

Protocolo nº: 25131/2014

Interessado: Secretaria de Estado de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos.

Assunto: Estudo sobre a possibilidade de criação de critério objetivo relativo à quantidade de droga apreendida, visando à padronização da tipificação dos fatos como tráfico de drogas ou porte de drogas para consumo pessoal.

Trata-se de procedimento instaurado mediante ofício remetido pela Secretaria de Estado de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná. Por meio dele, se encaminhou estudo técnico sobre a aferição de requisitos objetivos previstos na Lei nº 11.343/2006, relativos à quantidade e natureza da droga apreendida, com o objetivo de criar um padrão que permita estabelecer se uma conduta caracteriza o crime de tráfico de drogas

(art. 33 da Lei nº 11.343/2006¹) ou o porte para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006²).

A Lei nº 11.343/2006 atribui os mesmos verbos nucleares para os tipos penais de tráfico de drogas e porte para consumo pessoal³, de modo que a caracterização de um ou outro crime fica condicionada à **aferição de critérios objetivos** (natureza e quantidade de drogas) e **subjativos** (local, condições da ação, circunstâncias sociais e pessoas, conduta e antecedentes do agente) em cada caso concreto.

¹ Art. 33. *Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1o Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

§ 2o Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3o Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (Vide Resolução nº 5, de 2012)

² 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 As 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 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.

§ 5o A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6o Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7o O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

³ São eles: *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo.*

Assim, a referida Secretaria de Estado, visando padronizar os critérios objetivos para evitar tratamentos desiguais a situações similares, elaborou estudo relativo à quantidade de drogas vulgarmente conhecidas como "maconha", "crack" e "cocaína". Assim, a depender do volume encontrado, os atos praticados seriam amoldados ao crime do art. 28 ou do art. 33, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Desta forma, com base principalmente no direito comparado, a Secretaria de Estado de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos concluiu que seriam considerados como usuários os indivíduos surpreendidos com quantidades iguais ou inferiores às seguintes:

- a) 2,5g (dois gramas e cinco decigramas) de "maconha";
- b) 3,8g (três gramas e oito decigramas) de "cocaína";
- c) até 16 (dezesesseis) pedras – ou 5,2g (cinco gramas e dois decigramas) – de "crack".

Entretanto, com a devida vênia, este Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais e do Júri, assim como o Grupo de Discussão e Trabalho – GDT, do Projeto SEMEAR – Enfrentamento ao Álcool, Crack e outras Drogas, entende ser **inviável a padronização das quantidades de drogas** que levariam a amoldar a conduta do indivíduo como tráfico de drogas ou porte de entorpecentes para consumo pessoal. Ora, eventual padronização impossibilitaria a análise do caso concreto, criando-se um critério rígido e objetivo que possibilitaria ao narcotraficante, inclusive, esquivar-se da aplicação da lei penal.

Explica-se: ao estabelecer que determinada quantidade de entorpecente dar-se-ia ensejo apenas ao tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, e haveria verdadeiro estímulo por parte do Estado para que traficantes nunca excedessem este limite quando de suas atividades, como hodiernamente já vem acontecendo. A droga é escondida em determinado lugar e o traficante vai-se abastecendo de pequenas quantidades para comercializar. Em outras palavras: os narcotraficantes utilizariam do critério objetivo para se esquivar da imputação do tráfico de drogas, sempre com quantidades inferiores à estabelecida

para caracterização como usuário com o fim único de não caracterizar o crime mais grave que está sendo praticado.

Não haveria espaço, portanto, para a análise do caso concreto. A título de exemplo, o indivíduo que guardasse em depósito 16 (dezesesseis) pedras de "crack", ainda que em situação de clara narcotraficância – como, por exemplo, com apreensão cumulativa de balança de precisão e embalagens diversas –, não poderia ser responsabilizado pelo crime do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, visto que a quantidade apreendida (cujo parâmetro foi estabelecido por critério objetivo), seria semelhante àquela admitida para usuários.

1. Da aferição da quantidade de droga equivalente a 01 (uma) porção por perito criminal vinculado a Instituto de Criminalística.

A Secretaria de Estado de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos baseou-se, para a elaboração de seu estudo, dentre outros documentos, em informações prestadas por peritos criminais vinculados ao Instituto de Criminalística do Estado do Paraná (fls. 18-verso/25) e do Estado do Rio Grande do Sul (fl. 26/30).

A informação técnica de fls. 26/30, elaborada pelo Instituto de Criminalística do Rio Grande do Sul, foi prestada em razão de questionamento elaborado Procuradoria Regional da República da 4ª Região em 16.11.2012, respondendo-se aos seguintes quesitos:

- a) Qual a quantidade de droga necessária para compor uma dose, em média, relativamente à maconha, cocaína, crack e haxixe?*
- b) Quantas vezes cada uma das drogas acima referidas pode ser diluída ou refinada?*
- c) Qual o valor médio para aquisição de tais entorpecentes no exterior e qual o valor médio de revenda no mercado interno?*
- d) Quais são os produtos químicos normalmente utilizados para proceder à diluição e refino de tais drogas?*
- e) Quais são os países produtores das drogas referidas?*

Assim, para fins que interessam ao presente parecer, conforme informação prestada pelo Instituto de Criminalística, no tocante ao quesito 'a', uma dose de maconha conteria em média 0,5g a 1,5g de material vegetal de *Cannabis sativa* Lineu; uma porção de haxixe pode variar de 1g a 2g da droga; 01 (uma) pedra de "crack" possui quantidade entre 0,1g e 1,5g; a cocaína, finalmente, pode ser embalada em unidades que variam de 0,3g a 1,5g.

Estabeleceu-se, portanto, por meio de pesquisas realizadas pelo Instituto de Criminalística do Estado do Rio Grande do Sul, quais quantidades de diferentes tipos de drogas representariam 01 (uma) dose dos entorpecentes.

A informação acostada às fls. 18-verso/25, proveniente do Instituto de Criminalística do Estado do Paraná, por sua vez, responde a quesitos elaborados pelo Núcleo de Pesquisa em Criminologia e Política Penitenciária – NUPECRIM.

No bojo da mencionada informação, a despeito da tentativa de determinar a quantidade de drogas necessária à caracterização do tráfico de drogas ou do porte para consumo pessoal, o próprio perito criminal destaca, às fls. 20, que *o legislador confere à autoridade julgante a responsabilidade pela determinação se o agente portava droga para uso pessoal ou traficava e **não restringe os elementos formadores de convicção à mera quantidade de droga apreendida**. Isto porque, não obstante ao grande interesse das autoridades em critérios mais objetivos que possam estar contidos em práticas tabelas, a determinação da conduta típica e a condenação baseada somente neste critério, não refletem, necessariamente, a aplicação da verdade como expressão de justiça. **Não há como analisar tanto o tráfico como o mero uso de entorpecentes deslocados dos aspectos sociais do agente** (negritos nossos).*

Assim, concluiu-se, naquele documento, que **a utilização de critérios quantitativos para a tipificação dos delitos pode prejudicar o princípio da isonomia**. A conduta do agente deve ser analisada, na opinião do perito, de acordo com cada caso concreto.

Ora, verifica-se, portanto, que o próprio documento utilizado pela Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos para embasar a padronização de critério quantitativo mostra-se contrário a esta prática, salientando-se a necessidade de análise das peculiaridades do caso.

Finalmente, cumpre destacar o seguinte trecho da informação de fls. 18-verso/25:

6) É possível dizer qual a média diária de crack utilizada pelo usuário/dependente?

*Resposta: Relatos presentes na mídia indicam que um usuário pode utilizar até cerca de 15 pedras de crack em um único dia. **Mas a quantidade de "doses" que um usuário pode consumir varia em função de seu grau de dependência, acesso à droga, sensibilidade à cocaína, massa corporal, idade e inúmeros outros fatores (...)** (negrito nosso).*

Refuta-se aqui, o estudo técnico apresentado pelo Departamento de Políticas sobre Drogas da Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, que inadvertidamente na fl. 09 dos autos, fez uma afirmação inverídica, no primeiro parágrafo do item cocaína (crack), ao referir que "Segundo o IC/PR, a média de uso de cocaína, na forma de crack, é de até 15 pedras diárias". Ora, conforme se vê no parágrafo acima, o perito referiu-se que "relatos presentes na mídia". Não foi uma afirmativa do IC-PR e, portanto, não é um dado técnico.

Ademais, não se pode presumir que indivíduos que são surpreendidos com quantia equivalente a apenas 01 (uma) porção da droga são, necessariamente, usuários. Isto porque na maioria das vezes, de acordo com a repartição de tarefas inerente à hierarquia do narcotráfico, os sujeitos responsáveis pela distribuição da droga aos usuários – os chamados "vapores" ou "aviões" – portam pequenas quantidades do entorpecente, a fim de

que, se flagrados durante a prática ilícita, não haja grandes perdas para a organização e, precipuamente, para que recebam tratamento equivalente àquele dispensado aos usuários.

Esta prática, todavia, não pode isentá-los de responsabilização pelo crime de tráfico de drogas, já que, ainda que ocupantes de “funções” de menor importância na organização do narcotráfico, representam papel essencial à manutenção da rede de tráfico: a venda de entorpecentes a usuários e o consequente financiamento de toda a estrutura criminosa.

Alia-se a este fato, ainda, o entendimento dos tribunais pátrios no sentido de que até mesmo pequena quantidade de droga, ainda que equivalente ao necessário para 01 (uma) dose, pode ser considerada tráfico de entorpecentes. Neste sentido:

*HABEAS CORPUS. **Tráfico de entorpecentes.** Conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Fumus comissi delict e periculum libertatis demonstrados. Impossibilidade de ampla incursão na seara probatória. Necessidade da medida para a garantia da ordem pública. Gravidade concreta do fato. Quantidade e variedade do entorpecente. **Apreensão de 16 pedras de Crack, 01 Bucha de cocaína e 01 bucha de maconha.** Paciente que possui anterior condenação transitada em julgado pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo. Descabimento das medidas cautelares do art. 319, do código de processo penal. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada. (TJPR; HC Crime 1290950-7; Cascavel; Terceira Câmara Criminal; Rel^a Des^a Sonia Regina de Castro; DJPR 26/11/2014; Pág. 583) (negritos nossos);*

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. **ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006, ARTS. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/2003 E 29, § 1º, III, DA LEI nº 9.605/1998. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA***

GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, E NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. APREENSÃO DE ONZE PEDRAS MÉDIAS DE CRACK, APROXIMADAMENTE, 10,9 G, E DE REVÓLVER DA MARCA TAURUS, CALIBRE 38. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. Diz a jurisprudência que toda prisão imposta ou mantida antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, isto é, em elementos vinculados à realidade. Nem a gravidade abstrata do delito nem meras conjecturas servem de motivação em casos que tais. É esse o entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC n. 122.788/SP, ministro Nilson naves, sexta turma, dje 16/8/2010).

2. **Na espécie, a decisão do juiz a quo, que decretou a prisão preventiva do recorrente, encontra-se fundamentada na quantidade de droga (onze pedras médias de crack, aproximadamente, 10,9 g) e na apreensão de um revólver da marca taurus, calibre 38, municiado com seis cartuchos intactos, mais quatro cartuchos picotados e não deflagrados, circunstâncias que demonstram a potencialidade lesiva das infrações noticiadas, a justificar a não concessão da pretendida liberdade provisória.**

3. Recurso em habeas corpus improvido. (STJ; RHC 45.323; Proc. 2014/0032499-0; BA; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 09/05/2014) (negritos nossos).

2. Dos dados estatísticos utilizados

Dentre as pesquisas utilizadas pela Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos para estabelecer o padrão quantitativo aqui discutido, destaca-se aquela realizada pela Santa Casa de Misericórdia de Curitiba⁴.

⁴ A.C.N. Nassif Filho, S.G. Bettega, S. Lunedo, J.E. Maestri, F. Gortz. **Repercussões otorrinolaringológicas do abuso de cocaína e/ou crack em dependentes de drogas.** Revista Ass Med, 199. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42301999000300008>. Acesso em 07 jan 2015.

Segundo os dados apresentados no mencionado estudo, a quantidade de "crack" consumida diariamente por usuários seria, em média, de 5,2g (cinco gramas e dois decigramas). Todavia, da análise do trabalho em sua integralidade, verifica-se que foram utilizados, para fins estatísticos, **apenas 18 (dezoito) pacientes internados naquele nosocômio** no mês de **março do ano de 1999**⁵. O estudo completo encontra-se no link http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42301999000300008

Questiona-se, portanto, a credibilidade dos resultados da pesquisa estatística para os fins a que se propõe, já que realizada em desacordo com os padrões inerentes ao método utilizado.

Primeiramente, cumpre salientar que o trabalho em questão foi realizado com fim diverso daquele aqui estudado, ou seja, seu objetivo não era determinar a quantidade de droga consumida diariamente por dependentes químicos, mas sim identificar sinais típicos do uso de "crack" ou "cocaína" no trato respiratório superior ou inferior ou na orofaringe em exame otorrinolaringológico comum. É o que se verifica, inclusive, da análise do resultado obtido: ***foi impossível estabelecer uma correlação entre o tempo de uso, quantidade e freqüência no uso de drogas quanto aos sintomas e exame otorrinolaringológico***⁶.

Assim, ainda que obtida uma média acerca do consumo de drogas no tocante aos 18 (dezoito) pacientes, não foi possível estabelecer correlação entre os sintomas por eles apresentado e a quantidade de entorpecentes consumida.

Questiona-se, ainda, a confiabilidade das informações obtidas em relação à quantidade de droga consumida diariamente. Observa-se que alguns dos pacientes pesquisados eram viciados apenas em "cocaína" ou "crack", enquanto outros eram dependentes de ambas as drogas, o que afeta, sobremaneira, a quantidade de um ou outro entorpecente por eles consumido. Isto porque não se pode realizar uma média de consumo de "crack" se estiver sendo considerada quantidade de "cocaína" ou, ainda, o consumo de "crack" ou "cocaína" e "crack" simultaneamente.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

Seria como, em uma analogia meramente exemplificativa, procurar obter dados estatísticos sobre a quantidade de laranjas consumida no país considerando informações provenientes da ingestão de mangas.

Eventual estudo sobre a quantidade de “crack” utilizada diariamente por dependentes deveria considerar, isoladamente, consumidores deste tipo específico de entorpecente, sob pena de criar dados não confiáveis.

Outro ponto bastante questionável da metodologia utilizada é o número de entrevistados. Ora, uma pesquisa por amostragem realizada com apenas 18 (dezoito) usuários de “crack” e “cocaína” não representa o universo de todos os dependentes químicos do país, do Estado do Paraná e nem sequer do Município de Curitiba. Para isso, a amostra deveria ser colhida em diferentes regiões da cidade, grupos sociais e culturais.

Por exemplo: conforme dados divulgados no sítio do Governo Federal, estima-se que cerca de 370.000 (trezentos e setenta mil) brasileiros usaram regularmente “crack” e similares nas principais capitais do país⁷. Assim, para obtenção de dados realistas relativos à média de droga consumida nas capitais, considerando um percentual de erro de 5% (cinco por cento), seria necessária uma amostra de, pelo menos, 189 (cento e oitenta e nove) indivíduos, distribuídos nas diversas cidades⁸.

Ora, a pesquisa aqui utilizada considerou somente 18 (dezoito) usuários, em tratamento em um mesmo hospital nesta cidade de Curitiba e pelo período de apenas um mês. Este número representa, portanto, menos de 10% da amostra necessária para a obtenção de estatísticas fidedignas.

Portanto, equivocada a utilização na p. 10 do Estudo Técnico do Departamento de Políticas sobre Drogas da Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos

⁷ BRASIL. **Brasil realiza pesquisa sobre o uso do crack**. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/09/brasil-realiza-pesquisa-sobre-o-uso-do-crack>>. Acesso em: 07 jan 2015.

⁸ SANTOS, Glauber Eduardo de Oliveira. **Cálculo amostral**: calculadora on-line. Disponível em: <<http://www.calculoamostral.vai.la>>. Acesso em: 07 jan 2015.

Humanos, do dado relativo à média de quantidade diária utilizada, como se fosse um estudo conclusivo.

3. Do estabelecimento de critério objetivo rígido e suas consequências.

Ao estabelecer critério objetivo e rígido para as condutas relacionadas ao tráfico de drogas e ao porte de drogas para consumo pessoal, no sentido de que a apreensão de determinada quantidade de droga forçosamente representaria o tipo penal descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, estar-se-ia inviabilizando a responsabilização de indivíduos pelo crime do art. 33 do mesmo dispositivo legal.

Ora, o traficante procuraria sempre portar ou guardar quantidade semelhante ou inferior àquela “tolerada” pelo Estado, a fim de esquivar-se de uma sanção mais grave vinculada ao narcotráfico. Isso já é uma conduta recorrente, não obstante não existam quantidades determinadas em lei. Tal critério objetivo funcionaria, portanto, como verdadeiro “escudo de proteção” utilizado pelos narcotraficantes, que se valeriam da existência do pré-estabelecimento de quantidade mínima de drogas para evitar a responsabilização pelo art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Tornar-se-ia, assim, praticamente impossível a prisão de indivíduos pelo crime de tráfico de drogas e, em consequência, dificultar-se-ia sobremaneira o desmantelamento de organizações criminosas relacionadas à narcotraficância.

Por outro lado, a existência de critério objetivo e rígido relativo à quantidade de entorpecentes impossibilitaria a análise do caso concreto, fazendo com que, muitas vezes, houvesse tratamento de usuários como traficantes. Explica-se: **o usuário que fosse surpreendido trazendo consigo quantidades superiores àquelas pré-estabelecidas seria automaticamente taxado como traficante, impossibilitando a relativização da conduta em decorrência das peculiaridades do caso concreto.**

Em síntese: ainda que as circunstâncias indicassem a prática do crime de porte de drogas para consumo pessoal, a imposição de critério objetivo relativo à

quantidade de entorpecente impossibilitaria o tratamento do indivíduo como usuário. Da mesma forma, conforme anteriormente mencionado, em relação ao traficante, a existência de critério quantitativo funcionaria como verdadeiro empecilho à responsabilização pelo crime do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Sobre a questão, salienta-se o trecho da informação acostada às fls. 18-verso/25 do estudo da Secretaria de Estado de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, elaborada pelo Instituto de Criminalística do Paraná:

*O critério quantitativo, paradoxalmente, é subjetivo. **Um traficante poderá portar no decurso de sua atividade criminosa, quantidade ínfima de droga, em massa e um usuário, dotado de renda própria ou patrimônio obtido licitamente, poderá adquirir quantidade significativa de droga sem jamais haver a intenção de revendê-la ou distribuí-la, mesmo que a título gratuito** (p.e.: antes de datas comemorativas, férias etc) (negrito nosso).*

4. Do Projeto de Lei Complementar nº 037/2013 e a alteração do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Atualmente, tramita junto ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 037/2013, que visa alterar, além de outros dispositivos legais, a Lei nº 11.343/2006, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas, as condições de atenção aos usuários ou dependentes de droga e o financiamento e políticas sobre drogas.

Dentre as alterações sugeridas no projeto de lei, conforme parecer elaborado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, está a modificação do §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. O referido dispositivo legal passaria a dispor que, quando uma pessoa for flagrada com pequena quantidade de droga, **será preciso comprovar que essa droga não se destina a seu consumo pessoal**. Deste modo, o

agente será considerado traficante se ficar demonstrado, por exemplo, que aquele entorpecente apreendido seria oferecido, vendido ou fornecido a terceiro.

A presunção gerada pela alteração normativa, entretanto, tem natureza relativa, admitindo prova em contrário. É neste sentido o parecer elaborado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal:

É por isso que a presunção que o § 2º_A cria, de que a pequena quantidade de droga se destina ao consumo pessoal, é relativa. Conforme expresso no próprio texto, a presunção admite prova em contrário. As provas, nesses casos, deverão ser produzidas pela polícia, que poderá prender o agente em flagrante, se constatar tais circunstâncias⁹ (negrito nosso).

Ora, como se percebe, o referido projeto de lei promove alteração que gera presunção relativa, que pode, por óbvio, ser refutada.

Ao contrário do que sugere a Secretaria de Estado de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, a modificação do art. 28, §2º, da Lei nº 11.343/2006, sugerida pelo Projeto de Lei Complementar nº 037/2013, não criaria uma padronização e nem deixaria o aplicador do Direito vinculado à presunção *ex lege* de que o agente, quando surpreendido com determinada quantidade de droga, deveria ser tratado, forçosamente, como usuário.

O que se passa a exigir com a modificação é a prova de que aquela pequena quantia de entorpecente flagrada com o sujeito destina-se ao narcotráfico, e não ao seu consumo pessoal. Neste sentido:

Atualmente, se ficar comprovado que essa quantidade de droga destina-se ao consumo pessoal, a pessoa flagrada em sua posse deverá responder pelo porte ilegal e não por tráfico. Se ficar comprovado que essa droga destina-se ao comércio, por exemplo, a

⁹ SENADO FEDERAL. Parecer nº , de 2014. Relator Senador Antonio Carlos Valadares. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=155678&tp=1>>. Acesso em 07 jan 2015. p. 8.

*peessoa flagrada em sua posse responderá por tráfico. O substitutivo não altera essa lógica. **Ele apenas estabelece que será preciso haver alguma prova de que essa droga se destinava a terceiro, para que a pessoa seja presa e processada como traficante. Cria-se um estímulo para que o aparato policial atue contra a rede de fornecimento do tráfico. Ingênuo é considerar que a repressão do "varejo" do comércio de drogas irá coibir o tráfico***¹⁰ (negrito nosso).

A criação de um padrão quantitativo, conforme pretende o estudo elaborado pela Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, por outro lado, tiraria toda a discricionariedade do aplicador do Direito quando da análise do caso concreto. Conforme mencionado anteriormente, ele ficaria vinculado a avaliar a conduta como porte de drogas para consumo pessoal ou tráfico de drogas a depender, exclusivamente, da quantidade de drogas trazida pelo sujeito.

5. Da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, Lei nº 11.343/2006 e da preponderância das circunstâncias previstas no art. 42 da norma.

O art. 33, §4º, Lei nº 11.343/2006, prevê a diminuição de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) nas hipóteses em que o agente for primário, de bons antecedentes, não houver provas de que se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Nestes casos, há, portanto, previsão de pena significativamente mais branda quanto a determinados sujeitos, ou seja, aqueles que não representam grande perigo social. Neste sentido:

Causa de diminuição de pena: cuida-se de norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem, o que merece aplauso. Portanto, aquele que cometer o delito previsto no art. 33, caput ou §1º, se for primário (indivíduo que não é reincidente, vale

¹⁰ SENADO FEDERAL, *op. cit.*, p. 9.

dizer, não cometeu outro delito, após ter sido definitivamente condenado anteriormente por crime anterior, no prazo de cinco anos, conforme arts. 63 a 64 do Código Penal) e tiver bons antecedentes (sujeito que não ostenta condenações definitivas anteriores), não se dedicando às atividades criminosas, nem entrando organização criminosa, pode valer-se de pena mais branda¹¹.

A previsão é saudável na medida em que passa a permitir ao magistrado maior amplitude de apreciação do caso concreto, de maneira a poder melhor quantificar e, portanto, individualizar a pena, dando tratamento adequado àquele que apenas se inicia no mundo do crime¹².

Verifica-se, portanto, que o legislador, em inovação ao ordenamento jurídico então existente, cuidou da hipótese de significativo abrandamento da pena quando observar que o agente é primário, não possui antecedentes e nem ligações com atividades ou organizações criminosas. Isto é, quando o magistrado perceber baixo grau de culpabilidade e periculosidade na prática delitiva, poderá reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

Em complementação ao mencionado dispositivo legal, ao art. 42 da Lei nº 11.343/2006¹³ prevê que *o juiz, na fixação da pena, 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.*

Deve o magistrado, na fixação da pena, analisar, dentre outros aspectos, a natureza e a quantidade da droga. Assim, quando pequena a quantidade do entorpecente, aliada à personalidade e a conduta social do agente, a pena será fixada em patamar inferior.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 372.

¹² MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Nova Lei de Drogas. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

¹³ *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.*

Natureza e quantidade: A Lei de Drogas baseia-se, principalmente, na punição de crimes de perigo abstrato (...), o que justifica destacar como elementos preponderantes na individualização da pena, dentre outros, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública¹⁴.

*(...) Foram ressaltados os aspectos subjetivos do agente, tais como personalidade e conduta social, ao lado de um requisito objetivo, qual seja, a quantidade. Tais fatores são determinantes para que o juiz possa inferir a gravidade do delito, pois apontam para a maior lesividade e perigo social decorrentes da conduta. **Quem está vendendo pequena quantidade de maconha não merece o mesmo tratamento que aquele que oferece grandes porções de cocaína**, do mesmo modo que a personalidade e modo de vida do agente apontam para sua maior ou menor periculosidade, estando plenamente justificada a opção do legislador por tais critérios de aferição de pena na primeira fase da dosimetria¹⁵ (negrito nosso).*

Assim, conforme os dois dispositivos legais mencionados, pode o magistrado reduzir a pena em patamares significativos em relação ao “traficante de primeira viagem” e, ainda, quando da fixação da pena, levar em consideração a apreensão de pequena quantidade de droga.

Ora, o legislador pátrio não foi omisso aos casos em que evidenciada baixa culpabilidade ou periculosidade do sujeito. Observa-se a criação de figura específica para casos em que o agente ainda não está inserido em atividade ou organização criminosa e quando for flagrado com pequena quantidade de entorpecente.

¹⁴ NUCCI, *op. cit.*, p. 392.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. **Legislação Penal Especial**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 750-751.

Neste diapasão, ante a existência de previsão legal de tratamento próprio aos casos acima referidos, não se justifica, conforme pretende a Secretaria de Estado de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, padronizar a aplicação dos crimes de tráfico de drogas e porte para consumo pessoal de acordo com a quantidade de entorpecente apreendido.

A tipificação da conduta e a conseqüente imputação de determinada sanção é tarefa afeta tão somente ao aplicador do Direito. Ele deve analisar o caso concreto à luz das limitações legalmente previstas que, conforme já mencionado, são suficientes e abrangem as situações peculiares, nomeadamente aquelas nas quais há baixa culpabilidade do sujeito ativo.

6. Da superpopulação carcerária e da aplicabilidade de medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão.

A existência de uma superpopulação carcerária é questão notória, que representa um problema de âmbito nacional, seja pela falta de estrutura dos estabelecimentos prisionais existentes, seja pela morosidade de Poder Judiciário em aplicar os diversos institutos despenalizadores previstos no ordenamento jurídicos – tais como suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos etc.

A questão é, inclusive, matéria do Recurso Extraordinário nº 580.252-MS, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, no qual se discute a responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes da macropopulação carcerária. O recurso teve sua repercussão geral reconhecida e refletirá em aproximadamente 71 (setenta e um) casos sobrestados em tribunais de todo o país¹⁶.

Obviamente, não se pode ignorar as inúmeras violações a direitos fundamentais de detentos em decorrência das más condições de estabelecimentos prisionais. Entretanto, a diminuição do número de presos por tráfico de drogas em decorrência da

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=281163>>. Acesso em 06 jan 2015.

padronização do critério objetivo relativo à quantidade de entorpecente apreendido, conforme pretende a Secretaria de Estado de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos não é uma solução plausível.

Ora, já são previstos diversos institutos despenalizadores aplicáveis aos casos concretos, que tem por finalidade retirar o sujeito do sistema carcerário sempre que possível e dar à pena privativa de liberdade caráter de *ultima ratio*. Muitos dos detentos nos diversos presídios e cadeias públicas do país cumprem pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas (posto que não atendem aos requisitos legais), mas também humanamente ultrajantes, porque inferiores a um padrão mínimo de dignidade.

Certo é que a adequada aplicação destes institutos, aliada à elaboração de políticas públicas destinadas à melhoria dos estabelecimentos prisionais representa solução mais ajustada. Neste sentido, destaca-se o voto do Ministro Teori Zavascki no Recurso Extraordinário 580.252-MS:

A despeito do alto grau de positividade jurídica, a efetivação desse direito básico ainda constitui um desafio mundial inacabado, cuja superação é especialmente deficitária em muitos países de desenvolvimento tardio, como nas nações da América Latina em geral e no Brasil em especial, uma das cinco nações com maior população carcerária no mundo. Não por outra razão, o Brasil, nos últimos 10 anos, foi seguidamente notificado pela Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) para tomar medidas emergenciais em relação a pelo menos três presídios específicos, por conta de suas condições intoleráveis (Urso Branco, em Porto Velho/RO; Pedrinhas/MA; e Presídio Central, em Porto Alegre/RS). É significativa, ainda, a menção a excerto do Relatório Final produzido em 2009 por Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, no qual se conclui que "a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da

peessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário”.

A despeito da existência de graves mazelas, não se pode procurar reduzir a população carcerária relacionada ao tráfico de drogas por meio de uma padronização do critério quantitativo do entorpecente apreendido.

Ora, a Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos menciona em seu estudo a existência de detentos custodiados em razão da apreensão de pequena quantidade de droga. Entretanto, ainda que corretos os dados apresentados, não se pode olvidar que a legislação prevê uma série de medidas cautelares alternativas à prisão que, se aplicadas corretamente, resolveriam sobremaneira a questão aqui discutida.

Neste contexto, a Lei nº 12.430/2011 reformou a tutela cautelar do processo penal, dando fim à denominada *bipolaridade cautelar do sistema brasileiro*, que outorgava ao magistrado apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: a prisão cautelar ou a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança.

Ora, essa reduzida gama de opções era causa de evidente prejuízo, quer à liberdade de locomoção do agente, quer à própria eficácia do processo penal. Afinal, apesar de muitas situações demandarem a segregação cautelar do agente, nem sempre a prisão cautelar era o instrumento mais idôneo e adequado a salvaguardar a eficácia do processo e das investigações.

Assim, a *novatio legis* ampliou sobremaneira o rol de medidas cautelares diversas da prisão cautelar, propiciando a escolha da providência mais adequada ao caso concreto, dentro de critérios de legalidade e proporcionalidade, permitindo, como já mencionado, que a pena privativa de liberdade seja usada como verdadeira *ultima ratio*. Atualmente, consoante art. 319 do Código de Processo Penal¹⁷, são previstas 09 (nove)

¹⁷ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, todas aplicáveis pelo juiz, de maneira cumulativa ou isolada.

Com o advento da Lei nº 12.430/2011, seguindo-se a tendência adotada mundialmente, a prisão cautelar passou a ser utilizada apenas quando não for cabível a aplicação de outra medida cautelar diversa. Neste sentido:

Essa mudança reflete tendência mundial consolidada pelas diretrizes fixadas nas Regras das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade, as conhecidas Regras de Tóquio, de 1990. Esta Declaração refletiu a percepção de que as medidas cautelares, notadamente as de natureza pessoal, por privarem o acusado de um de seus bens mais preciosos – a liberdade –, quando ainda não há decisão definitiva sobre sua responsabilidade penal, devem possuir um caráter de ultima ratio, sendo utilizadas tão somente quando não for possível a adoção de outra medida cautelar menos gravosa, porém de igual eficácia. Além do menos custo pessoal e familiar dessas medidas cautelares diversas da prisão, o Estado também é beneficiado com a sua adoção, porquanto poupa vultosos recursos humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém no

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

*cárcere, além de diminuir os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento (...)*¹⁸.

Esta reforma na aplicação das medidas cautelares de natureza pessoal permitiu que diversos indivíduos anteriormente presos fossem postos em liberdade mediante o cumprimento de algumas condições. Isto porque, obviamente, existem situações nas quais a segregação cautelar não se justifica.

Assim, a aplicação correta destas medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão traria solução a duas importantes questões: a prisão desnecessária e a superpopulação carcerária.

Finalmente, incumbe que se ressalte mais uma vez o importante papel dos operadores de Direito na instrução processual, haja vista que eles representam verdadeiros filtros para a adequada persecução penal. Ora, na eventualidade do policial militar prender em flagrante um traficante com pequena quantidade de substância entorpecente sob a acusação de tráfico, o primeiro filtro será o Delegado de Polícia que analisará as circunstâncias e lavrará ou não o flagrante; o segundo filtro será o Promotor de Justiça, que analisando os elementos probatórios, poderá denunciar por tráfico ou desclassificar para porte para uso pessoal, encaminhando o caso ao Juizado Especial Criminal. Caso firmada a denúncia por tráfico de entorpecentes, há toda a instrução processual, sob o crivo do contraditório, que finalizará com o pedido de condenação, absolvição ou desclassificação, pelo Ministério Público. E, ainda haverá a sentença judicial, que é mais um filtro da conduta imputada ao acusado. Afora isso, há a análise em sede recursal. Dessa forma, com o trânsito em julgado da sentença condenatória pela prática de tráfico de entorpecentes, e havendo passado por esses inúmeros filtros, é inconcebível que se conclua que responde injustamente por tráfico de entorpecentes um mero usuário. Não se olvide que existe a possibilidade de co-existirem as duas figuras traficante-usuário, e se acaso este usuário for dependente químico, a lei lhe assegura que tenha acesso ao tratamento necessário.

7. Conclusão

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 775-776.

Por todo o exposto, conclui este Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais e do Júri que é inviável o sugerido critério objetivo de quantidade de entorpecente especificada em lei para configuração dos crimes de porte de drogas para consumo pessoal ou de tráfico de drogas.

A análise é mais complexa e depende de diversas circunstâncias, consoante previsto no parágrafo 2º do art. 28 da Lei 11.343/2006, ou seja, *para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente*. Esses parâmetros devem ser observados por todos os órgãos que participam da persecução penal, para possibilitar o correto enquadramento da conduta do agente.

Publique-se essa manifestação no Informativo Criminal do Centro de Apoio e remeta-se cópia a Coordenação do Projeto SEMEAR – Enfrentamento ao Alcool, Crack e outras Drogas para divulgação.

Curitiba, 22 de julho de 2015.

Cristina Corso Ruaro
Promotora de Justiça

Carolina Sella de Almeida
Assessora Jurídica