uma infração penal, ou seja, uma conduta criminosa⁸⁷.

Por fim o doutrinador Habid, diz que houve sim uma despenalização para o usuário de drogas e não uma descriminalização, a lei continua com a sua natureza jurídica de infração penal, mas pegou mais leve na sanção, com o intuito de reintroduzir o dependente a sociedade⁸⁸.

Sobre esse tema, três diversificações ocorreram: A descriminalização, a despenalização e a descarcerização, sendo que os doutrinadores não entraram em consenso sobre o que realmente ocorreu na Nova Lei de Drogas, para não prender mais o usuário de drogas a partir da sua conduta.

3.5 PRÓS E CONTRA A LEGALIZAÇÃO DE DETERMINADAS DROGAS

Este tópico irá explanar a opinião de alguns doutrinadores em relação a legalização ou não de determinadas drogas.

⁸⁵ DORNELLES, MARCELO LEMOS. **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**; coord. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy; André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

⁸⁶ Ibid., 2008.

⁸⁷ HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais volume único**; Coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 10. ed. rev., atual, ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 655.

⁸⁸ Ibid., p. 656.

3.5.1 POR QUE NÃO LEGALIZAR AS DROGAS?

Magalhães, aponta inicialmente que não seria de grande valia a legalização pensando que a criminalidade aumentaria, pois as máfias e os grandes traficantes atacariam o estado no intuito de reprimir os prejuízos, sem contar que os negócios criminosos continuariam no ramo de armas e minerais preciosos. Pondera ainda que um dos riscos de se legalizar é a irreversibilidade, dando o exemplo do cigarro como o causador do câncer, para se descobrir isto foram necessários anos de pesquisa⁸⁹.

Arbex retrata que as policias também são contrárias a se legalizar as drogas, pois o combate reforça que se deve ter um sistema forte de polícia, sem contar que isso lhes propicia um alto rendimento adicional, os tornando mais motivados a trabalhar⁹⁰.

Para Rui Ribeiro, tornar as drogas lícitas não provocaria o fim da violência social, alegando que elas têm causas muito mais profundas, não podendo utilizar-se disso para justificar a legalização dos entorpecentes. E entrando no ponto de vista moral, destruiria todos os valores que alicerçam uma sociedade, as drogas ultimamente tem destruído famílias por inteiro⁹¹.

Agora entraremos nos motivos alegados por alguns doutrinadores para legalizar as drogas, sendo o mais adepto ao meu ver, para se seguir em um futuro próximo.

3.5.2 POR QUE LEGALIZAR AS DROGAS?

Grieve evidencia que a proibição das drogas não tem resolvido coisa alguma, muito menos que os males por ela ser proibida superem os benéficos de sua liberação. Legalizar informaria a todos o que cada coisa trás de bom ou de ruim, auxiliando cada pessoa se quer ou não usar. Além disso, proibir a produção, transformação e distribuição ajuda o crime organizado e legalizar faria com que o Governo tomasse as rédeas desse mercado, o regularizando e assumindo total controle sobre as drogas⁹².

⁸⁹ MAGALHÃES, MARIO. **O Narcotráfico**, São Paulo: Publifolha, 2000.

⁹⁰ ARBEX JR, JOSÉ. **Narcotráfico: um jogo de poder nas américas**. São Paulo: Moderna, 1993.

⁹¹ CAMPOS, RUI RIBEIRO. **Geografia política das drogas ilegais**. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

⁹² GRIEVE, JOHN. **10 razões para legalizar as drogas**. Le Monde Diplomatique Brasil, Ano 3, Número 26, setembro de 2009, p. 5 (tradução Luis Verza). Disponível em:

< <https://diplomatique.org.br/10-razoes-para-legalizar-as-drogas/> >. Acesso em out 2018.

Adentrando a economia, Arbex acha que o cobrar impostos sobre a venda dessa mercadoria traria um grande salto na economia e para sociedade, ajudando hospitais, além de utilizar esse valor para promover propagandas dando motivos para não se usar os entorpecentes, então a liberação traria benefícios ao governo além de um bom auxílio nas contas do Estado⁹³.

Já Magalhães diz que, querendo ou não o usuário causa diversas catástrofes a sociedade humana, que é totalmente fechada ao consumo, mas o problema não é o usuário de maconha ou cocaína e sim o dinheiro que isso gera para os narcotraficantes os deixando bem armados e com força para lutar contra a segurança de um país⁹⁴.

Rui Ribeiro alega que o método proibicionista tem sido utilizado apenas para evitar a vidente conturbação econômica e social da qual vivemos, fazendo com que se utilize de substâncias ilegais para enfrentar os problemas, ainda que há maioria dessas drogas tenham efeitos recreativos⁹⁵.

E pelos ensinamentos acima, notasse que legalizar as drogas pode sim ser um caminho para diminuir o conflito entre o Estado e os usuários e traficantes de drogas, mas para isso deverá se seguir uma política menos punitiva-proibicionista.

⁹³ ARBEX JR, JOSÉ. **Narcotráfico: um jogo de poder nas américas**. São Paulo: Moderna, 1993.

⁹⁴ MAGALHÃES, MARIO. **O Narcotráfico, São Paulo: Publifolha, 2000**.

⁹⁵ CAMPOS, RUI RIBEIRO. **Geografia política das drogas ilegais**. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

4 PRINCÍPIOS PENAIS APLICADOS A CONDUTA DO USUÁRIO DE DROGAS

Neste tópico será abrangido de forma contextualizada e formal, os princípios utilizados na conduta do usuário de drogas, abrangendo a matéria descrita nesta monografia.

4.1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Princípio encontrado no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Esse princípio tem por escopo, fixar a pena mais justa, para que não se mantenha sempre padronizada as penas os indivíduos na sociedade, fazendo com que a pena seja sempre de forma individual, mas nunca padrão⁹⁶.

Tal princípio, insta observar, consagra a isonomia material, isso porque ele atribui tratamento diverso a indivíduos que se encontram em situações distintas⁹⁷.

O processo de individualização da pena, de forma reconhecida pela doutrina, é desenvolvido em três momentos que se interligam e se complementam. O primeiro momento é o legislativo, também chamado de individualização legislativa: o legislador ao eleger uma conduta como crime deve observar a gravidade da mesma, de modo a estabelecer os patamares mínimo e máximo da sanção penal (pena abstrata) e sobre o assunto, explica Silva: “[...] o legislador deve cominar aos delitos penas proporcionais, que sejam coerentes com a gravidade do injusto penal”⁹⁸.

Em um segundo momento na individualização judiciária. Segundo Luisi: “[...] tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstos na lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para cada tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução”⁹⁹.

Para Nelson Hungria, individualização da pena é um processo que para: “[...] retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 159.

⁹⁷ FAVORETTO, AFFONSO CELSO. **Princípios Constitucionais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 113.

⁹⁸ SILVA, IGOR LUIS PEREIRA E. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podium, 2012. p.144.

⁹⁹ LUISI, LUIZ. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 37.

personalidade do criminoso.”¹⁰⁰.

Já Ferrajoli, acredita que o critério usado, é o “jurídico administrativo”, não sendo de seu agrado essa utilização criteriosa, pois uma vez que a pena é imposta pelo juiz na sentença que condena o réu, pode ser meramente alterada por diretores de presídios e agentes competentes. Sendo conferida um enorme poder a esses agentes, podendo remodelar a pena que o magistrado com anos de estudo a proferiu, tendo somente em suas mãos a liberdade pessoal do réu¹⁰¹.

Por esse motivo o legislador não deverá elaborar normas padronizadas e com parâmetros fixos relacionadas ao montante da pena, para que cada condenado passe por seu próprio processo de individualização da pena, tem uma punição justa pelo crime praticado¹⁰².

Assim nos remete o entendimento que este princípio busca sempre uma pena justa em relação a sua quantidade, com precisão e evitando padronizações das penas imposta, no intuito que sejam justas a cada condenado, ocorrendo algo diferente disto, implica em uma violação desse princípio. Cuida-se, com efeito, de tratar os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades, objetivando-se a efetiva Justiça.

4.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Após entendermos a individualização de cada pena, ela deverá seguir também o princípio de acordo com sua proporcionalidade.

Ao condenado será sempre retribuído de forma proporcional pelo seu ato ilícito cometido de acordo com o mal causado ilicitamente e o mal que deve o condenado¹⁰³.

Inicialmente a proporcionalidade existiu para limitar o poder estatal em frente ao poder de cada indivíduo, estabelecendo equilíbrio entre eles, buscando encontrar o objetivo que se procurava pela norma e os meios dos quais ela se valia para isso¹⁰⁴.

Nucci ensina que a proporcionalidade, “[...] indica a harmonia e a boa regulação

¹⁰⁰ LUISI, LUIZ. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 52.

¹⁰¹ FERRAJOLI, LUIGI. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁰² CHECAIRA, SÉRGIO SALOMÃO. JUNIOR, ALCEU CORREA. **Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para a sua Aplicação e Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31.

¹⁰³ ARIEL DOTTI, RENÉ. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 212.

¹⁰⁴ ESTEFAM, ANDRÉ. **Direito penal esquematizado: parte**. São Paulo: Saraiva, 2012.

de um sistema, abrangendo, em Direito Penal, particularmente, o campo das penas”¹⁰⁵.

Neste princípio, existem outros três subprincípios que seriam o da proporcionalidade em sentido estrito, adequação ou idoneidade e necessidade ou exigibilidade.

A proporcionalidade em sentido estrito, será analisada ao delito e pena imposta, sem exageros quanto a punição. Significa que o objetivo da proporcionalidade strictu sensu pondera entre o que foi causado e ao bem que pode se trazer, com o intuito de se constatar se seria justificável a intervenção estatal nas esferas dos direitos particulares e individuais de cada um¹⁰⁶.

No princípio da adequação ou idoneidade, a proporcionalidade será usada se a pena for apta somente, tendo como intuito atingir o interesse público a qual foi proposta¹⁰⁷.

E no terceiro subprincípio, o da necessidade, a pena deve ser indispensável para o fim proposto e deve ser também a única alternativa para atingir este fim, sendo esta de menor gravidade¹⁰⁸.

Doutrina Capez, alegando que haverá sempre inconstitucionalidade ao tipo, sempre que as vantagens forem menores que os custos, sendo sempre contrário ao Estado Democrático de Direito¹⁰⁹, infringindo o princípio supracitado e assim explica:

Com efeito, um Direito Penal democrático não pode conceber uma incriminação que traga mais temor, mais ônus, mais limitação social do que benefício à coletividade. Somente se pode falar na tipificação de um comportamento humano, na medida em que isto se revele vantajoso em uma relação de custos e benefícios sociais.¹¹⁰

Bitencourt lesiona, que com base neste princípio pode se afirmar:

Se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências — crimes, vinganças e punições arbitrárias — que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que

¹⁰⁵ NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 210.

¹⁰⁶ FROTA, HIDEMBERG ALVES DA. **Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade**. Brasília: Revista CEJ, v.11 n° 41 abr./jun. 2008. p. 25.

¹⁰⁷ Ibid., p. 25.

¹⁰⁸ PRADO, LUIZ REGIS. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008. p. 140.

¹⁰⁹ CAPEZ, FERNANDO. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral**. 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹¹⁰ Ibid., p. 88.

cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los.¹¹¹

Após sucinta explicação, entende-se sobre o princípio que o bônus nunca poderá ser maior que ônus, preservando os direitos fundamentais do cidadão. Adentramos agora ao princípio da humanidade.

4.3 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Nucci explica sobre este princípio que a lei penal aplicada deve ter como escopo a benevolência e humanidade, buscando o seu objetivo principal, que é o bem-estar social de toda comunidade ou pelos atingidos por uma sanção penal, sendo que todos tem direitos e não merecem sua exclusão definitiva porque praticaram algo ilícito, merecendo uma chance de ressocialização¹¹².

Completa Ariel alegando que, o princípio da Humanidade se consolida através do princípio da dignidade da pessoa humana, entendo que homem vem a frente de tudo e nos direitos humanos, o Direito Penal é o que tem maior relevância¹¹³.

No entendimento de Fernando Capez, uma pena que atente contra moral ou incolumidade de alguém resulta em um ato inconstitucional conforme doutrinamento abaixo:

Resulta ser inconstitucional a criação de um tipo ou a cominação de alguma pena que atente desnecessariamente contra a incolumidade física ou moral de alguém (atentar necessariamente significa restringir alguns direitos nos termos da Constituição e quando exigido para a proteção do bem jurídico).¹¹⁴

Deste princípio decorre que será impossível a pena passar da pessoa do delinquente, ressalvando alguns efeitos do direito civil que podem atingir os herdeiros do infrator até o montante final da herança, com base no art. 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988¹¹⁵.

¹¹¹ BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. **Tratado de direito penal: parte geral 1 / Cezar Roberto Bitencourt**. – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 97.

¹¹² NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **Individualização da Pena**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 44.

¹¹³ ARIEL DOTTI, RENÉ. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 151.

¹¹⁴ CAPEZ, FERNANDO. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: / Fernando Capez**. – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 89.

¹¹⁵ Ibidem. 2018.

Luiz Luisi alega que este princípio é derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e ensina que, “postulado reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade”. Devendo-se advertir, todavia que: “o indeclinável respeito ao princípio da humanidade não deve obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal”¹¹⁶.

Com doutrina explanada acima sobre o princípio da humanidade, fica explícito que o usuário acerca do princípio deve ter oportunidade de ser reintegrado a sociedade, mesmo após cometer alguma ilicitude.

Portanto, nota-se que, é justamente na dignidade da pessoa humana que se consolida o fundamento principal do princípio da humanidade das penas. O homem deve ser a medida primeira e última de todas as coisas, motivo pelo qual se deve ter em mente que na categoria dos direitos humanos o Direito Penal é o mais relevante¹¹⁷.

4.4 PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU DA IGUALDADE

Este princípio está na Constituição Federal em seu artigo 5º caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”¹¹⁸.

No entendimento de Rogério Greco o princípio é bem simples, “[...] que determina, simplificada, que os iguais sejam tratados igualmente, bem como que os desiguais tenham tratamento desigual”¹¹⁹.

E por conceito, entende da mesma forma que Rogério Greco, o doutrinador Rodrigo César Rebello Pinho, ensinado que, “Igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, com os mesmos direitos e obrigações, e desigualmente os desiguais. Tratar igualmente os desiguais seria aumentar a desigualdade existente.”¹²⁰.

Este princípio tem como objetivo limitar a atuação do legislador, do intérprete e do particular. Dessa forma as normas jurídicas criadas pelo legislador não podem conter distinções arbitrárias, exceto aquelas autorizadas constitucionalmente. É o que

¹¹⁶ LUISI, LUIZ. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 46.

¹¹⁷ ARIEL DOTTI, René. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

¹¹⁸ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em out 2018.

¹¹⁹ GRECO, ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 753.

¹²⁰ PINHO, RODRIGO CESÁR REBELLO. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 99.

ensina o doutrinador Uadi Lammêgo Bulos, dizendo que as diretrizes de desigualdade, limitam as atividades legislativas tomadas em sentido amplo, adentrando que o legislador não pode criar normas com desequiparações ilícitas, arbitrárias e abusivas, que sejam contrárias a manifestações constituintes de grau primário¹²¹.

Leandro Cadenas Prado leciona sobre as vertentes do princípio da igualdade:

- a) Para o legislador, que o impede de produzir leis com previsões desarrazoadas de tratamento diferenciado para pessoas em idêntica situação fática;
- b) Para o aplicador da lei, que deve sempre procurar pela interpretação igualitária, sem estabelecer diferenças abusivas.¹²²

A partir deste princípio não se admite qualquer discriminação no que se diz respeito a qualquer ser humano, sendo um princípio repetido na maioria dos dispositivos constitucionais, realçando a preocupação do constituinte na questão de sempre se buscar a igualdade e traz em seu preâmbulo, a igualdade como um dos valores supremos do estado brasileiro¹²³.

Sintetiza-se então com base nos autores acima, que caberá ao juiz diminuir as desigualdades sociais na medida que for aplicar a pena, visando é claro não ferir com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o usuário fere a si mesmo e o traficante fere a terceiros.

4.5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU DA BAGATELA

O princípio da Insignificância para Vico Mañas surge para evitar situações que prejudiquem de forma relevante o indiciado, de utilização para interpretar a norma restritiva de tipo penal, lecionando:

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado

¹²¹ BULOS, UADI LAMMÊGO. **Constituição Federal Anotada**. 8ª edição. Editora Saraiva. 2008.

¹²² PRADO, LEANDRO CADENAS. **Direito Penal: Parte Geral**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 16.

¹²³ PINHO, RODRIGO CESÁR REBELLO. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 98.

sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.¹²⁴

Luiz Flávio Gomes, traz que a Constituição de 1988 deve ser referência de injusto penal, reduzindo-as às margens da estrita necessidade conforme ensina:

[...] a Constituição, sobretudo em uma sociedade que vive sob o Estado Democrático de Direito, há de ser o ponto jurídico-político de referência em termos de injusto penal, sendo reduzido às margens da estrita necessidade. Por esse ponto de vista, a intervenção penal deve residir no fato de que a conduta externa praticada (formalmente típica e subjetiva ou normativamente imputável ao agente) não só concretize a descrição legal (típica) como também ofenda concretamente (lesão ou perigo) o bem jurídico protegido.¹²⁵

Assis Toledo sobre este princípio, diz que ele irá somente aonde for necessário para se proteger o bem jurídico conforme ensina:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.¹²⁶

Capez, prega que o Direito Penal não deve se preocupar com as bagatelas das quais o princípio protege alegando de forma clara que “O Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico”.¹²⁷

Será exigido pelo menos um mínimo de lesividade ao bem jurídico, o legislador ter imaginado inserir condutas incapazes ou inofensivas de fazer quaisquer coisas ao interesse protegido é de certa forma inadmissível¹²⁸.

Assim, continua a educar:

Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma

¹²⁴ VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. p. 56.

¹²⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal (Série As ciências criminais no século XXI: V.5)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 24p.

¹²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a lei n. 7.209/84 e com a Constituição Federal de 1988**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133.

¹²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. volume 1, parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 73 e 74.

¹²⁸ *Ibidem*, 2018.

monta devem ser considerados fatos atípicos.¹²⁹

Em um ambiente jurídico iniciado na dignidade da pessoa humana onde o poder estatal não tem dominação ou submissão política, os valores constitucionais salvam que não se deve condenar uma conduta que cause um valor insignificante aos bens juridicamente tutelados¹³⁰.

Rogério Greco afirma que existe controvérsia sobre a aplicação do princípio na Lei de Drogas (Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006), como se observa pelos julgados a seguir:

Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que afigura-se; Inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante” (STJ, HC 195.985 f MG, Rei. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 18/06/2015). “Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes” (STJ, RHC 37.094/MG, Rei. Min. Rogério Schiatti Cruz, 6ª T., Dje 17 /11/2014). “Volume de maconha ínfimo, que não permite sequer a confecção de um ‘fininho’, o fato assume contornos de crime de bagatela” (TJ-RS, AC 686048489, Rei. Néelson Luiz Púperi, RJTJRS 121/122).⁶ “O princípio da insignificância não incide apenas nos delitos materiais ou de resultado, mas também nos delitos de perigo ou de mera conduta, inclusive naqueles em que o bem jurídico atingido é difuso ou coletivo. Dessa forma, em tese, é possível a aplicação deste princípio aos crimes de drogas” (TJ-RS, AC 70031081110, Rei. Des. Odone Sanguiné, DJ 18/08/2009). “Posse para uso próprio de ínfima quantidade de maconha (0,450g) é fato insignificante, por ausente perigo à saúde pública. Criminalidade de bagatela admitida. Absolvição proclamada” (TJ-RS, AC 70014495311, Rei. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, DJ 17/07 /2007).¹³¹

Conclui Greco que este princípio não poderá ser incluído em qualquer infração penal, mas existem radicalizações no sentido de sua aplicação e a sua não utilização poderá gerar conclusões absurdas a crimes que não mereciam tanta punição e atenção do Direito Penal em virtude da sua expressividade¹³².

Por escopo, este princípio considera atípico o fato quando a lesão ao que se é

¹²⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. volume 1, parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 24.

¹³⁰ ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹³¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 117.

¹³² Ibid., p. 118.

protegido pela lei penal é de tal forma irrisória, não tendo o porquê de se movimentar o judiciário, mas tem sido mas aceito em crimes de pequenos furtos e sonegações fiscais, não cogitando este princípio para crimes com ele incompatíveis, dando como exemplo o homicídio ou o estupro¹³³.

Leandro Cadenas Prado, traz que o Supremo Tribunal Federal (STF) em suas decisões entende que para incidência do princípio da insignificância é necessária a presença de alguns pontos:

- a) a mínima **ofensividade** da conduta do agente;
- b) a nenhuma **periculosidade** social da ação;
- c) o reduzidíssimo grau de **reprovabilidade do comportamento**;
- d) a **inexpressividade da lesão** jurídica provocada.¹³⁴ (Grifo do autor)

E por esses motivos o Supremo Tribunal Federal (STF, HC 92.462, DJ 06/11/07), entende que não aplica este princípio nos casos dos crimes previsto na Lei de Drogas nº 11.343/06¹³⁵.

Então, apesar de ser um princípio de possível utilização para a conduta do usuário, foi descartado a sua utilização perante ao STF, abrangendo ser um crime de grande ofensividade.

¹³³ GONÇALVES, VICTOR EDUARDO RIOS. **Direito Penal, parte geral**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

¹³⁴ PRADO, LEANDRO CADENAS. **Direito Penal: Parte Geral**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 14.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 15.

5 DA DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE DE DROGAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Este capítulo vai trazer as distinções utilizadas pelas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, analisando como cada Câmara (Primeira, Segunda e Terceira Câmaras Criminais) distinguem usuários e traficantes.

Para consumir a pesquisa jurisprudencial, foi realizada uma busca no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹³⁶. No site, visto que se optou por buscar processos com um espaço temporal específicos e relacionados somente há Tráficos de Drogas e Condutas Afins.

Na pesquisa foram analisadas 69 (sessenta e nove) jurisprudências em forma de acórdãos julgadas do dia 01 (primeiro) ao dia 30 (trinta) de setembro de 2018 de diversas comarcas do Estado, sendo utilizado o termo “usuário de drogas” para uma pesquisa com maior enfoque, na forma de Recursos de Apelação Criminal.

Dessas 69 (sessenta e nove), 50 (cinquenta) foram colocadas em tabela, sendo analisados os motivos para ser considerado traficante e usuário, relatando-os na tabela e vendo se o apelo foi provido, parcialmente provido ou negado. As outras 19 (dezenove) eram relacionadas as drogas, mas não pela sua utilização ou venda e sim pelo efeito da qual elas traziam ao organismo do usuário, fazendo com que cometessem outros crimes.

Na pesquisa realizada, a Primeira e Segunda câmara condenaram praticamente todas as ações indiciando os réus por tráfico de drogas.

Na Primeira Câmara foram oito julgados dos 50 (cinquenta), condenando sete por tráfico e um dando prosseguimento ao feito para que o réu fosse indiciado como usuário. Na segunda câmara foram dez julgados, sendo nove condenados por tráfico e um considerado usuário.

Já a Terceira Câmara é a que mais divergiu nas condenações e a que mais julgou casos nessas 50 (cinquenta) jurisprudências analisadas. Nesta câmara foram julgados 32 (trinta) casos. Foram 14 (quatorze) julgados considerando os réus como usuários e 15 (quinze) considerando os réus traficantes. Dois casos com mais de um réu, sendo um dos réus considerado usuário e o outro traficante.

¹³⁶ <http://www.tjrs.jus.br/site/>

Um dos casos o réu foi absolvido por inteiro das acusações, não sendo considerado traficante ou usuário.

Nos tópicos abaixo analisaremos as definições e distinções utilizadas para o usuário e o traficante de drogas dada por cada câmara.

5.1 DEFINIÇÃO PARA USUÁRIO DE DROGAS PERANTE AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Para definir o réu como usuário, os elementos utilizados nos acórdãos, foram a quantidade apreendida, a falta de elementos probatórios (tais como: mercancia, repasse a terceiros, ferramentas usadas para pesagem e para embalar as drogas), testemunhas e auto declaração do indiciando se revelando usuário perante a lei.

Na grande maioria dos processos, os réus se declararam usuários com a intenção de aliviar sua pena, deixando de ser enquadrado no art. 33, da Lei 11.343/06, buscando o enquadramento no art. 18, da mesma lei.

Como já vimos, a Primeira e Segunda Câmaras foi bem rígida para os casos de envolvimento de tráfico de drogas e afins, condenando a grande maioria dos casos como traficante de drogas, e a Terceira câmara foi a que mais se dividiu entre suas decisões.

Aqui a decisão da Primeira Câmara Criminal, na qual acatou o pedido do Ministério público, pendido para que o feito prosseguisse e que o réu fosse condenado como usuário:

APELAÇÃO CRIME. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. APELO MINISTERIAL. PROCEDÊNCIA. Quanto à alegação de inconstitucionalidade, é suficiente mencionar que ela não foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal no País. No mais, as teses relativas à atipicidade do episódio não merecem guarida, levando-se em conta que o crime de posse de drogas para consumo pessoal é de perigo abstrato ou presumido, visando proteger a saúde pública. De fato, desimporta a quantidade angariada, pois é próprio do tipo penal que ela seja pequena. Tampouco tem relevância o fato de o usuário, em princípio, fazer mal apenas à própria saúde, visto que o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Por essas razões, necessário o normal prosseguimento do processo. Apelo provido.¹³⁷

¹³⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70077560753**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Ministério Público, Apelado: William De Oliveira Michel, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Porto Alegre, 05 set. 2018.

Em Primeira Instância, o réu foi absolvido com base no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal, no qual diz:

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:
III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
V - extinta a punibilidade do agente.¹³⁸

O juízo *a quo* Jocelaine Teixeira, em sua sentença não considerou crime a posse de drogas para consumo pessoal, declarando a conduta como inconstitucional e absolvendo o réu sumariamente, pedindo a destruição das provas. Abaixo parte da sentença:

No âmbito da ciência jurídica, justamente por conta da falta de lesividade a terceiros, e porque ao direito penal deve ser reservado a incidência sobre condutas que provoquem desajuste social grave e lesão a terceiros ou à coletividade a ponto de serem insuficientes medidas de outras áreas do conhecimento, da administração pública e do direito, a questão aqui posta está em discussão no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 635.659-SP, com voto no sentido da atipicidade da conduta, dos Ministros Gilmar Mendes, Edson Facchin e Roberto Barroso, os quais já se pronunciaram pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do dispositivo legal todos os efeitos de natureza penal.¹³⁹

Entende por fim a juíza que a persecução penal deve ser interrompida perante a atipicidade material da conduta conforme conclui a juíza:

Assim, ante a atipicidade material da conduta do autor do fato, entendendo como desproporcional a criminalização da posse de entorpecentes para uso pessoal, à luz do preceituado na Lei 11.343/2006, a persecução penal deve ser interrompida.¹⁴⁰

Chegando os autos ao TJ/RS, a Primeira Câmara optou por desconstituir a sentença e prover o apelo do Ministério Público, para que o feito prosseguisse indiciando o réu ao crime previsto no art. 18, da Lei de Drogas, ensinando o Relator Desembargador Manuel José Martinez Lucas, que “Tampouco tem relevância o fato de o usuário, em princípio, fazer mal apenas à própria saúde, visto que o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Por essas razões, necessário o normal prosseguimento

¹³⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em nov 2018.

¹³⁹ Trecho da sentença extraída dos autos de nº 014/2.13.0004114-8. ESTEIO. Primeira Instância. Posse de Drogas. **Processo nº 014/2.13.0004114-8**. Distribuído em: 10 out. 2013.

¹⁴⁰ Id. ESTEIO. Primeira Instância. Posse de Drogas. **Processo nº 014/2.13.0004114-8**. Distribuído em: 10 out. 2013.

do processo.”¹⁴¹, sendo a decisão do relator seguida de forma unânime pelos outros desembargadores do acórdão.

Dos casos julgados no mês de setembro pela Primeira Câmara Criminal, nenhum dos indiciados por tráfico foi absolvido ou considerado usuário.

Conclui-se aqui, que essa Câmara definiu a utilização das drogas como crime conforme relata o artigo 28, da Lei 11.343/06, no caso julgado no mês de setembro, alegando que quantidade para se considerar usuário tem que ser pequena, mas por ser pequena não pode ser desconsiderado o crime, pois o usuário está prejudicando a saúde pública, que é o bem tutelado pela lei e não apenas a si só¹⁴², conforme retrata o relator em sua decisão.

No recurso de apelação julgado pela Segunda Câmara Criminal, adveio de um apelo promovido pelo Ministério Público acerca da sentença da juíza de primeiro grau, no qual havia julgado improcedente a ação. Segue parte da sentença do juízo *a quo* Camila Luce Madeira:

Assim sendo, não se colhendo das provas contidas nos autos a certeza quanto ao envolvimento do acusado na conduta descrita na denúncia, mantém-se a dúvida no que tange à destinação da droga apreendida. A prova judicial mostra-se, dessa forma, demasiadamente frágil e inapta a afastar a negativa de autoria sustentada pelo acusado. Dessa forma, cabe a desclassificação do crime imputado na denúncia para o delito de porte de entorpecente para uso pessoal, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06.¹⁴³

Como o réu esteve 5 (cinco) meses preso por essa acusação, por ele ter permanecido por mais de 5 meses no presídio, a pena já foi mais severa do que qualquer pena prevista no art. 28, da Lei de Drogas e considerando o princípio da proporcionalidade, considera-se a pena suficiente, tendo o mesmo entendimento a Terceira Câmara Criminal em julgado similar conforme colacionou em sua sentença e grifou lá aonde dizia que a Terceira Câmara a partir do princípio da proporcionalidade

¹⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70077560753**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Ministério Público, Apelado: William De Oliveira Michel, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Porto Alegre, 05 set. 2018.

¹⁴² Ibid., Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70077560753**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Ministério Público, Apelado: William De Oliveira Michel, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Porto Alegre, 05 set. 2018.

¹⁴³ Trecho da sentença extraída dos autos de nº 001/2.14.0071410-7. PORTO ALEGRE. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 001/2.14.0071410-7**. Distribuído em: 27 set. 2014.

evitando o excesso de punição, entendeu que como já foi preso o autuado, a pena é mais severa do que qualquer uma imposta pelo artigo supracitado acima¹⁴⁴.

O desembargador relator Victor Luiz Barcellos Lima e demais desembargadores por meio de acordão, reformaram a decisão parcialmente, mantendo a absolvição por tráfico, indiciando o réu pelo uso e extinguindo a punibilidade do réu.

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. Mérito. Caso concreto em que o réu foi flagrado na posse de farelos e cascas de maconha, pesando 24,8 gramas, e de 04 pedras de crack, pesando 0,95 grama, em ponto de tráfico de entorpecentes. Prova dos autos que não autoriza condenação por tráfico, na medida em que os milicianos ouvidos em que pese a validade de seus relatos, limitaram-se a afirmar que as drogas foram apreendidas com o réu, que o local era conhecido como ponto de tráfico, isto é, onde se vende e compra droga, e que ele estava sozinho. As drogas apreendidas, conquanto de duas naturezas distintas, eram em quantidades pequenas.

[...]

Não se está negando a existência da apreensão, mas sim afirmando que não há certeza de que as drogas apreendidas com o réu eram destinadas à venda a terceiros. Afinal, ele alega que estava lá para comprar drogas, por ser usuário de substâncias entorpecentes, o que é corroborado, de certa forma, pelo conteúdo das conversas existentes em aplicativos de seu celular. Desclassificação da conduta para a prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Extinção da punibilidade. Prescrita está a pretensão punitiva estatal, tendo em vista que houve o transcurso do prazo estabelecido no artigo 30 da Lei nº 11.343/06, c/c artigo 115, do Código Penal, entre o dia em que recebida a denúncia e a presente data, considerando a desclassificação efetuada nesta Instância. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. DESCLASSIFICAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.¹⁴⁵

Observando o acordão, podemos ver que neste caso a quantidade apreendida não teve muito parâmetro, mesmo sendo uma quantidade alta, de certa forma, foi considerada baixa pelo relator para se configurar o crime previsto no art. 33, da Lei de Drogas, e por não haver elementos probatórios de mercancia ou depoimentos testemunhais que comprovassem a veracidade de que o destino das drogas era à venda.

A decisão dos desembargadores para a apelação foi de dar parcial provimento e desclassificaram o crime previsto art. 33, da Lei de Drogas imposto em sentença de primeiro grau para a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, conforme decisão:

¹⁴⁴ Trecho da sentença extraída dos autos de nº 001/2.14.0071410-7. PORTO ALEGRE. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 001/2.14.0071410-7**. Distribuído em: 27 set. 2014.

¹⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078186616**, Segunda Câmara Criminal, Apelante: Ministério Público, Apelado: Luis Felipe Furquim Lopes, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 13 set. 2018.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao apelo para desclassificar a conduta do réu L. F. F. L. para a prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e, de ofício, declaro extinta a punibilidade do réu, em face da prescrição da pretensão punitiva, com base nos artigos 107, inciso IV, e 115, ambos do Código Penal, e no artigo 30 da Lei nº 11.343/06.¹⁴⁶

Entenderam eles também que a quantidade nesse caso era pequena, faltando elementos para condenar por tráfico, mesmo tendo o réu uma condenação por tráfico já, consideraram apenas os elementos para classificar e indiciar o réu pelo art. 28, da Lei 11.343/06, mas concluindo que o réu ainda não foi suficientemente penalizado.

Adentramos agora na Terceira Câmara Criminal. Nesta Câmara foi onde foram reformadas mais sentenças. Em primeira instância muitos juízes condenaram os réus por tráfico, mas das 32 apelações julgadas, 14 foram reformadas e consideraram o réu usuário, o absolvendo do crime de tráfico de drogas.

Exemplificarei alguns desses acórdãos e suas decisões aqui, tentando explicar qual a distinção que a Câmara tem usado para reformar tantas sentenças do juízo *aquo*, não indiciando os réus pelo art. 33, e sim pelo artigo 28, da Lei 11.343/06 na grande parte dos casos.

O desembargador Rinez da Trindade, foi o desembargador da Terceira Câmara que mais absolveu réus por tráfico de drogas, sendo que dos 14 casos, 7 deles o relator considerou o réu como usuário.

Segue parte de três decisões da Terceira Câmara Criminal do TJRS, sobre as apelações:

Em que pese a quantidade de droga apreendida (07 buchas de cocaína, pesando aproximadamente 3,8 gramas), além da quantia de R\$ 185,00, não há prova de que se destinava para o tráfico. Não houve apreensão de nenhum outro elemento que justificasse o comércio ou traficância. Possibilidade que o acusado também fosse usuário, conforme afirma em interrogatório. Ausência de maiores elementos que pudessem demonstrar de forma cabal a prática da traficância. Absolvição que se impõe. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA. APELO MINISTERIAL PREJUDICADO. (Apelação 70075718684)
¹⁴⁷

Em que pese a quantidade de droga apreendida (03 trouxas de cannabis sativa, pesando aproximadamente 5,9 gramas, não há prova de que se

¹⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078186616**, Segunda Câmara Criminal, Apelante: Ministério Público, Apelado: Luis Felipe Furquim Lopes, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 13 set. 2018.

¹⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70075718684**, Terceira Câmara Criminal, Apelantes: Ministério Público e David Da Silva Centeno, Apelados: Ministério Público e David Da Silva Centeno, Relator: Rinez da Trindade. Porto Alegre, 26 set. 2018.

destinava para o tráfico. Não houve apreensão de nenhum outro elemento que justificasse o comércio ou traficância. Possibilidade que o acusado também fosse usuário, conforme afirma em interrogatório. Ausência de maiores elementos que pudessem demonstrar de forma cabal a prática da traficância. Absolvição que se impõe. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA. RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO. (Apelação 70075705301)¹⁴⁸

Dúvida quanto à tipicidade. Quantidade inexpressiva e natureza única (2,93 gramas de crack). Compatibilidade com consumo pessoal. Não visualização de atos de comércio. Não inquirição a usuários. Absolvição. Expedição de alvará de soltura por este processo. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO, POR MAIORIA. ABSOLVIÇÃO. (Apelação 70078794211)¹⁴⁹

Na primeira decisão, em primeiro grau o juiz alegou que a quantidade apreendida, da corpo à prática para mercancia de drogas ilícitas e mesmo o réu se declarando usuário, informações da guarnição sobre o local aonde o réu foi preso, era um local de tráfico e ele conhecido por traficar, o condenando como traficante.¹⁵⁰

Já o juiz do segundo caso, não fundamentou nada sobre a quantidade apreendida, dizendo que a tipicidade do fato não está relacionada à quantidade apreendida, fundamentou-se no que os policiais falaram em seus depoimento, desconsiderou o réu ter alegado ser usuário, pois o usuário para ele passa a ser traficante em vários casos para sustentar seu vício, e por não ter o comércio dos entorpecentes comprovado, não quer dizer que não seja considerado tráfico, o crime é de ação múltipla e de perigo, dispensável o risco concreto de dano, mais uma vez condenando o réu por tráfico.¹⁵¹

No terceiro caso, para o juiz de primeira instância, ficou clara a mercancia devida a quantidade de 2,93 gramas e a forma que se encontrava a droga, fracionada em 30 (trinta) pedaços, conforme fundamenta em sua sentença:

Acerca da possibilidade de desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, entendo não ser possível, tendo em vista o disposto no §2º do referido artigo, segundo o qual para que seja possível determinar a destinação da droga para consumo pessoal, faz-se necessário analisar a sua quantidade, o local e as condições em que foi apreendida, bem como as circunstâncias sociais e pessoais do agente. Como já referido, foram

¹⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70075705301**, Terceira Câmara Criminal, Apelantes: Ministério Público e Paulo Ricardo Menezes Bilian, Apelados: Ministério Público e Paulo Ricardo Menezes Bilian, Relator: Rinez da Trindade. Porto Alegre, 26 set. 2018.

¹⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078794211**, Terceira Câmara Criminal, Apelante: Antonio Eduardo Dos Santos Borges, Apelado: Ministério Público, Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 26 set. 2018.

¹⁵⁰ Trecho da sentença extraída dos autos de nº 052/2.15.0003800-0. GUAÍBA. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 052/2.15.0003800-0**. Distribuído em: 30 out. 2017.

¹⁵¹ Trecho da sentença extraída dos autos de nº 033/2.13.0002721-2. SÃO LEOPOLDO. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 033/2.13.0002721-2**. Distribuído em: 25 abr. 2013.

apreendidas com o acusado, 30 (trinta) pedras de crack, em local conhecido por ser ponto de tráfico, estando o réu na posse de dinheiro trocado e a droga já embalada, o que evidencia a destinação comercial.¹⁵²

Com base nisso condenou o acusado no art. 33, da Lei de Drogas.

Nestes casos os juízes *aquo* condenaram os réus por tráfico em situações de quantidade muita parecida, sendo que dois consideraram à quantidade apta para traficância e o outro não dando muita importância, mesmo os casos sendo de extrema similaridades e entendo que a comercialização não detectada não é de suma importância, apesar de um juiz ter entendido que ela está evidenciada.

Nota-se então que a Terceira Câmara Criminal, como já vimos nas decisões acima e na grande maioria dos casos do qual avalia o réu apenas como usuário, dando provimento as apelações em favor ao indiciado embasando-se na quantidade, distingue o usuário do traficante, considerando-as pequenas para tráfico e também a falta de provas do comércio das drogas, sendo esses os principais elementos em seu entendimento para que a condenação seja por tráfico e não pelo uso.

5.2 DEFINIÇÃO PARA O TRAFICANTE DE DROGAS PERANTE AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Nas apelações analisadas em setembro pela Câmaras Criminais do TJ/RS, Primeira e Segunda Câmara como já vimos, condenam a grande maioria dos indiciados por tráfico de drogas, art. 33, da Lei 11.343/06 e a terceira câmara, com mais casos analisado, foi a que divergiu mais para decidir.

Das análises da Primeira Câmara Criminal, irei colacionar dois abaixo, mostrando as decisões tomadas pelos desembargadores.

Segue o primeiro caso:

A versão do acusado de mero usuário de drogas é isolada e inverossímil. Ainda que não judicializada, a narrativa de um usuário na fase inquisitorial, confirmando que estava comprando drogas do réu, coaduna-se com a dos policiais, incrementando a verossimilhança e credibilidade do relato. Não se trata de violação do artigo 155 do CPP, pois as declarações colhidas no curso do inquérito policial encontram apoio no conjunto probatório colhido no contraditório e a ele se somam no reforço da tese condenatória. Condenação mantida. PENA. 1. Reduzida a basilar. Vetorial motivos negativada em

¹⁵² Trecho da sentença extraída dos autos de nº 001/2.18.0011603-7. PORTO ALEGRE. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 001/2.18.0011603-7**. Distribuído em: 15 fev. 2018.

elementos não aptos para tanto. Consideradas a natureza das drogas e circunstâncias do crime como vetoriais remanescentes, aumento redimensionado para menos. 2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é socialmente recomendável em face do histórico criminal e das circunstâncias do delito. MULTA. 1. O pedido de isenção com base na alegada impossibilidade financeira deve ser formulado perante o Juízo da Execução Penal. 2. Reduzida a multa, para guardar consonância com a pena privativa de liberdade aplicada. RESTITUIÇÃO DO VALOR APREENDIDO. Não cabe a restituição, pois não comprovada a origem lícita de modo suficiente a desvinculá-lo da prática delitiva. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação 70077758589)¹⁵³

Em primeira instância, o magistrado *aquo* condenou o réu por tráfico e fixou a pena nos termos do art. 59, do CP, e art. 42, da Lei de Drogas.

Art. 59, do Código Penal:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.¹⁵⁴

Art. 42, da Lei 11.343/06:

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, a personalidade e a conduta social do agente.¹⁵⁵

Com base nesses artigos, fixou a pena base em 07 (sete) anos de reclusão. Inalterou a pena na segunda parte da dosimetria e na terceira, devido a primariedade do indiciado e sem maus antecedentes vislumbrados, reduziu a pena, a partir do que prevê §4º do art. 33, da Lei de Drogas¹⁵⁶.

O magistrado então fixou a pena definitiva:

¹⁵³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70077758589**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Marcio Roberto Couto Terres, Apelado: Ministério Público, Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 26 set. 2018.

¹⁵⁴ Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-norma-actualizada-pe.html> >. Acesso em nov 2018.

¹⁵⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em nov 2018.

¹⁵⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em nov 2018.

Sopesadas as particularidades do caso, notadamente o fato de haver sido valorada circunstância especificamente prevista na Lei de Drogas, reduzo a reprimenda em metade, o que equivale a três anos e seis meses, restando definitivamente fixada em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.¹⁵⁷

Apelou o réu contra a decisão de primeira instância.

Nesta apelação crime observa-se que os desembargadores para manter a condenação de primeira instância não se importaram muito quanto a quantidade. Para o desembargador relator, 01 bucha de crack não é tão significativa, mas considera compatível ao tráfico, aliando isso principalmente aos testemunhos policiais e ao flagrante policial comprovando a mercancia das substâncias¹⁵⁸.

Divergiram sobre a dosimetria da pena do juízo *a quo*:

No caso, na linha da sentença, a natureza bastante lesiva do entorpecente, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, bem como as circunstâncias do crime, autorizam o aumento, uma vez que o acusado foi abordado pela guarnição comercializando uma bucha de crack a um usuário, o qual confirmou que estava comprando droga do réu. Todavia, consideradas tais circunstâncias tão somente, o aumento operado na sentença, em 02 anos, é excessivo.

A práxis e a prudência têm mostrado que a definição do quantum de aumento não depende tão somente do quantitativo de circunstâncias desfavoráveis. Dentro da proporcionalidade, devem ser levadas em conta as balizas da pena abstratamente cominada ao tipo legal infringido (no caso do tráfico de drogas, de 05 a 15 anos). Seguidamente consigno que o parâmetro, portanto, não é fixo nem exato, é apenas referencial – um formulismo preciso, matemático, neste sentido, seria, além de inviável, inconveniente.¹⁵⁹

Com base no que disse acima, optaram os desembargadores por reduzir a pena base em 06 (seis) anos. Com a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, manteve-se no patamar de 1/2 aplicada na sentença, restando a pena em 03 (três) anos de reclusão. Na linha da sentença, deixaram de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo como parâmetro as circunstâncias

¹⁵⁷ Trecho da sentença extraída dos autos de nº 023/2.13.0006885-1. RIO GRANDE. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 023/2.13.0006885-1**. Distribuído em: 04 agos. 2018.

¹⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70077758589**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Marcio Roberto Couto Terres, Apelado: Ministério Público, Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 26 set. 2018.

¹⁵⁹ Id. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70077758589**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Marcio Roberto Couto Terres, Apelado: Ministério Público, Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 26 set. 2018.

do caso concreto, uma vez que o acusado transportava entorpecente e realizava a entrega de ilícitos a domicílio¹⁶⁰.

Segue o segundo caso analisado na Primeira Câmara Criminal:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SENTENÇA MANTIDA. PRELIMINARES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. O Juízo singular apresentou os motivos pelos quais deixou de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não havendo que se falar em violação ao artigo 93, IX, da CF. Prefacial afastada. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga. Precedente. MÉRITO. Cumprido mandado de busca na residência da acusada, a partir de prévia investigação na qual autorizada a interceptação telefônica, os agentes presenciaram o momento em que a ré vendeu uma porção de cocaína. As declarações dos policiais e da usuária de drogas, somadas às interceptações telefônicas comprovam o envolvimento da acusada com o tráfico de ilícito de entorpecentes, bem como demonstram a destinação comercial do entorpecente apreendido. Condenação mantida. PENA. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. As interceptações telefônicas, os depoimentos das testemunhas e as circunstâncias do flagrante evidenciam dedicação a atividades criminosas, pois comprovado que, há meses, a acusada comercializava entorpecentes. Pena mantida. MULTA. O pedido de isenção deve ser formulado perante o Juízo da Execução Penal. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação 70078148947).¹⁶¹

Em juízo *a quo*, decidiu o magistrado pela condenação do réu alegando primeiramente sobre a materialidade:

Não havendo questões preliminares arguidas ou cognoscíveis de ofício, passo ao exame do mérito. A materialidade do fato veio demonstrada pelo boletim de ocorrência policial (fls. 09/12), pelos autos de prisão em flagrante (fls. 13/14) e de apreensão (fl. 15), bem como pelo laudo preliminar e pelos laudos periciais das substâncias apreendidas (fls. 119/122).¹⁶²

Sendo oportuno enfrentar a alegação da defesa quanto à tipicidade da conduta, pois mesmo, que à quantidade não seja grande, a substância é de alto potencial para

¹⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078148947**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Rosenei Fim De Moraes, Apelado: Ministério Público, Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 26 set. 2018.

¹⁶¹ Id. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078148947**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Rosenei Fim De Moraes, Apelado: Ministério Público, Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 26 set. 2018.

¹⁶² Trecho da sentença extraída dos autos de nº 010/2.15.0006144-9. CAXIAS DO SUL. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 010/2.15.0006144-9**. Distribuído em: 21 maio. 2015.

causar dependência e, portanto, é inoportuno afastar o tipo delitivo do qual está descrito no art. 33, da Lei de Drogas, apenas pela pouca quantidade¹⁶³.

Por fim o magistrado julgou procedente a denúncia e condenou a ré como traficante de drogas. A pena-base ficou em 5 (cinco) anos de reclusão de forma definitiva e sem modificações, com a pena sendo cumprida em regime semiaberto e podendo apelar em liberdade¹⁶⁴.

Diante do disposto acima, apelou a ré buscando a nulidade da sentença por falta de fundamentação e por achar que o princípio da insignificância foi ferido.

Adenta então o desembargador relator, que mesmo sendo sucinto, o magistrado *aquo* fundamentou sua decisão de forma clara, entendo que a ré não é apta a ganhar as privilegiadoras expostas no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, pois ficou específico que a prática de tráfico pela autuada era permanente e não eventual, sendo sua principal atividade¹⁶⁵.

Sobre a alegação do princípio da insignificância, segundo o relator, o Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que esse princípio não é aplicado para casos de tráfico de drogas ou o uso de entorpecentes, tratando-se de crime de perigo abstrato e presumido, colacionando em sua decisão um agravo do Supremo Tribunal Federal¹⁶⁶. Segue agravo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. [...] 3. Prevalece na Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e de uso de substância entorpecente, por se tratar de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de sementes da droga apreendida. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1733645/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018).

Não sendo então este princípio relevante a este fim, afastando a prefacial.

¹⁶³ Trecho da sentença extraída dos autos de nº 010/2.15.0006144-9. CAXIAS DO SUL. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 010/2.15.0006144-9**. Distribuído em: 21 maio. 2015.

¹⁶⁴ Ibid., CAXIAS DO SUL. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 010/2.15.0006144-9**. Distribuído em: 21 maio. 2015.

¹⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078148947**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Rosenei Fim De Moraes, Apelado: Ministério Público, Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 26 set. 2018.

¹⁶⁶ Ibid., Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078148947**, Primeira Câmara Criminal. Porto Alegre, 26 set. 2018.

Com base na alegação do relator sobre o princípio acima, notamos que neste caso a quantidade não importou para considerar o réu traficante ou usuário e pela explicação, isso não é importante para decisão. Desprovendo totalmente o apelo, mantendo a condenação e a pena imposta em primeiro grau de jurisdição.

Fica então exemplificado nas análises acima que a primeira câmara para definir se o réu é usuário ou traficante não se abstém muito a quantidade, mas pelos depoimentos adquiridos, dos quais comprovam a materialidade e autoria.

Entraremos agora em mais dois novos casos analisados, só que pela segunda câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO, DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME E AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. 1. Mérito. Materialidade e autoria comprovadas. Caso concreto em que policiais militares, diante de denúncias dando conta da prática de tráfico de drogas, se deslocaram até a residência do réu, e visualizaram o momento em que o acusado entregava uma pedra de crack a um usuário. Realizada a abordagem e revista no local, foram encontradas, no interior do imóvel, 08 tijolinhos de maconha; 04 pedras de cocaína; e 03 pedras de crack. Validade dos depoimentos dos policiais, prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, sem apresentarem divergências. Ocorrida a flagrância de ato de comércio, que inclusive seria desnecessária para a caracterização da infração penal, é inviável a pretendida desclassificação do crime para posse de entorpecentes para consumo pessoal, mesmo porque incomum não é que o réu estivesse traficando também com o intuito de alimentar seu vício (não comprovado), o que não afasta a conduta delituosa. Condenação mantida. 2. Pena de multa que decorre da condenação, sendo inviável o seu afastamento pelo fato de o réu condenado não poder suportar o pagamento. Questão que deve ser submetida ao Juízo da Execução Penal, a fim de que este defina o modo de pagamento da multa. APELAÇÃO IMPROVIDA. UNÂNIME. (Apelação 70078296514)¹⁶⁷

No juizado de primeira instância, o juiz considerou a quantia elevada, e somente ela já seria indicativa que as drogas seriam destinados a terceiros, mas outras coisas além disso devem ser consideradas, como os depoimentos dos policiais, dos quais flagram o réu repassando drogas a terceiros, ficando assim comprovada a traficância, indiciando-o e condenando pelo crime. Afastou as minorantes devida a reincidência do réu, pena base em 5 (anos) e 3 (três) meses, sendo fixada em 5 (cinco)

¹⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078296514**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Luciano Borges De Assis, Apelado: Ministério Público, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 13 set. 2018.

anos e 7 (sete) meses, sendo cumprida em regime fechado, também motivadas pela reincidência¹⁶⁸.

Irresignado com a sentença do magistrado em primeiro grau, apelou o réu buscando que a sentença fosse reformada, o qualificando como apenas usuário e buscando a absolvição sobre o crime de tráfico.

Provimento que foi totalmente negado, acreditando o desembargador que as drogas tinham a intenção do comércio legal, ficando evidenciada a mercancia, mencionando o relator:

No caso concreto, a destinação das drogas à mercancia restou demonstrada pelas circunstâncias, na medida em que os policiais foram até a residência do réu justamente para apurar denúncias acerca da ocorrência da mercancia ilícita, além de terem flagrado o momento em que JOCELI adquiria uma pedra de crack, não restando dúvidas, portanto, de que os entorpecentes tinham como destino o comércio ilegal.¹⁶⁹

Sobre considerar o infrator usuário, ensina o desembargador Victor Luiz Barcellos Lima que hoje em dia na realidade do Brasil é normal o usuário-traficante ou traficante-usuário, sendo comum traficar para sustentar o vício, conforme ensina:

Por essas razões, e também porque não são estranhas à realidade brasileira as figuras do usuário-traficante ou traficante-usuário, não sendo incomum que o réu estivesse traficando também com o intuito de alimentar seu vício, o que não afasta a conduta delituosa, se mostra incabível o pleito defensivo de desclassificação para o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.¹⁷⁰

Então com a prática do crime de tráfico faticamente comprovada, foi mantida a decisão do magistrado aquo em todos os pontos de forma unânime com incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Veremos o segundo caso desta Câmara:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS COERENTES. DESNECESSÁRIO FLAGRANTE DE MERCANCIA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PENA REDIMENSIONADA. ART.40, III

¹⁶⁸ Trecho da sentença extraída dos autos de nº 024/2.17.0002410-6. RIO PARDO. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 024/2.17.0002410-6**. Distribuído em: 25 nov. 2017.

¹⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078296514**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Luciano Borges De Assis, Apelado: Ministério Público, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 13 set. 2018.

¹⁷⁰ Ibid., Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078296514**, Primeira Câmara Criminal. Porto Alegre, 13 set. 2018.

DA LEI DE DROGAS. DESCABIDO. A prova contida no feito autoriza a manutenção da condenação do réu por tráfico de drogas. Autoria e materialidade comprovadas. Ocorre que os agentes policiais já haviam recebido inúmeras denúncias de que a apelante, após a prisão do esposo, estaria exercendo o tráfico de drogas em sua residência, inclusive, com a ajuda dos filhos menores. Na data do fato, após abordarem um usuário que indicou ter comprado três pedras de crack na residência da ré, os policiais se deslocaram até o local, logrando apreender 29 pedras de crack, evidenciando sua participação com o tráfico. Desnecessário o flagrante no ato do comércio de drogas, pois o art.33, da lei 11.343/06, apresenta diversas condutas que caracterizam o crime de tráfico de entorpecentes. Manutenção da condenação. Vai redimensionada a reprimenda basilar para o mínimo legal, pois cabível o pedido de exclusão da majorante do art.40, III da Lei de Drogas, pois não restou demonstrado nos autos a proximidade com a instituição de ensino referida na denúncia. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO. (Apelação 70078102845).¹⁷¹

Em juízo *a quo*, foi julgado por condenar a ré mediante a alta quantidade de drogas apreendidas e depoimentos contraditórios, entendendo que não falta provas para a condenação, tendo a materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas comprovada, mesmo sem ser comprovado comércio ilícito dos entorpecentes. Sobre a pena fixou a pena base e a provisória em 5 (cinco) anos advindos das circunstâncias judiciais apresentadas, fulcro no art. 59, do Código Penal e com base no princípio da aplicação da pena para reprovar e prevenir-se de futuros crimes¹⁷².

Segue a decisão sobre a majorante e pena definitiva em primeira instância, com fulcro no art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06:

Incide no presente caso a majorante do art. 40, inciso III, da Lei n.º 11.343/06, uma vez que o delito foi cometido nas proximidades de um estabelecimento de ensino, motivo pelo qual aumento a pena em 1/6. Assim, fixo a pena definitiva em 05 anos e 10 meses de reclusão.¹⁷³

Descontente, a ré apelou sobre a falta da mercancia, sendo assim sem autoria e materialidades provadas.

Neste caso a Segunda Câmara Criminal por meio da decisão do desembargador relator José Antônio Cidade Pitrez, explica que mesmo não sendo constado o comércio praticado pela acusada, o art. 33 da Lei de Entorpecentes tem

¹⁷¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078296514**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Luciano Borges De Assis, Apelado: Ministério Público, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 13 set. 2018.

¹⁷² Trecho da sentença extraída dos autos de nº 041/2.17.0002836-7. CANELA. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 041/2.17.0002836-7**. Distribuído em: 10 nov. 2017.

¹⁷³ Ibid., CANELA. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 041/2.17.0002836-7**. Distribuído em: 25 nov. 2017.

diversos verbos nucleares como: “guardar” ou “ter em depósito” a droga, configurasse ato ilícito. E em sua decisão colaciona duas decisões do Egrégio Tribunal¹⁷⁴:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS COERENTES. DESNECESSÁRIO FLAGRANTE DE MERCANCIA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PENA HÍGIDA. [...] Desnecessário o flagrante no ato do comércio de drogas, pois o art.33, da Lei nº 11.343/06, apresenta diversas condutas que caracterizam o crime de tráfico de entorpecentes. Condenação mantida. Mantenho, também, o apenamento fixado na origem, uma vez que, em análise do histórico criminal do acusado, observo que este possui a vida voltada ao ilícito, com condenação posterior ao fato em análise, sendo descabida a incidência da minorante do art.33, §4º da Lei de Drogas. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70074295429, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 22/02/2018).

APELAÇÃO CRIME. DELITO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO DE DROGAS. APELAÇÃO DEFENSIVA. APELO MINISTERIAL. MATERIALIDADE. AUTORIA. CARACTERIZAÇÃO. PALAVRA DOS POLICIAIS. PROVA VÁLIDA. INIDONEIDADE NÃO DEMONSTRADA. APELO DEFENSIVO. [...] O tráfico de drogas é tipo múltiplo de conteúdo variado, havendo diversos verbos nucleares que o caracterizam; portanto, o flagrante do ato da venda é dispensável para sua configuração, quando restar evidente que a destinação dos entorpecentes é a comercialização - como no caso restou comprovado. [...] APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70073175580, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em 27/04/2017).

E assim, com o que foi exposto decidiu a câmara em dar parcial provimento a apelação, mantendo a sentença de primeiro grau quanto a condenação, mas afastando a majorante, pois não achou ela comprovada nos autos.

Pelo que vimos a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça/RS em seus casos exemplificou que a mercancia não precisa estar constatada para ser enquadrado no crime de tráfico de drogas, pois o art. 33, tem verbos nucleares para buscar a condenação e deram importância a quantidade para enfatizar suas condenações.

Adentramos as condenações por tráfico da Terceira Câmara Criminal, aonde ocorreram o maior número de reforma de sentença de primeira instância relacionadas ao tráfico, absolvendo o réu como vimos na distinção que é dada ao usuário.

Colacionarei por sequência algumas decisões da Câmara sobre as apelações impostas:

¹⁷⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078102845**, Segunda Câmara Criminal, Apelante: Gabriela Ribeiro Damaceno, Apelado: Ministério Público, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 13 set. 2018.

Tipicidade igualmente demonstrada. **Quantidade expressiva de crack (179 gramas), não compatível com o consumo pessoal.** Réu negou ser usuário de drogas. Inviável a desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei de Drogas. Condenação mantida. Penas. Agravante da reincidência redimensionada. Pena privativa de liberdade e pena de multa reduzidas. Manutenção do regime fechado. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. PENA REDIMENSIONADA. (Apelação 70078802980)¹⁷⁵ (Grifo do autor).

Visualização de três atos de comércio realizados pelo réu. Identificação e apreensão de drogas com usuários ouvidos em inquérito e em juízo. Usuários confirmaram que adquiriram drogas com o réu. Apreensão de porções de crack e cocaína. Depoimentos dos policiais uníssonos e coerentes desde a fase policial. Negativa do réu isolada nos autos. Condenação mantida. Redimensionamento da pena-base ao mínimo legal. Aumento da pena decorrente de crime continuado. Regime inicial semiaberto. Pena de multa reduzida proporcionalmente. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. PENA REDIMENSIONADA. (Apelação 70077753804)¹⁷⁶ (Grifo do autor)

Nas decisões elencadas acima, as sentenças dos magistrados *a quo* não foram modificadas quanto ao crime do qual condenaram os réus. Nessas decisões, entenderam os desembargadores da Terceira Câmara que as quantidades eram enormes, configurando plenamente com a prática do tráfico de drogas, sendo que o comércio sempre era verificado, ou até mesmo o repasse mesmo que gratuito a terceiros.

Sobre a primeira apelação, a decisão do desembargador partiu sobre a quantidade, entendendo ele ser muito expressiva, pois foram apreendidas 179 gramas de crack, indicando que seria destinada a circulação por meio da mercancia, sem contar que uma balança de precisão também estava junto as drogas. A tese defensiva tentou modificar a sentença desqualificando o crime de tráfico, art. 33, caput, para o previsto no art. 28, caput, ambos da Lei de Drogas, não procedendo, por motivos que o próprio indiciado não se declarou usuário em seu depoimento, sem contar que a quantidade de entorpecentes encontrada não condiz ao mero consumo, mantendo a condenação por tráfico de drogas¹⁷⁷.

¹⁷⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078802980**, Terceira Câmara Criminal, Apelante: Jose Eduardo De Oliveira, Apelado: Ministério Público, Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 26 set. 2018.

¹⁷⁶ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70077753804**, Terceira Câmara Criminal, Apelante: Alessandro Moreira Dos Santos, Apelado: Ministério Público, Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 26 set. 2018.

¹⁷⁷ Id. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078802980**, Terceira Câmara Criminal, Apelante: Jose Eduardo De Oliveira, Apelado: Ministério Público, Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 26 set. 2018.

Na segunda apelação, decidiram os desembargadores por não reformar a sentença quanto a condenação do acusado. Restou identificada nesse caso, a apreensão das drogas com os usuários, que recém haviam comprado do réu, considerando seus depoimentos imprescindíveis, além de que as drogas apreendidas eram cocaína e crack, demonstrando ainda mais os elementos de tráfico e os depoimentos dos policiais foram uníssonos e coerentes desde a fase policial, não podendo haver outra decisão segundo o relator, a não ser manter a condenação por tráfico ilícito de entorpecentes¹⁷⁸.

De acordo com as três Câmaras Criminais, fica entendido que para essas decisões, a distinção para definir o réu como traficante de drogas não observa muito nenhum princípio. Podemos observar que a alta quantidade de drogas em posse de alguém por si só já configura o crime previsto no art. 33¹⁷⁹, da Lei 11.343/06. Outra situação bem formadora das decisões dos desembargadores é quanto aos “verbos nucleares” prescritos no artigo supracitado, entendo que quando qualquer um desses verbos forem comprovados, a prática desse crime quanto a sua materialidade estará provada, afastando as apelações que tentaram modificar as decisões dos juizados *aquo* por falta de mercancia.

Outra situação que restou afastada aqui, foi o réu em apelação tentar desqualificar o crime de tráfico para o de posse de drogas para consumo, art. 28, da Lei de Entorpecentes, com o intuito de se alegar consumidor e sofrer sanções mais leves e no que diz respeito a isso os desembargadores entendem não caber esse argumento, pois as quantidades são condizentes para o tráfico, sendo altas demais para o consumo, afastando o argumento.

¹⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70077753804**, Terceira Câmara Criminal, Apelante: Alessandro Moreira Dos Santos, Apelado: Ministério Público, Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 26 set. 2018.

¹⁷⁹ **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; (Grifo do Autor).

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa destinou-se à análise dos discursos e as respectivas fundamentações utilizadas pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, concernente ao provimento ou não dos recursos de apelação relacionados ao tráfico de drogas e a posse de drogas para consumo, dos julgados das Comarcas Estaduais.

Inicialmente, foi abordada a origem histórica das drogas e de sua ilicitude, sendo considerada a maior e mais lastimável flagelo que a humanidade já teve notícia, afetando as pessoas de todos os cantos do mundo, não importando a idade.

Relatos apontam que já se consumiam drogas a mais de 5 mil anos antes de cristo, sempre de forma religiosa ou festiva, sendo considerada até mesmo parte da humanidade por alguns doutrinadores.

Com a evolução humana, por volta do século XIX, surgem termos sobre as drogas como a chamada “toximania”, pois começam a entender que ela causa dependência e mudanças de forma maléfica ao corpo dos seres humanos.

Na época da Revolução Industrial, as drogas foram um grande desafio aos donos das fábricas, pois ela havia atingido a Europa de forma gritante, prejudicando a todos e juntamente com a economia, tonando as pessoas por lá antissociais e nada produtivas, conforme apontam os estudos na pesquisa.

Em meados de 1880 a epidemia atinge o grande centro mundial chamado Estados Unidos da América, fazendo com que o país tome medidas com elaboração de políticas públicas e órgãos privados com o intuito de somente proibir e punir usuários e traficantes de drogas. A partir desse período é que surge o sistema proibicionista-punitivo do qual o Brasil segue em um plano interno desde 1921, onde surgiu a primeira lei sobre drogas, Lei nº 4.294 de 14 de julho de 1921, pois antes o país seguia somente as normas que a Convenção de país comandos pelos Estados Unidos criaram na Conferência Internacional do Ópio, mas a lei tinha apenas um adendo permitindo o uso de substâncias entorpecentes para relações medicinais somente, tendo a lei abrangido realmente o uso do álcool em local público do que as drogas.

Internacionalmente o estopim sobre a ilicitude das drogas ocorre na entrada do século XX, onde neste momento os Estados Unidos se encontram como os maiores consumidores de drogas do mundo, tendo nas drogas um movimento enorme de

lucros, mas sem nenhum benefício aos americanos, surgindo assim um dos mais conhecidos combatentes de drogas mundiais, o chamado DEA (Drug Enforcement Administration – Gestão de Repreensão as Drogas), com as drogas sendo consideradas por seu presidente a inimiga número um dos Estados Americanos.

No plano legislativo interno, 3 (três) leis foram de extrema importância para que os legisladores pudessem decidir da forma da qual tem decidido nos dias atuais. A Lei de Tóxicos, Decreto nº 6.368 de 1976, colidindo justamente no período da ditadura militar no país, sendo extremamente proibicionista e punitiva, considera eu a mais severa. Lei nº 10.409/02, sendo essa considerada a que definiu o que seria usuário e traficante, punindo o traficante ainda mais severamente e sobre o viciado, leva-lo a tratamento com a intenção de o livrar do vício. E por fim a Lei que vigora nos dias atuais, Lei de Drogas nº 11.343/06, com a manutenção da severidade sobre o traficante e mantendo a criminalização sobre o usuário, mas tipificando a conduta.

No segundo capítulo, foi trazido ao texto o que vem a ser a palavra “droga” desde da antiguidade aos dias atuais, colacionando e mostrando como os textos legislativos de 2002 e 2006 tratam sobre assunto. Foi conceituado o que seria usuário de drogas e traficante de drogas, revendo os conceitos trazidos pela legislação atual e anterior, caracterizando e divergindo entre os doutrinadores sobre uma certa descriminalização da conduta do usuário, pois o legislador afastou a possibilidade de detenção para o crime. Foi colacionado a principiologia da conduta do usuário de drogas, com terminologia de diversas doutrinas sobre cada princípio, tendo o princípio da insignificância afastado para os casos com relações a Lei de drogas, conforme entende o Supremo Tribunal Federal. Ainda foi dissertado sobre os pontos positivos e negativos de se legalizar as drogas.

E no terceiro e último capítulo, verificou-se que mesmo após as mudanças legislativas a respeito do tema, as severidades das penas para o tráfico, não amedrontaram de forma alguma o ser humano, e da mesma forma acontece com usuário, pois mesmo sabendo dos malefício causados, entram nesse mundo sem saber mais se sairão, sendo isso o que, por consequência, vem gerando o ajuizamento de inúmeras ações pelo Ministério Público nas Comarcas Estaduais e Nacionais, com o intuito de responsabilizar os infratores, condenando-os a prisão por tráfico de drogas e até mesma incumbindo-lhes as sanções prevista pelo uso.

Nas ações propostas pelo Ministério Público, observa-se que após a prisão, ele busca sempre a condenação do réu por tráfico de drogas, conforme art. 33, da Lei de

Drogas 11.343/06 obtendo existo em mais da metade de suas ações propostas, tendo procedência aos seus pedidos pelo magistrado aquo.

Uma das coisas que observei, nos Recursos de Apelação dos réus com relação as sentenças condenatórias por tráfico em primeira instância foi que a maioria deles busca a suavização que a pena deu ao usuário de drogas, pois em grande parte dos casos o acusado na apelação pretende conseguir a desclassificação do crime de tráfico para o crime do uso de entorpecentes, previsto no art. 28, da Lei de Drogas 11.343/06, declarando ser apenas usuário, pois com a vigência desta lei, não prevê mais pena de detenção ao consumidor de drogas ilícitas.

E quanto a isso, dos 50 (cinquenta) recursos analisados e colocados em planilha, ficou evidente que a Primeira e Segunda Câmaras Criminas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pouca importância dão a essa declaração, pois nos dias atuais com a realidade vivida no Brasil, entendem que o usuário para sustentar seu vício passou a traficar e da mesma forma, o traficante pela facilidade do acesso as substâncias tóxicas passou a utilizá-las. Já a Terceira Câmara Criminal, sendo esta a que mais casos julgou no período pesquisado, foi a que mais considerou essa alegação.

Para definir o réu como usuário, os elementos utilizados nos acórdãos, foram a quantidade apreendida, que por vezes é considerada apta ao tráfico mesmo não sendo muito expressiva, em outras, mesmo sendo pouca, é considerada tráfico e em outras nem analisada perante aos outros fatos apontados; a falta de elementos probatórios (tais como: mercancia, repasse a terceiros, ferramentas usadas para pesagem e para embalar as drogas), testemunhas e auto declaração do indiciando se revelando usuário perante a lei.

Sobre o usuário, nas jurisprudências analisadas, o princípio insignificância do qual o Supremo Tribunal Federal passou a não aceitar para crimes relacionados as drogas, é um dos mais usados em Apelações, desprovendo o pedido de imediato.

Outra coisa muito utilizada nos Recursos de Apelação por parte dos réus é a falta do comércio comprovado nos autos, mas entendem os desembargadores de forma unanime que com fulcro nos chamados verbos nucleares do art. 33, da Lei, qualquer daquelas ações ali já são suficientes para tipificar o crime.

Nas apelações propostas pelo o MP para reformar as decisões do juiz *a quo*, na grande maioria vem com o intuito de majorantes sobre as penas. Pois como pude observar, entende o promotor que em primeira instância a pena não foi suficiente para

o tipo de conduta e sobre as majorantes, tem decidido os desembargadores de forma a favor do réu, seguindo um dos poucos princípios abordados em suas sentenças que é o da proporcionalidade, desde que o indiciado não tenha condenações pelo mesmo crime, que a quantidade apreendida não é extremamente alta ou quando o cidadão não utiliza-se do tráfico para viver sendo sua principal função em vida ou o local de traficância não seja de perigo a sociedade ou menores, como por exempli a venda de drogas perto de escolas.

Nesse paradigma, verificou-se que o Tribunal distingue o usuário do traficante, na maioria das vezes pelo que se apresenta de provas no momento de sua prisão, analisando os elementos do crime, os depoimentos de policiais, os instrumentos para traficância, o consumo e os antecedentes do infrator, entendendo que a quantidade e mercancia podem sim ser parâmetros, tanto para um, quanto para ou para outro, mas são utilizadas mais para os fins das majorantes previstas no art. 40, da Lei de Drogas 11.343/06, do que para considerar se o meliante é traficante ou usuário de drogas ilícitas.

REFERÊNCIAS

- ARBEX JR, JOSÉ. **Narcotráfico: um jogo de poder nas américas**. São Paulo: Moderna, 1993.
- ARIEL DOTTI, RENÉ. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- BATISTA, NILO. **Política Criminal com derramamento de sangue**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 20, 1997.
- BERGERON, HENRI. **Sociologia da Droga**; [tradução Tiago Jose Risi Leme]. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2012.
- BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. **Tratado de direito penal: parte geral 1**, 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BONJARDIM, ESTELA CRISTINA; MACIEL, ANA CLAUDIA. **A delicada situação do usuário de entorpecentes na legislação penal brasileira**. Disponível em: < <https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/RFD/article/view/511/509> >. Acesso em out de 2018.
- BRASIL, **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 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 e dá outras providências. Diário Oficial da União de 24 de agosto de 2006. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em out 2018.
- _____. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm >. Acesso em out 2018.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em out de 2018.
- _____. **Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/DecretoLei/Del3689.htm>. Acesso em out 2018.
- _____. **LEI Nº 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976. (Revogada)** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm > Acesso em out. de 2018.
- _____. **DECRETO Nº 154, DE 26 DE JUNHO DE 1991. (Revogada)** Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1991/decreto-154-26-junho-1991-343031-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em out de 2018.

_____. **LEI Nº 10.409, DE 11 DE JANEIRO DE 2002. (Revogada)** Lei Antidrogas (2002); Lei dos Tóxicos (2002). Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10409-11-janeiro-2002-433359-norma-pl.html> >. Acesso em out de 2018.

BULOS, UADI LAMMÊGO. **Constituição Federal Anotada**. 8ª edição. Editora Saraiva. 2008.

CAMPOS, RUI RIBEIRO. **Geografia política das drogas ilegais**. 2014.

CAPEZ, FERNANDO. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral** 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, SALO DE. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

_____. **A Política Criminal de Drogas No Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CHECAIRA, SÉRGIO SALOMÃO. JUNIOR, ALCEU CORREA. **Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para a sua Aplicação e Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. Disponível em: <<http://centrodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Convenc%CC%A7a%CC%83o-das-Nac%CC%A7o%CC%83es-Unidas-contra-o-Tra%CC%81fico-lli%CC%81cito-de-Entorpecentes-e-Substa%CC%82ncias-Psicotro%CC%81picas.pdf>>. Acesso em out de 2018.

DORNELLES, MARCELO LEMOS. **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. coord. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy; André Luís Callegari. [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ESCOHOTADO, ANTONIO. **Historia de las drogas**. Madri: Alianza Editorial, 1998.

_____. **O livro das drogas: uso e abusos, preconceitos e desafios**. São Paulo: Dynamis Editorial, 1997.

ESTEFAM, ANDRÉ. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FAVORETTO, AFFONSO CELSO. **Princípios Constitucionais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, LUIGI. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FROTA, HIDEMBERG ALVES DA. **Necessidade concreta da pena e princípio da proporcionalidade**. Brasília: Revista CEJ, v.11 n° 41 abr./jun. 2008.

GOMES, LUIZ FLÁVIO. **Norma e bem jurídico no direito penal (Série As ciências criminais no século XXI: V.5)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Nova Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Lei de drogas comentada**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, VICTOR EDUARDO RIOS. **Direito Penal, parte geral / Victor Eduardo Rios Gonçalves**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

GRECO, ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRIEVE, JOHN. **10 razões para legalizar as drogas**. Le Monde Diplomatique Brasil, Ano 3, Número 26, setembro de 2009, p. 5 (tradução Luis Verza). Disponível em: < <https://diplomatique.org.br/10-razoes-para-legalizar-as-drogas/> >. Acesso em out de 2018.

HABIB, GABRIEL. **Leis Penais Especiais volume único**. Coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 10. ed. rev., atual, ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

<http://www.tjrs.jus.br/site/>

KARAM, MARIA LÚCIA. **De crimes, penas e fantasias**. 2. Ed. Niterói: Lumen, 1993.

LEAL, JOÃO JOSÉ. **Controle penal das drogas: estudo dos crimes descritos na Lei 11.343/06**. Curitiba: Juruá, 2010.

LINS, EMMANUELA VILAR. **A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social**. In: NERY FILHO, A., et al. orgs. Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009. Disponível em: < <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf> >. Acesso em out. 2018.

LUIZI, LUIZ. **A legislação penal brasileira sobre entorpecentes: nota histórica**. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 3, n. 2, 1990.

_____. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

_____. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MAGALHÃES, MARIO. **O Narcotráfico**. São Paulo: Publifolha, 2000.

MONTEIRO, ANTONIO. [Org.] & [et. al.]. **ExCola**. Rio de Janeiro: Brasil, 1994. p. 69. Disponível em: <<https://pedagogiaaopedaletra.com/as-drogas-na-sociedade/>>. Acesso em set 2018.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2006.

_____. **Individualização da Pena**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Os Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Leis penais e processuais comentadas**. 7. Ed. São Paulo: RT, v. 1. 2013.

OLMO. ROSA DEL. **A face oculta das drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PASA, GRACIELA GEMA. Psicóloga, Mestranda em Ciência Médicas: Psiquiatria – Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Disponível em:<https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_04/revista_digital_ed_04_2.pdf >. Acesso em out. de 2018.

PASSETI, EDSON. **Das Fumeries ao narcotráfico**. São Paulo: EDUC, 1991.

PINHO, RODRIGO CESÁR REBELLO. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS: documentos para debate. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011. Versão PDF. Atualizada em 13/1/2016. Modo de Acesso: <http://www.camara.leg.br/editora>.

PRADO, LEANDRO CADENAS. **Direito Penal: Parte Geral**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

PRADO, LUIZ REGIS. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

Quest. Ord. Em Rec. Extraordinário 430.105-9 RJ. STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007, p.8. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566> >. Acesso em out de 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70077560753**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Ministério Público, Apelado: William De Oliveira Michel, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Porto Alegre, 05 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078186616**, Segunda Câmara Criminal, Apelante: Ministério Público, Apelado: Luis Felipe Furquim Lopes, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 13 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70075718684**, Terceira Câmara Criminal, Apelantes: Ministério Público e David Da Silva Centeno, Apelados: Ministério Público e David Da Silva Centeno, Relator: Rinez da Trindade. Porto Alegre, 26 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70075705301**, Terceira Câmara Criminal, Apelantes: Ministério Público e Paulo Ricardo Menezes Bilian, Apelados: Ministério Público e Paulo Ricardo Menezes Bilian, Relator: Rinez da Trindade. Porto Alegre, 26 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078794211**, Terceira Câmara Criminal, Apelante: Antonio Eduardo Dos Santos Borges, Apelado: Ministério Público, Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 26 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70077758589**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Marcio Roberto Couto Terres, Apelado: Ministério Público, Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 26 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70077758589**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Marcio Roberto Couto Terres, Apelado: Ministério Público, Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 26 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078148947**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Rosenei Fim De Moraes, Apelado: Ministério Público, Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 26 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078296514**, Primeira Câmara Criminal, Apelante: Luciano Borges De Assis, Apelado: Ministério Público, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 13 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078102845**, Segunda Câmara Criminal, Apelante: Gabriela Ribeiro Damaceno, Apelado: Ministério Público, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, 13 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70078802980**, Terceira Câmara Criminal, Apelante: Jose Eduardo De Oliveira, Apelado: Ministério Público, Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 26 set. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime nº 70077753804**, Terceira Câmara Criminal, Apelante: Alessandro Moreira Dos Santos, Apelado: Ministério Público, Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 26 set. 2018.

RODRIGUES, LUCIANA BOITEUX DE FIGUEIREDO. **Justiça terapêutica: redução de danos ou proibicionismo dissimulado?** In: SEIBEL JR., Sergio Dario. Dependência de drogas: São Paulo: Atheneu, 2010.

RODRIGUES, THIAGO. **Narcotráfico: uma guerra na guerra.** São Paulo: Desatino, 2003.

_____. **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico;** Thiago Rodrigues; apresentação Edson Passeti. São Paulo: Desatino, 2017.

SEIXAS, ELISANGELA DE SOUSA; VIANA, ANDRÉ DE PAULA. **Distinção entre traficante e usuário e a ineficácia das clínicas no Brasil.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 144, jan. 2016. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16702 >. Acesso em out de 2018.

SILVA, IGOR LUIS PEREIRA E. **Princípios Penais.** Salvador: Jus Podium, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a lei n. 7.209/84 e com a Constituição Federal de 1988.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 133.

TORCATO, CARLOS EDUARDO MARTINS. **Breve História da Proibição das Drogas no Brasil: Uma Revisão.** Revistainter-legere, revista semestral do programa de pós-graduação em ciências sociais-UFRN. 2014. Disponível em: < https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/09/Torcato_Políticas_publicas_Proibicao_Legere_20141.pdf >. Acesso em out 2018.

Trecho da sentença extraída dos autos de nº 014/2.13.0004114-8. ESTEIO. Primeira Instância. Posse de Drogas. **Processo nº 014/2.13.0004114-8.** Distribuído em: 10 out. 2013.

Trecho da sentença extraída dos autos de nº 001/2.14.0071410-7. PORTO ALEGRE. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 001/2.14.0071410-7.** Distribuído em: 27 set. 2014.

Trecho da sentença extraída dos autos de nº 052/2.15.0003800-0. GUAÍBA. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 052/2.15.0003800-0.** Distribuído em: 30 out. 2017.

Trecho da sentença extraída dos autos de nº 023/2.13.0006885-1. RIO GRANDE. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 023/2.13.0006885-1.** Distribuído em: 04 agos. 2018.

Trecho da sentença extraída dos autos de nº 033/2.13.0002721-2. SÃO LEOPOLDO. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 033/2.13.0002721-2.** Distribuído em: 25 abr. 2013.

Trecho da sentença extraída dos autos de nº 001/2.18.0011603-7. PORTO ALEGRE. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 001/2.18.0011603-7.** Distribuído em: 15 fev. 2018.

Trecho da sentença extraída dos autos de nº 010/2.15.0006144-9. CAXIAS DO SUL. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 010/2.15.0006144-9.** Distribuído em: 21 maio. 2015.

Trecho da sentença extraída dos autos de nº 024/2.17.0002410-6. RIO PARDO. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 024/2.17.0002410-6**. Distribuído em: 25 nov. 2017.

Trecho da sentença extraída dos autos de nº 041/2.17.0002836-7. CANELA. Primeira Instância. Produção e Tráfico Ilícito de Drogas. **Processo nº 041/2.17.0002836-7**. Distribuído em: 10 nov. 2017.

VAZQUEZ, JUAN CRUZ. **La Sombra del Narcotráfico: uma amenaza global**. 1ª ed. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.

VICO MANAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo, Editora: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; PIERANGELI, JOSÉ HENRIQUE. **Manual de direito penal brasileiro**. 7. Ed., v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

APÊNDICE A – TABELA COMPARATIVA

Nº DO PROCESSO - APELAÇÃO	RELATOR - REDATOR	APELANTE - PROVIMENTO	CONSIDERADO USUÁRIO OU TRAFICANTE - OUTROS CRIMES	ORGÃO JULGADOR - COMARCA DE ORIGEM
70077560753	Manuel José Martinez Lucas	MP - APELO PROVIDO	USUÁRIO	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - ESTEIO
70077134716	José Antônio Cidade Pitrez	RÉU - PARCIAL PROVIMENTO	TRAFICANTE	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - SÃO LEOPOLDO
70078432333	Rosaura Marques Borba	RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - ESTÂNCIA VELHA
70077966836	Rosaura Marques Borba	RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - CAXIAS DO SUL
70077528503	Rosaura Marques Borba	RÉU - PROVIMENTO NEGADO MP - APELO PROVIDO	TRAFICANTE	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - SAPUCAIA DO SUL

70077624047	Rosaura Marques Borba	RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - SAPUCAIA DO SUL
70078529732	Victor Luiz Barcellos Lima - Rosaura Marques Borba	RELATOR VENCIDO RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - CAXIAS DO SUL
70075605162	Rinez da Trindade	RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - QUARAÍ
70075705301	Rinez da Trindade	RÉU - APELO PROVIDO MP - PROVIMENTO NEGADO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - SÃO LEOPOLDO
70075718684	Rinez da Trindade	RÉU - APELO PROVIDO MP - PROVIMENTO NEGADO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - GAUÍBA
70075763078	Rinez da Trindade	RÉU - APELO PROVIDO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - PORTO ALEGRE

70075723445	Rinez da Trindade	RÉU - APELO PROVIDO MP - PROVIMENTO NEGADO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - PORTO ALEGRE
70075754911	Rinez da Trindade	RÉU - APELO PROVIDO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - PORTO ALEGRE
70075712737	Rinez da Trindade	RÉU - APELO PROVIDO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - ALVORADA
70078699147	Rinez da Trindade	RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - MONTENEGRO
70076198431	Rinez da Trindade	8 RÉUS - PROVIMENTO NEGADO P/ ALGUNS E PARCIAL PROVIMENTO P/ OUTROS	7 TRAFICANTES - 1 PORTE DE ARMA ILEGAL	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - PINHEIRO MACHADO
70078817178	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	RÉU - PARCIAL PROVIMENTO	TRAFICANTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - CAXIAS DO SUL

70075689687	Rinez da Trindade	2 RÉUS - APELOS PROVIDOS	2 USUÁRIAS	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - PORTO ALEGRE
70076689686	Rinez da Trindade	MP - PROVIMENTO NEGADO RÉU - PARCIAL PROVIMENTO	TRAFICANTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - URUGUAIANA
70078496825	Rinez da Trindade	2 RÉUS - PROVIMENTO NEGADO	2 TRAFICANTES	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - FELIZ
70078289295	Rinez da Trindade	RÉU - PARCIAL PROVIMENTO	TRAFICANTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - MOSTARDAS
70075977454	Rinez da Trindade	2 RÉUS - PARCIAL PROVIMENTO MP - PROVIMENTO NEGADO	1 TRAFICANTE - 1 INOCENTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - SÃO LEOPOLDO
70078031325	Ingo Wolfgang Sarlet	2 RÉUS - PARCIAL PROVIMENTO	2 TRAFICANTES - 1 INOCENTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - SANTA MARIA

70077758589	Jayme Weingartner Neto	RÉU - PARCIAL PROVIMENTO	TRAFICANTE	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - RIO GRANDE
70078148947	Jayme Weingartner Neto	RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - CAXIAS DO SUL
70076152081	Rinez da Trindade	RÉU - PARCIAL PROVIMENTO	TRAFICANTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - CARAZINHO
70078302502	Jayme Weingartner Neto	RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - PORTO ALEGRE
70076379833	Rinez da Trindade	RÉU - PARCIAL PROVIMENTO	TRAFICANTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - TRAMANDAÍ
70078088150	Jayme Weingartner Neto	RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - ROSÁRIO DO SUL

70078802980	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - TORRES
70078107034	Ingo Wolfgang Sarlet	RÉU - APELO PROVIDO MP - PROVIMENTO NEGADO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - RIO GRANDE
70077703866	Jayme Weingartner Neto	RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - BAGÉ
70078666195	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	RÉU e MP - PROVIMENTO NEGADO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - VACARIA
70077753804	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	RÉU - PARCIALMENTE PROVIDO	TRAFICANTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - TRÊS DE MAIO
70078757911	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	RÉU e MP - PROVIMENTO NEGADO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - SÃO LEOPOLDO
70076833797	Ingo Wolfgang Sarlet	MP - PROVIMENTO NEGADO 3 RÉUS - PARCIAL PROVIMENTO	3 TRAFICANTES - SEM ASSOCIAÇÃO ENTRE ELES	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - SANTANA DO LIVRAMENTO

70077432193	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	2 RÉUS - PARCIAL PROVIMENTO	2 TRAFICANTES - SEM ASSOCIAÇÃO ENTRE ELES	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - SÃO LOURENÇO DO SUL
70078273067	Jayme Weingartner Neto	RÉU - PARCIAL PROVIMENTO	TRAFICANTE	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - TAPERA
70078794211	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	RÉU - APELO PROVIDO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - PORTO ALEGRE
70078780095	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	RÉU - APELO PROVIDO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - CAXIAS DO SUL
70078760006	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	MP - PARCIAL PROVIMENTO	TRAFICANTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - TRÊS PASSOS
70078812849	Honório Gonçalves da Silva Neto	RÉU - PARCIAL PROVIMENTO	TRAFICANTE	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - GRAVATAÍ

70078749413	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	RÉU - PARCIAL PROVIMENTO	TRAFICANTE	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - CANGUÇU
70078715786	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	RÉU - APELO PROVIDO	ABSOLVIDO - NÃO FOI CONSIDERADO USUÁRIO OU TRAFICANTE.	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - NOVA PRATA
70078774908	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	RÉU - APELO PROVIDO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - VENÂNCIO AIRES
70078702305	Diogenes Vicente Hassan Ribeiro	RÉU - PARCIAL PROVIMENTO	USUÁRIO	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - VIAMÃO
70078102845	Rosaura Marques Borba	RÉU - PARCIAL PROVIMENTO	TRAFICANTE	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - CANELA
70077720514	Rosaura Marques Borba	RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - PORTO ALEGRE

70078186616	Victor Luiz Barcellos Lima	MP - PARCIAL PROVIMENTO	USUÁRIO	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - PORTO ALEGRE
70078296514	Victor Luiz Barcellos Lima	RÉU - PROVIMENTO NEGADO	TRAFICANTE	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL -RIO PARDO

Fonte: Elaborado pelo autor (2018).

ANEXOS

QUADRO 1: VALOR NUTRITIVO DA FOLHA DE COCA (EM CADA 100 GRAMAS)

	Coca (folhas secas)	Milho, trigo, feijão etc.
Calorias	305 cal.	279 calorias
Proteínas	18,9 gramas	11,4 gramas
Lipídeos	3,3 gramas	7,9 gramas
Glucídios	46,2 gramas	37,1 gramas
Fibras	37,1 gramas	14,5 gramas
Cálcio	1.540 miligramas	99 miligramas
Fósforo	911,8 miligramas	280 miligramas
Ferro	45,8 miligramas	3,8 miligramas
Vitamina A	11.000 U. I.	125 U. I.
Vitamina B1	0,58 miligramas	0,58 miligramas
Vitamina B2	1,73 miligramas	0,18 miligramas
Vitamina PP	3,7 miligramas	2,2 miligramas
Vitamina C	14 miligramas	13 miligramas
Vitamina E	44,1 miligramas	20 miligramas

Fonte: Universidade de Harvard, 1975, Apud: ARBEX JR, 1993, p. 19.¹⁸⁰

¹⁸⁰ CAMPOS, RUI RIBEIRO. **Geografia política das drogas ilegais**. Leme: J. H. Mizuno, 2014, 168p. p. 27.

QUADRO 2: DEMONSTRATIVO DOS TIPOS, ORIGEM E SURGIMENTO DAS DROGAS NO MUNDO

Famílias	Produto	Origem	Data
Estimulantes	Tabaco	América	? A.C.
	Nicotina	Europa	Século XVI
	Café	África	? A.C.
	Cafeína	Europa	1829
	Coca (Erythroxylon coca)	América	c. 2.500 A.C.
	Cocaína	Alemanha	1858
	Crack	EUA	1980' s
	Anfetaminas (inibidores de apetite)	Alemanha	1912
Depressivos	Álcool	Eurásia/América	? A.C.
	Barbitúricos (calmantes)	Alemanha	1903
Alucinógenos	LSD (Claviceps purpureus)	Suíça	1938
	Peyote	América Central	c. 1.000A.C.
	Mescalina	EUA	1880' s
	PCP (fenciclidina)	EUA	1959
Cannabis sativa	Maconha/Marijuana	Índia	c.2.000 A.C.
	Haxixe	Ásia	?
Narcóticos	Ópio (Papaver somniferum)	Índia, Suméria	C. 2.000 A.C.
	Morfina	Alemanha	1828
	Heroína	Alemanha	1874
Inalantes	Éter (líquido)	Alemanha	1730
	Acetona	Alemanha	1839
	Cola de sapateiro		
	Alcalóide Efedrina	China	c. 3.000 A.C.
Designer Grugs	MDMA (Ecstasy)	Alemanha	1914
	Ice	Japão	1980' s
	China White		

Organização: Lia Osório Machado, Depto de Geografia/UFRJ. Elaboração: Rebeca Steiman.

Fonte: STEIMAN, 1995, p. 10.¹⁸¹

¹⁸¹ CAMPOS, RUI RIBEIRO. **Geografia política das drogas ilegais/Rui Ribeiro Campos. Leme: J. H. Mizuno, 2014, 168p. p. 23 e 24.**

QUADRO 3: FATURAMENTO ANUAL DO NARCOTRÁFICO NOS EUA, COMPARADO AO DAS GRANDES EMPRESAS – 1991

NARCOTRÁFICO	US\$ 125 bilhões
GENERAL MOTORS	US\$ 125 bilhões
FORD	US\$ 96 bilhões
EXXON	US\$ 87,5 bilhões
IBM	US\$ 63 bilhões
GENERAL ELETRIC	US\$ 54 bilhões
MOBIL	US\$ 50 bilhões

Fonte: Folha de São Paulo, 03/08/1992, Apud ARBEX JR, 1993, p. 10.¹⁸²

¹⁸² CAMPOS, RUI RIBEIRO. **Geografia política das drogas ilegais**. Leme: J. H. Mizuno, 2014, 168p. p. 71.