ANA CAROLINA MODOTTI MANZANO

APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 DO PONTO DE VISTA SOCIAL, PARA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE, SOB O ASPECTO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.

Assis

ANA CAROLINA MODOTTI MANZANO

APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 DO PONTO DE VISTA SOCIAL, PARA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE, SOB O ASPECTO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA da Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Orientadora: Maria Angélica Lacerda Marin Linha de Pesquisa: Ciências Sociais e Aplicadas

Assis

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

MANZANO, Ana Carolina Modotti

Aplicabilidade da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 do ponto de vista social, para redução da criminalidade, sob o aspecto do delito de tráfico de drogas/ Ana Carolina Modotti Manzano: Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA - Assis, 2015. 63p.

Orientadora: Maria Angélica Lacerda Marin Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Educacional do Município de Assis.

- 1. Causa de diminuição. 2. Redução da criminalidade
- 3. Tráfico de Drogas

CDD 340 Biblioteca FEMA

APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 DO PONTO DE VISTA SOCIAL, PARA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE, SOB O ASPECTO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.

ANA CAROLINA MODOTTI MANZANO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Maria Angélica Lacerda Marin

Avaliador (1): Elizete Mello da Silva

Data da defesa: 25 de setembro de 2015

Assis

2015

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus e aos meus pais, Antonio e Maria Alzira.

AGRADECIMENTOS

À professora Maria Angélica Lacerda Marin pela orientação e pelo carinho durante a elaboração do trabalho. Sua dedicação e sabedoria foram fundamentais para a realização desta pesquisa. Obrigada por transmitir os ensinamentos basilares do Direito Penal e Processual Penal com muito empenho, alegria e de modo tão cativante.

Às minhas amigas, Isadora Antunes Dias Malta, Marcela Torreti Zwicker e Giovanna Ribeiro Mendonça, pelo apoio incondicional em todos os momentos da graduação, pelo carinho e alegria de cada uma em minhas manhãs.

Aos meus pais, Antonio Manzano e Maria Alzira Modotti Manzano, pelo incentivo, por compreenderem a importância de cada passo dado em minha vida profissional e por me acompanharem sempre, seja superando obstáculos e vencendo desafios, seja exultando de alegria a cada conquista. Por vocês, minha razão de viver.

A todos os Promotores de Justiça e demais membros do Ministério Público (analistas, oficiais e estagiários) com os quais tive o prazer de trabalhar e descobrir que o universo jurídico é muito mais surpreendente do que imaginamos.

A TODOS VOCÊS, MINHA IMENSA GRATIDÃO!



RESUMO

A proposta do presente trabalho é analisar a aplicabilidade da causa de diminuição prevista no artigo 33 da Lei de Drogas vigente sob o ponto de vista da redução da criminalidade no que atine ao delito de tráfico de drogas, as modificações propostas pelo legislador com a revogação da antiga Lei nº 6.368/76 e a repercussão cotidiana através da análise de sentenças criminais com a efetiva aplicação do redutor em questão.

Palavras-chave

Tráfico de drogas, redução da criminalidade, aspecto social.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the applicability of the cause of reduction provided for in Article 33 of the current Drug Law from the perspective of reducing crime which comprehends drug trafficking offense, the changes proposed by legislator with the repeal of former Law n°. 6.368/76 and the daily impact by analyzing criminal sentences with the effective implementation of the reducer at issue.

Keywords

Drug trafficking, crime reduction, social issues.

ABREVIAÇÕES E SIGLAS

ANVISA Agência Nacional de Vigilância Sanitária

ONU Organização das Nações Unidas

STJ Superior Tribunal de Justiça

STF Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS	13
2.1 O crime de tráfico de drogas na lei nº 11.343/06	14
2.2 Classificação do delito	14
2.3 Objetividade jurídica e sujeitos do delito	15
2.4 Tipo objetivo	15
2.5 Tipo subjetivo	16
2.6 Norma penal em branco	16
2.7 Hediondez do delito	16
2.8 Questionamentos acerca do delito de tráfico de drogas	17
2.9 Tráfico ilícito de matéria-prima, insumo ou produto químico destinado	à
preparação de drogas (art. 33, § 1º, inciso I)	18
, ,	em
matéria-prima para a preparação de drogas (art. 33, § 1º, inciso II)	19
2.11 Utilização de local (ou de bem de família de qualquer natureza) para	
tráfico (art. 33, § 1º, inciso III)	19
2.12 Induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de drogas (art. 33	
2°)	19
2.13 Cessão gratuita para consumo (art. 33, § 3º)	20
2.14 Causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º)	20
3 COMPARATIVO ENTRE A LEI Nº 6.368/76 E A LEI Nº 11.343/06	. .
,	24
	25
3.3 Semeadura, cultivo ou colheita de plantas, para consumo pesso	
destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produ	
	26 27
3	2 <i>1</i> 28
• /	20 29
·	29 30
3.4.3.1 Aplicação da minorante aos crimes cometidos à luz da Lei	
	32
4 APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO PONTO I	
VISTA SOCIAL, PARA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE SOB	
ASPECTO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS	J
4.1 Estudo de casos	36
	41
Eu	42
6 REFERÊNCIAS	44
7 ANFXOS	45

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objetivo verificar os efeitos produzidos com a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas sob o aspecto social e os reflexos que o referido abrandamento causa, na prática, a fim de reduzir a criminalidade do ponto de vista do crime de tráfico de drogas. Embora este seja o principal objetivo, subsidiariamente também poderemos observar a repercussão no mundo jurídico que o redutor em questão traz, verificando diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais utilizados a fim de sedimentar as teses apontadas por operadores do direito.

Este trabalho está dividido em cinco capítulos assim estruturados:

No primeiro capítulo, tratamos da legislação antidrogas em seu aspecto doutrinário, cuidando dos conceitos mais importantes abordados pelo Direito no que tange ao delito de tráfico de drogas.

No segundo capítulo, abordamos a comparação entre a antiga legislação antidrogas e a lei vigente, procurando demonstrar os principais aspectos que sofreram significativas modificações com a transição do texto legislativo.

No terceiro capítulo, temos como objeto a análise da aplicação da referida causa de diminuição de pena ao caso concreto, oportunidade em que observaremos a aplicação do texto legal em casos práticos, demonstrando seus efeitos e sua repercussão social.

No quarto capítulo, a fim de demonstrar toda a teoria a ser desenvolvida durante nossa pesquisa, demonstramos, através do estudo de casos práticos, os efeitos da mencionada causa de diminuição em sentenças proferidas na Comarca de Assis-SP, além de uma entrevista com o magistrado, o qual está intimamente relacionado com a aplicação do redutor no cotidiano forense e sua posição acerca de aspectos destacados no tocante à tríade tráfico de drogas, causa de diminuição e redução da criminalidade sob a ótica social.

Ao final, tecemos as considerações finais sobre a presente pesquisa, analisando todo o conteúdo trabalhado, para verificar se, de fato, a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 influi para a redução da criminalidade sob o aspecto do delito de tráfico de drogas, voltada à ótica social.

2 LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS

A Lei de Drogas nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 instituiu o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), cuja finalidade foi implantar, em nosso sistema jurídico-social, primariamente, medidas de prevenção do uso indevido de drogas, reinserir em nossa sociedade o usuário, estabelecer normas de repressão à produção e ao tráfico ilícito de drogas e definir crimes.

Inicialmente, ao contrário do ocorrido na Lei nº 10.409/02, distinguiu-se o sujeito considerado usuário de drogas da pessoa que delas depende, direcionando atividades de atenção e reinserção social a cada uma delas, diante de suas necessidades.

Ainda, o novo texto legal demonstrou tamanha preocupação com a produção não autorizada e repressão ao tráfico ilícito de drogas, tendo adotado mais políticas punitivistas, o que ficou demonstrado com a pequena quantidade de abrandamentos previstos e com o estabelecimento de aumento de penas, criação de novos tipos penais, restrição de direitos e até mesmo expropriação de bem considerado de família pertencente ao traficante, previsão amparada pela Lei nº 8.009/90, que trata da impenhorabilidade do bem de família, em seu artigo 3º, inciso VI.

A adoção de terminologia distinta daquela utilizada pelas Leis nº 6.368/76 e 10.409/02, revogadas pelo artigo 75 da Lei vigente – definiu-se o termo *droga* e não mais *substância entorpecente* – ao contrário do que se parece, não engessou a referida norma ao elencar, em um rol taxativo, descrito na Portaria da ANVISA (SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998), os elementos que podem ser classificados como substâncias entorpecentes, mas conferiu ao ordenamento segurança jurídica ao seu destinatário e cuidou para que o princípio constitucional mais basilar do Direito não fosse ferido, o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, sob o viés do princípio da taxatividade, segundo o qual a lei que cria tipos penais e estabelece penas deve ser clara e determinada em seu conteúdo.

Enfim, a nova normatização no que se refere às drogas recebeu modificações com o intuito de equilibrar tanto atividades *preventivas*, de reinserção social de usuários e dependentes, quanto ações *repressivas* à produção não autorizada e ao tráfico ilícito

de drogas, para garantir a redução dos danos sociais causados e a eficácia das políticas públicas.

2.1 O crime de tráfico de drogas na Lei nº 11.343/06

O crime de tráfico de drogas está disposto no artigo 33 da Lei de Drogas:

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 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, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2.2 Classificação do delito

A doutrina classifica o tráfico de drogas como crime comum (pode ser praticado por qualquer pessoa), formal (não depende de um resultado material para se consumar),

de forma livre (praticado por qualquer meio de execução), comissivo (cometido na modalidade "ação"), instantâneo – quando se delimita no tempo o momento da consumação - nas formas *importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, oferecer, fornecer, prescrever, ministrar* e *entregar* e permanente – quando a consumação se prolonga no tempo – nas formas *expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar*, crime de perigo abstrato (presume-se probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado, sendo desnecessária a efetiva lesão), unissubjetivo (pode ser praticado por uma pessoa somente), unissubsistente (instantâneo) ou plurissubsistente (quando é possível fracionar a conduta. Embora seja de difícil configuração, nessa forma, admite-se a tentativa).

2.3 Objetividade jurídica e sujeitos do delito

Conforme Alice Bianchini, o objetivo do legislador ao construir o tipo penal foi tutelar, de modo imediato, a saúde pública (em virtude da possibilidade de incontáveis pessoas adoecerem e morrerem quando há o tráfico de drogas) e de modo mediato, a saúde individual das pessoas que compõem a sociedade. Há entendimentos no sentido de que o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, ainda que na modalidade *prescrever*, ou seja, ele pode ser praticado pelo profissional da saúde ou ainda por aquele que não pertença a ela e assim o faça, como o curandeiro (art. 284 do Código Penal). O sujeito passivo é a coletividade (BIANCHINI, 2006, p. 147-148), mas com ela podem concorrer outras pessoas, como crianças, adolescentes, usuários/compradores, etc.

2.4 Tipo objetivo

Nucci nos ensina que o tipo objetivo conta com dezoito núcleos do tipo. São eles: *importar* (trazer para o interior do Brasil), *exportar* (levar para fora do Brasil), *remeter* (enviar a algum lugar), *preparar* (obter algo por meio da composição de elementos), *produzir* (dar origem a algo antes inexistente), *fabricar* (produzir em maior escala, valendo-se de equipamentos e máquinas próprias), *adquirir* (comprar, obter mediante certo preço), *vender* (alienar por determinado preço), *expor à venda* (apresentar, colocar à mostra para alienação), *oferecer* (ofertar como presente), *ter*

em depósito (manter em reservatório ou armazém), transportar (levar de um lugar a outro), trazer consigo (transportar junto ao corpo), guardar (tomar conta de algo, proteger), prescrever (receitar, indicar), ministrar (aplicar, administrar), entregar a consumo (confiar a alguém para gastar) ou fornecer (abastecer) drogas, que são substâncias entorpecentes (matéria tóxica que provoca alterações mentais e analgésicas) ou que determine dependência (provoque necessariamente sujeição) física (estado provocador de alterações no organismo) ou psíquica (estado de alteração mental que gera sensação de bem-estar), ainda que gratuitamente (sem a intenção ou obtenção de lucro) (NUCCI, 2014, p. 328-329). Considerando a variedade de comportamentos previstos pelo legislador, estamos diante de um tipo misto alternativo. Ainda que o autor do delito pratique mais de um núcleo do tipo, ele responderá por um único crime.

2.5 Tipo subjetivo

O elemento subjetivo é o dolo direto, consistente na vontade do agente de praticar qualquer dos dezoito núcleos do tipo previstos no caput na norma. Não é punido, pois, na forma culposa.

2.6 Norma penal em branco

O artigo 33 é considerado norma penal em branco, porque depende de um complemento que possibilite sua aplicação, o qual é complementado por uma norma específica oriunda da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 (art. 66, Lei de Drogas).

2.7 Hediondez do delito

Consoante Ricardo Antonio Andreucci leciona, com a pretensão de conferir tratamento mais rigoroso a determinadas infrações penais consideradas muito graves, o legislador constituinte equiparou o crime de tráfico de drogas a delito hediondo, proibindo-lhe a concessão de liberdade provisória com fiança, graça e

anistia, trato igualmente dado aos crimes de tortura e terrorismo (ANDREUCCI, 2010, p.226-228). Assinala o artigo 5º da Carta Magna:

Inciso XLIII - A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (grifo nosso)

A própria Lei 11.343/06 enumera outras figuras típicas equiparadas a hediondo:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e $\S 1^{\circ}$, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

A previsão da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º da Lei de Drogas não afasta a hediondez do delito, mas somente mitiga a punição.

2.8 Questionamentos acerca do delito de tráfico de drogas

Em conformidade com Guilherme de Souza Nucci (2014, 334-340), é de suma importância acentuar alguns questionamentos. O princípio da insignificância não pode ser aplicado ao tráfico, mesmo que seja apreendida pequena quantidade de droga, até mesmo pelo bem jurídico tutelado, que é a saúde pública, bem maior. Ademais, a reiteração da prática delitiva é quase certa e, em todos os novos casos, observa-se que as quantidades encontradas são cada vez maiores, mais um fator que justifica a inaplicabilidade do mencionado princípio.

Em se tratando do traficante usuário, entende-se, de modo muito objetivo, a absorção da infração descrita no artigo 28 pelo artigo 33, ambos da Lei de Drogas. Os julgados dos Tribunais trazem-nos posicionamentos cristalinos em torno da questão:

Importante salientar, também que a alegada situação de viciado ou usuário, conforme reiteradamente se tem decidido, não afasta a traficância. (TJRS,

Apelação Crime 70053449955, 2ª Câmara Criminal, rel. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. em 20.02.2014)

No que diz respeito ao depoimento dos policiais, há de se destacar que, embora estejam eles intimamente ligados à investigação, esta prova testemunhal não pode ser considerada isolada, ou seja, as declarações dos agentes não devem ser consideradas isoladamente, mas sim em conformidade com as demais provas obtidas no curso das fases policial e processual para a convicção condenatória.

A hipótese de flagrante preparado, aquele em que o agente é convencido a praticar o crime, a fim de que a polícia possa surpreendê-lo no momento do cometimento da infração e realizar sua prisão em flagrante não é válida por se tratar de modalidade de crime impossível, consoante a Súmula 145 do STF:

Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

No tocante ao regime inicial de cumprimento da pena e da progressão de regime, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o trecho do artigo 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos, o qual previa que a pena prevista no referido artigo seria cumprida inicialmente em regime fechado, pois este dispositivo feria o princípio da individualização da pena, proclamado no artigo 5º, inciso XLVI da Lei Maior. Neste sentido, desde que devidamente fundamentada pelo magistrado, a pena a ser cumprida pelo traficante pode ser cumprida em qualquer regime inicial, com fulcro no artigo 59 do Código Penal e, da mesma forma, cabe a progressão para regimes mais brandos.

Ao contrário do caput, o parágrafo primeiro descreve condutas diversas que compõem a prática delitiva e comina a mesma pena. São elas:

2.9 Tráfico ilícito de matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas (art. 33, § 1º, inciso I)

No tocante às demais modalidades do delito que, nesta situação, diferentemente do caput, o objeto em questão não é a droga propriamente dita, mas a matéria-prima (substância da qual se extrai um produto), insumo (elemento contribuinte na

formação de certo produto) ou produto químico (substância química utilizada em laboratório) voltada à preparação (composição de elementos) de drogas, como a acetona por exemplo (NUCCI, 2014, p. 342). Os demais aspectos se igualam àqueles dispostos no início do artigo.

2.10 Semeação, cultivo e colheita ilícita de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas (art. 33, § 1º, inciso II)

Aqui se pune o sujeito que *semeia* (espalha sementes para germinarem), *cultiva* (promove o desenvolvimento da planta) e *faz a colheita* (colhe o produto da semeadura) de plantas que constituam matéria-prima dedicada à preparação de drogas. O objeto distingue-se mais uma vez, sendo a semente ou a planta, outra figura autônoma do referido dispositivo legal. As outras particularidades se igualam às dispostas no caput, exceto quanto à classificação do delito, pois será instantâneo nas formas *semear* e *fazer* a *colheita*, ou permanente na forma *cultivar*.

2.11 Utilização de local (ou de bem de família de qualquer natureza) para o tráfico (art. 33, § 1º, inciso III)

Aquele que utiliza local (qualquer local) ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade (uso, gozo e disposição), posse (direito de exercer algum poder inerente à propriedade), administração (poder de gestão), guarda (consiste em zelar pelo bem) ou vigilância (fiscalização), ou consente (autoriza) que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para a mercancia ilícita, pratica conduta equiparada ao tráfico de drogas, ainda que não se exija a finalidade de lucro. Este é um crime próprio, ou seja, o sujeito ativo deve ter qualquer das capacidades especiais acima elencadas, sendo o proprietário, posseiro, administrador, guarda, vigilante de determinada área ou bem. Também o objeto material, que é a área ou o bem utilizado para o crime, é diferenciado. Na modalidade *utilizar*, é crime comissivo, todavia, na modalidade *consentir*, omissivo.

2.12 Induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de drogas (art. 33, § 2º)

Induzir (dar a ideia), instigar (reforçar ideia preexiste) ou auxiliar (dar contorno material à execução do crime) são as formas previstas para o delito, cuja pena, diversa daquela prevista no caput e no parágrafo anterior, é mais amena – detenção de um a três anos, e multa. Não obstante as demais características do crime de tráfico de drogas há que se ressaltar que, de modo secundário, tem-se como sujeito passivo a pessoa que usar o entorpecente e o objeto material é o sujeito que usa a droga. Além do mais, a suspensão condicional do processo é cabível (artigo 89 da Lei nº 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) em virtude da pena mínima cominada ao delito ser igual a um ano, ou até a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no caso de eventual condenação, se atendidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

2.13 Cessão gratuita para consumo (art. 33, § 3º)

A este respeito, alguns itens precisam ser pontuados. O núcleo do tipo consiste em oferecer (ofertar), que deve ser aliado a outros requisitos simultâneos (todos ao mesmo tempo), como agir em caráter eventual (que não é frequente), sem fins lucrativos, atingir pessoa do relacionamento do autor do delito (parentes, amigos, namorados, etc.), com a finalidade de consumirem as drogas em conjunto. No mesmo sentido do parágrafo anterior, o sujeito passivo é a sociedade e, de modo subsidiário, aquele que consome a droga ofertada, além de ser este o objeto material (BIANCHINI, 2006, p.155-164). Considerando a pena cominada a este delito – 6 (seis meses) a 1 (um) ano – aplicam-se a esta infração as benesses da Lei nº 9.099/95.

2.14 Causa de diminuição de pena (art. 33, § 4º)

De acordo com Nucci, esta norma visa reduzir a pena do "traficante de primeira viagem" (NUCCI, 2014, p. 348-352). À vista disso, quando o agente for primário (não ter cometido delito algum, pelo período depurador da pena, após ter sido

definitivamente condenado anteriormente), tiver bons antecedentes (inexistência de condenação definitiva anterior) e não se dedicar à atividades criminosas, nem integrar organizações criminosas pode ter sua pena reduzida. Não há definição precisa do significado de atividade criminosa, então, sendo o investigado reincidente, conclui-se sua dedicação à atividades criminosas, fato este que afasta a aplicação do redutor em questão.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRESUNÇÃO HOMINIS. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS. APTIDÃO PARA LASTREAR DECRETO CONDENATÓRIO. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REAPRECIAÇÃO DE PROVAS. DESCABIMENTO NA VIA **QUANTIDADE** DROGA APREENDIDA. ELEITA. **ELEVADA** DE CIRCUNSTÂNCIA APTA A AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, ANTE A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como "a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162). Precedente (HC 96062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-02 PP-00336). 2. O julgador pode, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta. 3. A criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva. 4. A reapreciação do acervo probatório é vedada na via estreita do habeas corpus, conforme a remansosa jurisprudência desta Corte Suprema. Precedentes (HC 106393, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15/02/2011; RHC 98731, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010; HC 72979, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 23/02/1996; HC 93369, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/09/2009). 5. In casu: (i) consta dos autos que os pacientes transportaram, para determinado comprador, quantidade de maconha suficiente para a confecção de 2 (dois) mil cigarros, a mando de comparsa em cuja casa os agentes policiais encontraram 3,100g (três gramas e um decigrama) de cocaína; (ii) o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista que as condições em que praticado o crime revelaram que os ora pacientes têm experiência no ramo do tráfico de drogas e que agiam com habitualidade em conluio com terceiros, tendo sido "surpreendidos no auge do esquema de narcotráfico", resultando para ambos condenação a 5 (cinco) anos de reclusão, como incursos no art. 33, caput, da Lei de Drogas; (iii) apesar da robusta fundamentação, sustenta o impetrante que não houve adequada motivação do arredamento da aludida minorante, pois entende que teria sido considerada apenas a quantidade da droga. **6. O Tribunal de origem procedeu a atividade intelectiva irrepreensível, porquanto a apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas, sendo certo que, além disso, outras circunstâncias motivaram o afastamento da minorante.** 7. Ordem denegada. (Grifo nosso) (STF, HC 103118 – SP, 1.ª T., rel. Luiz Fux, 20.03.2012, v.u.)

No julgamento do Habeas Corpus citado, o STF reconheceu o raciocínio do Tribunal de Justiça no sentido de relacionar a quantidade de drogas apreendidas com a dedicação do agente a atividades criminosas, o que impede a aplicação do redutor. E também:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO AO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO OCORRÊNCIÁ. NATUREZA E QUANTIDADE DO CARACTERIZAÇÃO ENTORPECENTE. NÃO DO **PEQUENO** TRAFICANTE. AFASTAMENTO DA MINORANTE. POSSIBILIDADE. 2. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A apreensão de grande quantidade de entorpecente é indicativo de que o acusado não é pequeno traficante – aquele cuja norma trazida no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas visa beneficiar. Em verdade, a expressiva quantidade de droga - 888,400g (oitocentos e oitenta e oito gramas e quatrocentos miligramas) de maconha - denota a provável vinculação do recorrente a alguma organização criminosa, conforme referido pela Corte local, o que por certo inviabiliza a incidência da minorante. 2. Diante do não acolhimento do pleito de restabelecimento da redutora, fica a pena mantida em 5 (cinco) anos de reclusão, patamar que inviabiliza a discussão acerca da possibilidade de substituição da pena por restritiva de direitos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Grifo nosso) (STJ, AgRg no AREsp 419.229/SP, 5^a T., rel. Marco Aurélio Bellizze, 17.12.2013, v.u.)

De igual modo, o Colendo Superior Tribunal de Justiça entende que a quantidade de drogas está aliada ao desenvolvimento de organização criminosa.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (953 PEDRAS DE CRACK e 101 TABLETES DE MACONHA). REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. ORDEM DENEGADA. 1. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "[a] conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas."

(STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.). 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram que a grande quantidade de substâncias apreendidas - 953 pedras de crack e 101 tabletes de maconha - evidencia o grau de envolvimento do ora Paciente com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional. (...)" (Grifo nosso). (STJ, 5ª Turma, HC 202527/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28.06.2011, DJe 01.08.2011).

E também:

(...)1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o condenado por tráfico de drogas, apreendido com grande quantidade de substância entorpecente, manifesta dedicação à atividade criminosa. (STJ, 5ª Turma, HC 193514/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, j. 05.05.11, DJe 02.06.11).

Novamente, em ambas as decisões, o STJ se posiciona a respeito da quantidade de drogas apreendidas, de modo que ela exemplifica situações das quais se pode aduzir a dedicação do agente a atividades criminosas.

Com relação à reincidência, não há *bis in idem*, pelo momento em que ela é utilizada. Na dosimetria da pena, verifica-se sua manipulação como circunstância agravante (artigo 61, inciso I, do Código Penal), o que serve para aumentar a pena. Em contrapartida, para fim de aplicação da tratada causa de diminuição de pena, observa-se novamente a reincidência, porém na terceira fase, para impedir algum benefício, seja qual for.

A incidência da causa de diminuição não afasta a hediondez da infração penal, mesmo com o abrandamento da pena. Por fim, deve o magistrado amoldar-se aos elementos do artigo 59 do Código Penal para fixar a pena, quais sejam, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente, no entanto, se constatar algum fator no delito praticado por esse traficante anotado no redutor, deve operá-lo. O contrário também se dá se perceber fato desabonador, ainda que seja o traficante primário, ostente bons antecedentes, não esteja ligado ao crime organizado, justificando a não aplicação.

3 COMPARATIVO ENTRE A LEI 6.368/76 E A LEI 11.343/06

Nosso ordenamento jurídico está sujeito a constantes e significativas mudanças, as quais são diretamente influenciadas a necessidade de adequação legislativa ao

atual contexto político-social. Diante disto, a legislação antidrogas sofreu inúmeras modificações no que diz respeito às atividades voltadas à prevenção ao uso de drogas, às quantidades de penas impostas aos delitos nela tipificados, ao tratamento dado ao agente em determinadas circunstâncias, considerando alguns critérios objetivos nesta lei elencados.

Com essa constatação, dois dispositivos, quer da Lei nº 6.368/76, quer da Lei nº 11.343/06 merecem destaque: o artigo 28, que trata da posse de drogas para consumo próprio, e artigo 33, que cuida do crime de tráfico de drogas e condutas afins.

3.1 Adoção de nova terminologia

A primeira diferença a ser apontada diz respeito à terminologia adotada pelo texto legal.

A Lei nº 6.368/76 trazia a terminologia substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, restringindo muito o rol de substâncias que poderiam ser classificadas como entorpecentes ou causadoras de dependência física ou psíquica.

Com o advento da nova Lei de Drogas, se assim pudermos classificar a Lei nº 11.343/06, houve o emprego da nomenclatura *drogas* para denominar "todas as substâncias ou produtos com potencial de causar dependência, com a condição de que estejam relacionadas em dispositivo legal competente" (ANDREUCCI, 2010, p. 191).

A nova Lei, para ocupar o lugar da velha (e inadequada) locução substância entorpecente, preferiu a expressão droga, assim definida como toda substância relacionada na Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998 (GOMES, et al, 2006).

No mesmo sentido e conforme se extrai do trecho acima mencionado, Rogério Sanches Cunha, em sua obra coletiva, com Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini e William Terra de Oliveira (BIANCHINI, CUNHA, GOMES, OLIVEIRA, 2006, p. 147)

se refere à inadequação do termo utilizado pela lei anterior, o qual foi inovado com a vigência da nova lei antidrogas.

Além disso, esta modificação assemelhou-se ao termo adotado pela Organização Mundial da Saúde – OMS – e ao utilizado na Convenção Única sobre Entorpecentes, da ONU, em 1961, bem como na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de Viena, em 1988.

A partir deste momento, surgiram questionamentos acerca de quais seriam essas drogas, ou seja, havia um preceito incompleto que deveria ser complementado por outra norma. Por isso, coube ao Ministério da Saúde, através da Portaria do Serviço de Vigilância Sanitária nº 344, de 12 de maio de 1998, relacionar as substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial que, se manipulados sem a devida autorização especial concedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, constituirão fato criminoso (artigo 2º da Portaria nº 344/98). Eventuais substâncias entorpecentes não relacionadas neste ato normativo, em respeito ao princípio da legalidade, não constituirão crime de tráfico de drogas ou posse para consumo próprio.

3.2 Posse de drogas para consumo próprio

LEI Nº 6.368/76	LEI Nº 11.343/06		
Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer	Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito,		
consigo, para uso próprio, substância	transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal,		
entorpecente ou que determine	drogas sem autorização ou em desacordo com		
dependência física ou psíquica, sem	determinação legal ou regulamentar será submetido às		
autorização ou em desacordo com	seguintes penas:		
determinação legal ou regulamentar:	I – advertência sobre os efeitos das drogas;		
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2	II – prestação de serviços à comunidade;		
(dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a	III – medida educativa de comparecimento a programa		
50 (cinquenta) dias-multa.	ou curso educativo.		

A Lei anterior previa pena privativa de liberdade àquele que cometesse o núcleo do tipo previsto. Embora a nova Lei de Drogas tenha substituído a pena anterior por outras de advertência e restritivas de direito, não nos cabe afirmar que houve a descriminalização da conduta, mas sim, apenas um abrandamento da forma de punição. O legislador se atentou à figura do usuário, inserindo medidas que o obrigue a realizar tratamentos e a comparecer a programas educativos, o que não acontecia na lei anterior.

Por ser de competência dos Juizados Especiais Criminais, é importante mencionar que, em ambas as leis, é possível a aplicação do instituto da transação penal (artigo 76 da Lei nº 9.099/95), que consiste em advertir o usuário sobre os efeitos da droga, desde que atendidos os requisitos previstos no dispositivo legal.

No caso de descumprimento da transação, poderá o juiz adverti-lo verbalmente no caso de recusa injustificada ao cumprimento das medidas educativas impostas ou aplicar-lhe pagamento de multa, sanção pecuniária que precede a admoestação verbal, se o agente insistir na recusa ao cumprimento das medidas educativas, todavia não haverá denúncia. Pela lei anterior, em descumprindo a transação, o Ministério Público podia oferecer denúncia.

3.3 Semeadura, cultivo ou colheita de plantas, para consumo pessoal, destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica

Na antiga Lei de Drogas, aquele que semeasse, cultivasse ou colhesse plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determinasse dependência física ou psíquica incorria nas mesmas penas do tráfico de drogas. Porém, existiam entendimentos diversos da conduta prevista na legislação.

Seria severidade desproporcional condenar-se nas penas do art. 12 da Lei n. 6.368/76 o agente que cultivasse ou reproduzisse quantidade reduzida de droga, suficiente apenas para seu uso próprio (TJSP – RT, 573/363, apud. ANDREUCCI, 2010, p. 212).

Observa-se que a jurisprudência entendia que, diante da comprovação de que a plantação se destinava a uso próprio, a figura delitiva era a de posse para uso próprio e não mais de tráfico de drogas.

Na nova lei, definiram-se critérios legais a serem levados em conta pelo juiz para caracterização do consumo pessoal, quais seja, a natureza, quantidade da substância, local, condições da ação do agente, circunstâncias pessoais e sociais, além de sua conduta e antecedentes, conforme o disposto a seguir: "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" (art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06).

3.4 Tráfico de drogas

LEI Nº 6.368/76

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 consumo substância forma, а entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo determinação com legal ou regulamentar;

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

LEI Nº 11.343/06

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.

O caput do artigo 33 da Lei 11.343/06, que corresponde ao antigo artigo 12 da Lei anterior também sofreu mudanças. Diante do quadro acima exposto, nota-se que os dezoito verbos trazidos pela Lei anterior foram mantidos, no entanto, as quantidades de pena mínima cominada e dias-multa a serem pagos sofreram considerável majoração, levando em consideração a gravidade do delito, já que a conduta representa grande perigo à saúde pública, à coletividade.

3.4.1 Instigação, induzimento ou auxílio ao uso

Segundo o artigo 12, § 2º da Lei anterior:

(...) Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência fisica ou psíquica.

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Exigia-se que o sujeito passivo do delito tivesse consumido efetivamente a droga, o que é demonstrado na expressão "induzir, instigar ou auxiliar a usar". Já no novo dispositivo legal, no artigo 33, § 2º:

Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. Apenas o auxílio moral ou material já consuma o delito. Não é necessário que o agente tenha efetivamente consumido drogas ("induzir, instigar ou auxiliar alguém *ao uso*").

Além disso, a pena também foi alterada. Antes, tínhamos a pena de 3 (três) a 15 (quinze) anos cominada pelo legislador. Atualmente, o *quantum* estabelecido é de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão.

3.4.2 Tráfico privilegiado

O artigo 33, § 3º, traz uma conduta até então não descrita na lei anterior, consistente no oferecimento de drogas para o consumo conjunto:

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.

Por conta da ausência deste tipo na legislação anterior, o fornecimento, ainda que gratuito, caracterizava o crime de tráfico de entorpecentes, exigindo do agente a intenção de obter usuários para o traficante.

Logo, parcela da doutrina passou a considerar o comportamento como fato atípico, por não estar previsto na legislação, enquanto outra parte o considerava como tráfico, pela lei não fazer distinções e ainda uma terceira parcela sustentava a tipificação do comportamento no artigo 16 da Lei anterior, em analogia *in bonam partem*:

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.

Com a nova lei, os posicionamentos foram pacificados com a criação de um tipo autônomo que exige que os sujeitos ativo e passivo consumam juntos as drogas, sem a intenção de angariar clientes para os traficantes e que não haja objetivo de lucro. Acrescenta ainda o dispositivo legal que, além da pena de 6 (seis) meses a 1 (um ano) cominada a este delito, o agente ainda poderá ser punido pela prática do crime de posse de drogas para consumo próprio, em concurso material de delitos.

3.4.3 Causa de diminuição de pena

O artigo 33, § 4º traz um redutor que na lei anterior não era previsto ao "traficante de primeira viagem":

Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No mesmo sentindo, conforme se extrai do julgado a seguir, alguns aspectos, quais sejam, a quantidade de entorpecente apreendido, unidos aos elementos necessários trazidos pela lei para que o acusado possa ter em seu benefício a aplicação da causa de diminuição, demonstram o momento de sua utilização no caso concreto:

E M E N T A-APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL - TRÁFICO DE DROGAS - NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU SE DEDIQUE À ATIVIDADE CRIMINOSA - CAUSA DE DIMINUIÇÃO MANTIDA - QUANTUM DA PENA E PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE - CABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA POR RESTRITIVA DE DIREITOS - NÃO PROVIDO. Com o apelado foram apreendidos 1,7 gramas de cocaína e 24,6 gramas de maconha, todavia a apreensão não foi precedida de investigação policial e inexistem dados no inquérito acerca do período de tempo que o réu estaria a praticar a traficância. Apesar de o apelado dizer na fase inquisitiva que fazia dois meses que vendia drogas,

em juízo retificou a versão, alegando que o entorpecente era para consumo, assim não há como precisar uma certa estabilidade e que seu sustento provinha do tráfico, características exigíveis para conclusão acerca da devotação do réu ao serviço criminoso. **Noutro norte, somado a tais fatores, a primariedade faz concluir que o réu seja traficante de "primeira viagem".** Minorante mantida. A pena definitiva do réu ficou em 01 ano e 08 meses de reclusão e 333 dias-multa e a quantidade de droga é pequena, logo, deve ser observado o disposto no art. 44, I, do Código Penal, motivo pelo qual é perfeitamente cabível a substituição nos moldes estabelecidos pelo julgador monocrático. (Grifo nosso) (TJ-MS - APL: 00007091620118120042 MS 0000709-16.2011.8.12.0042, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 20/11/2014, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/11/2014).

Vale dizer, aquele sujeito que desfruta da primariedade, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas, bem como não se dedica a organização criminosa, revelando-se ilegal a sua não aplicação àquele que preenche os requisitos trazidos em seu texto.

A diminuição proporcionada por este dispositivo aplica-se nos casos em que se comprova também desenvolver o agente a conduta criminosa ocasionalmente.

Apelação Tráfico ilícito de entorpecentes Recurso defensivo Absolvição pretendida Inadmissibilidade Firmes e coesos depoimentos prestados pelos policiais civis responsáveis pela prisão em flagrante do agente Réu confesso no monto da abordagem Apreensão de 84,57 g. de maconha, 49,81 g. de cocaína, 12,08 g. de crack e R\$ 71,00 em dinheiro Condenação de rigor. Dosimetria Pena fixada acima do mínimo legal em razão da necessidade de maior censura da conduta e agravamento da reprimenda que necessitam os acusados que traficam excessiva quantidade de drogas distinguindo-os dos pequenos traficantes -Inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, pois c/c. artigo 42 do mesmo diploma legal, a elevada quantidade, diversidade e potencialidade lesiva das substâncias apreendidas denotam que a personalidade do agente é voltada para a prática delituosa, demonstrando não se tratar de 'marinheiro de primeira viagem' - Mantido o regime fechado Recurso improvido. (Grifo (TJ-SP APL: 00008103020128260268 SP 30.2012.8.26.0268, Relator: Salles Abreu, Data de Julgamento: 05/02/2013, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 05/02/2013)

Entretanto, seguindo o mesmo raciocínio demonstrado no acórdão acima proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, é interessante delinear que nem sempre o sujeito que traz poucas porções de droga trata-se de mero usuário de entorpecentes, tendo em vista que, ainda que sejam poucas porções, a pequena

quantidade, aliada à variedade de drogas trazidas pelo agente, as circunstâncias do delito (como a prática do tráfico em locais conhecidos como ponto de comércio de drogas), as inúmeras informações recebidas por policiais militares, a confissão informal, tanto do sujeito que é indiciado, quanto dos demais que com ele participam da prática delitiva demonstram a ocorrência do crime previsto no *caput* deste artigo.

3.4.3.1 Aplicação da minorante aos crimes cometidos à luz da Lei nº 6.368/76

Sob a vigência da Lei nº 6.368/76, a pena prevista ao delito de tráfico de drogas, descrito no artigo 12, era de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa. Com o aumento proporcionado pelo novo diploma legal, o legislador inseriu uma causa de diminuição de pena com o intuito de evitar que injustiças viessem a ocorrer em relação ao agente que não traficasse habitualmente.

Entretanto, com a modificação legislativa, eis que surge a dúvida: seria possível aplicar esta minorante aos condenados pelo delito de tráfico, durante a vigência da lei anterior, principalmente se aplicada a pena mínima de 3 anos?

Por estar intimamente ligado à nova quantidade de pena mínima fixada (cinco anos), o limite máximo de diminuição estabelecido na lei (dois terços) pode reduzir a pena a 1 (um) ano e 8 (oito) meses, máximo este que aplicado também aos sentenciados durante a vigência da lei anterior, implicaria dizer que o Poder Judiciário estaria legislando ao criar um terceiro dispositivo através da combinação de leis diversas. Isso representaria uma afronta ao princípio constitucional da tripartição dos poderes.

Em observância ao princípio da retroatividade, com a incidência do redutor aos condenados à prática do antigo delito de tráfico, a pena definitiva chegaria a 1 (um) ano, possibilitando, inclusive, a suspensão do processo. Porém, jamais a pena definitiva poderia ser fixada abaixo de 1 (um) ano e 8 (oito) meses.

Para a jurisprudência, em função desse liame entre o benefício trazido pela nova legislação e a quantidade de pena estabelecida em seu texto legal, fica prejudicada a combinação entre a causa de diminuição e o anterior crime de tráfico de drogas, observando-se se ao réu é mais benéfica a aplicação das antigas penas, com o

quantum mais baixo, ou a aplicação da pena em vigor, com quantum mais elevado, mas com a incidência da causa de diminuição.

Com o propósito de dirimir referida discussão, foi editada a Súmula 501 pelo STJ:

É cabível a aplicação retroativa da Lei nº 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei nº 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis.

Desta maneira, a Súmula impediu a aplicação da causa de diminuição aliada à pena trazida na lei anterior, no que tange aos crimes praticados sob a vigência do antigo diploma legal, pois não se admite que o juiz crie uma nova lei, atuando como legislador.

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA PENAL. QUANTIDADE ENTORPECENTES. LEGITIMIDADE PARA ELEVAÇÃO DA PENA BASE. APLICAÇÃO PARCIAL DE LEI POSTERIOR, NA PARTE EM QUE BENEFICIA O RÉU. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. É legítimo o aumento da pena base com fundamento na elevada quantidade de entorpecente encontrada em poder da paciente. 2. Não é permitida, nem mesmo para beneficiar o réu, a combinação de dispositivos de leis diversas, criando uma terceira norma não estabelecida pelo legislador, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da anterioridade da lei penal (art. 1º do Código Penal) e da separação de poderes. 3. Ordem denegada. (STF -HC: 96844 MS, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 04/12/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-01 PP-00125)

Assim como o STJ, o STF, no sentido de que a lei não pode retroagir em prejuízo do réu, entendeu que a lei pode retroagir para beneficiar o réu, no entanto, por ausência de expressa menção, determinadas partes de leis diversas não podem ser aplicadas separadamente para favorecê-lo.

4 APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO PONTO DE VISTA SOCIAL, PARA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE SOB O ASPECTO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Ao contrário dos demais crimes, o tráfico de drogas, embora seja fortemente combatido por nossas estruturas públicas, pela Polícia e demais órgãos relacionados à repressão delitiva, devido à rentabilidade imediata que sua prática proporciona, infelizmente se mostra muito comum e constante na sociedade, seja em maior ou menor escala, na proporção de cada local onde ocorre.

Conforme a atividade criminosa se desenvolve, o que se observa é um processo intenso de reestruturação e organização que não cessa e fomenta a prática de outros crimes, agravando ainda mais a violência e gerando instabilidade e temor social.

A fim de analisar a criminalidade no que diz respeito ao tráfico de drogas, é preciso realizar uma breve reflexão acerca de alguns dados pontuais referentes ao delito.

O município de Assis-SP corresponde ao Departamento de Polícia Judiciária de São Paulo Interior 4 – Bauru (DEINTER 4), estrutura da Polícia Civil cuja atribuição é promover a execução, na respectiva área de atuação, das atividades de polícia judiciária, administrativa e preventiva especializada. Desta forma, as estatísticas demonstram diferenças significativas em se tratando das ocorrências de tráfico registradas antes e depois do advento da Lei nº 11.343/06 nesta região:

OCORRÊNCIAS POLICIAIS REGISTRADAS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES					
DEINTER 4 BAURU	1º TRIMESTRE	2º TRIMESTRE	3º TRIMESTRE	4º TRIMESTRE	
2005	206	257	252	210	
2007	365	319	339	356	
2014	691	685	891	733	

Fonte: Secretaria de Segurança Pública – SP.

De acordo com o quadro exposto, percebe-se que no ano de 2005, ainda sob a vigência da Lei nº 6.368/76, a qual não previa a causa de diminuição, o número de ocorrências registradas é menor se comparado ao ano de 2007, considerando a vigência na nova Lei Antidrogas. Após este período, o que se teve foi um aumento gradual da prática do crime. Isso demonstra que, desde 2006, não obstante as intensas atividades policiais, o tráfico de drogas não diminuiu, mas sim, continuou a se desenvolver incessantemente.

É importante salientar que o aumento dos registros policiais versando sobre tráfico de drogas não está único e exclusivamente ligado à aplicação ou não da referida causa de diminuição, mas, ao longo dos anos, a sociedade cresce em ritmo acelerado, aumentando, assim, o contingente populacional. Logo, à medida que a sociedade cresce e a criminalidade aumenta, não só a prática do tráfico aumenta, mas os demais delitos também pontuam acréscimos em seus índices. Embora seja óbvio raciocinar desta forma, é interessante frisar que o aumento ou a redução da violência não está ligado apenas aos efeitos que determinada lei gera, mas existem muitos outros fatores que nos influenciam diretamente.

Seguindo a linha de raciocínio de que a simples existência de uma lei, de um artigo ou mesmo de uma causa de diminuição não é fator determinante da modificação do aspecto social sob a ótica delitiva, os requisitos para aplicação do referido redutor, segundo o doutrinador Renato Brasileiro (BRASILEIRO, 2014, p. 742-745), devem ser preenchidos cumulativamente, ou seja, os quatro elementos descritos na lei devem estar presentes em conjunto no caso concreto, a saber:

- a) primariedade: a contrario sensu, afirma-se que o agente é primário quando ele, embora tenha praticado um crime, não tenha contra si nenhuma condenação transitada em julgado. Não se pode esquecer de que, após o término do período depurador da pena, ou seja, passados cinco anos do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, este agente deve ser tratado como se primário fosse;
- **b) bons antecedentes:** no mesmo sentido, detentor de bons antecedentes é aquele que não possui maus antecedentes. Segundo a súmula nº 444 do STJ:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Isso significa que, em respeito ao princípio constitucional da presunção da inocência, processos criminais e inquéritos policiais que estejam em curso não podem ser considerados como maus antecedentes, a não ser que haja uma sentença condenatória transitada em julgado. Após o período depurador, este aspecto não será mais considerado como reincidência, mas apenas como maus antecedentes;

- c) não dedicação a atividades criminosas: este requisito exige que o agente, para ser beneficiado com a aplicação do redutor, somado aos demais requisitos, não possua personalidade voltada ao crime, ou seja, que desenvolva algum tipo de atividade laborativa lícita com habitualidade. O agente deixa de fazer jus a este benefício se for evidente sua participação em associações voltadas ao tráfico ou mesmo em associações criminosas diversas. Deste modo, a quantidade e a variedade de drogas são indicativos de que o acusado se dedica a atividades criminosas, pois é comum que o pequeno traficante desenvolva a atividade ilícita com pequenas quantidades, cabendo ao magistrado basear-se em elementos concretos que demonstrem essa situação;
- d) não integração de organização criminosa: a organização criminosa consiste na união de quatro ou mais pessoas, mediante divisão de tarefas, com o intuito de obter vantagens com a prática de infrações penais. O acusado flagrado neste contexto de organização criminosa não poderá ter a incidência do redutor. Contudo, no tocante às pessoas recrutadas para transportar os entorpecentes, conhecidas como "mulas", embora existam posicionamentos no sentido de que, se a atividade desenvolvida por elas for ocasional e estiverem ausentes vínculos de estabilidade e permanência, é cabível a aplicação da causa de diminuição, o entendimento majoritário não admite a incidência do redutor nesta situação.

Assim, ausentes qualquer dos requisitos elencados, o réu não fará jus ao benefício previsto na Lei Antidrogas.

4.1. Estudo de casos

A fim de demonstrarmos a causa de diminuição operando em situações reais, passaremos a análise de uma sentença que, muito embora tenha julgado

parcialmente procedente a ação penal, ilustrou o cabimento da causa de diminuição ao caso concreto, proferida pelo juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Assis-SP.

Processo nº 0003587-45.2007.8.26.0047: consta da ação penal que os réus, A.P.C. e A.S.S., foram denunciados como incursos nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque no dia 06 de dezembro de 2006, por volta das 17h30min, na Rua Vicente Mercadante, 19, na cidade e Comarca de Assis, estariam guardando, para consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, seis porções de haxixe, pesando aproximadamente 3,3 g (três gramas e trezentos miligramas).

Aos acusados foi garantida a ampla defesa e o contraditório, tendo eles apresentado defesas prévias e, após o recebimento da denúncia, iniciou-se a instrução probatória, oportunidade em que foram ouvidas duas testemunhas de acusação, uma testemunha de defesa e foram interrogados os réus.

A materialidade delitiva ficou perfeitamente demonstrada através do auto de exibição e apreensão e do laudo toxicológico, o qual comprova que a substância trazida pelos denunciados era, de fato, entorpecente. A autoria também é certa e recai sobre os acusados.

Ouvidas as testemunhas de acusação, ambos investigadores de polícia, estes afirmaram que receberam informações de que o acusado A.S.S. realizava o tráfico de drogas no local dos fatos e que, ao se dirigem ao local munidos de mandado de busca e apreensão, encontraram apenas a ré A.P.C. no local. Nesta ocasião, foram apreendidas as seis porções de haxixe no interior do imóvel, uma balança de precisão e a importância aproximada de R\$ 400,00. A denunciada A.P.C. assumiu a propriedade dos entorpecentes, afirmando que se destinavam a uso próprio.

A testemunha de defesa nada acrescentou sofre os fatos, dizendo apenas que A.P.C. apresentava boa conduta.

Interrogada, a acusada A.P.C. manteve a versão de que possuía os entorpecentes para consumo próprio, assim como o dinheiro encontrado lhe foi dado por sua mãe e a balança encontrada pertencia ao outro morador da república. Já o réu A.S.S. negou os fatos e disse que a droga pertencia a A.P.C. Esclareceu que não era usuário de drogas e que já havia sido processado por tráfico.

Em seguida, a condenação de A.P.C. e A.S.S. ganhou sustentação, sendo fundamentada, pelo magistrado, com base nos relatos dos investigadores. Outro aspecto significante foi a natureza e a quantidade de drogas, o acondicionamento delas e a sua divisão em porções individuais, demonstrando a intenção da mercancia, a quantia expressiva em dinheiro e a balança de precisão apreendidas, cuja origem lícita não foi apontada, bem como as informações recebidas pelos policiais, que culminaram no cumprimento do mandado de busca e apreensão, tudo isto a indicar que a droga não se dedicava a consumo de terceiros ou uso próprio.

Assim, na dosimetria da pena, na primeira fase, a pena base em relação a ré A.P.C. não sofreu qualquer aumento, pois as circunstâncias não eram desfavoráveis a ela, enquanto que, em relação a A.S.S. a pena base foi majorada em ¼, pois este ostenta maus antecedentes. Na segunda fase, não houveram alterações relacionadas a ambos os denunciados. Na terceira fase, em se tratando da acusada A.P.C., o magistrado aplicou a causa de diminuição de pena no máximo, em razão da quantidade de drogas, já que se tratava de parâmetro para a incidência da minorante. Em contrapartida, o réu A.S.S. não teve a benesse aplicada a ele, haja vista seus maus antecedentes.

Deste modo, a ação penal foi julgada procedente para condenar A.P.C. no cumprimento de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 166 dias-multa, sendo 1/30 do salário mínimo o valor de cada dia, e A.S.S. no cumprimento de 03 anos e 03 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 625 dias-multa, sendo 1/30 do salário mínimo o valor de cada dia.

A partir desta sentença, podemos vislumbrar de modo claro a aplicação do redutor ao caso concreto. Embora a quantidade de drogas apreendidas seja pequena e o contexto em que os réus estavam inseridos seja o mesmo, as circunstâncias em que o delito foi praticado são fundamentais para a aplicação das previsões trazidas pela lei.

A ré A.P.C. teve sua pena reduzida em 2/3 na terceira fase da dosimetria, considerando a ausência de elementos que a desautorizassem a fazer jus ao benefício. De outro lado, o réu A.S.S. possui anotações em seus antecedentes criminais que, embora não culminem na reincidência, indicam maus antecedentes, aspecto este que desautoriza a aplicação do benefício.

Processo nº 0009382-85.2014.8.26.0047: consta da ação penal que a ré, I.E.S., foi denunciada como incursa nas sanções do artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso VI (prática envolvendo criança ou adolescente), todos da Lei 11.343/06, e do artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, porque no dia 28 de setembro de 2014, por volta das 22h40min, na residência situada na Travessa Vitor Belo, 44, Jardim Alvorada, na cidade e Comarca de Assis, teria se associado ao seu filho, C.E.M., para o fim de praticar o tráfico de drogas e trazia consigo, para fins de comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 11 (onze) porções de crack, com peso total de 5,05 g (cinco gramas e cinquenta miligramas) e ainda, nas mesmas circunstâncias acima descritas, porque teria facilitado a corrupção de C.E.M., menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal.

À acusada foi garantida a ampla defesa e o contraditório, tendo ela apresentado defesa prévia e, após o recebimento da denúncia, iniciou-se a instrução probatória, oportunidade em que foram ouvidas testemunhas, um informante (este como prova emprestada) e foi interrogada a ré.

A materialidade delitiva ficou perfeitamente demonstrada através do auto de exibição e apreensão e dos laudos toxicológicos, os quais comprovam que as substâncias trazidas pela denunciada eram, de fato, entorpecentes. A autoria também é certa e recai sobre a acusada.

Ouvidas as testemunhas, ambos policiais militares, estes afirmaram que receberam informações de que duas pessoas realizavam o tráfico de drogas no local dos fatos e que, ao se dirigem ao local, visualizaram o adolescente defronte ao imóvel indicado, momento em que ele tentou evadir-se, sendo, no entanto, abordado. Com ele foram encontradas porções de cocaína e de maconha. Ato contínuo, os policiais militares avistaram a acusada, no quintal da residência, na ocasião em que ela dispensou um invólucro contendo crack e tentou adentrar a residência. Além do entorpecente, foi encontrada em poder da ré, a quantia de R\$ 178,00 (cento e setenta e oito reais). Informalmente, I.E.S. confessou a prática do delito.

Por outro lado, em declarações prestadas no processo de apuração de ato infracional, o adolescente assumiu a responsabilidade pela prática do delito, em uma

tentativa de isentar sua mãe da acusação, e ainda reforçou que a mesma dormia no momento da chegada dos policiais.

Interrogada, a denunciada negou os fatos e reforçou a versão apresentada pelo adolescente.

Em seguida, a condenação de I.E.S. ganhou sustentação, sendo fundamentada, pelo magistrado, com base nos relatos dos policiais, que receberam notícias de que a acusada praticava o tráfico de drogas. Outro aspecto significante foi a natureza, a quantidade e variedade de drogas (maconha, crack e cocaína), o acondicionamento delas e a sua divisão em porções individuais, demonstrando a intenção da mercancia, a quantia expressiva em dinheiro apreendida em poder da ré, cuja origem lícita não foi apontada, tudo isto a indicar que a droga não se dedicava a consumo de terceiros ou uso próprio.

Quanto ao delito de associação ao tráfico, o magistrado entendeu que não existiam elementos seguros que indicassem a vinculação entre a denunciada e o adolescente de maneira estável e permanente para a prática criminosa. No tocante ao delito de corrupção de menores, em razão da presença da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei Antidrogas, para que não se configurasse *bis in idem*", esta pretensão não pôde ser acolhida.

Assim, na dosimetria da pena, na primeira fase, a pena base não sofreu qualquer aumento, pois as circunstâncias não eram desfavoráveis à ré. Na segunda fase, verificou-se no apenso de antecedentes criminais que a acusada era reincidente, motivo que levou a pena a ser majorada em 1/6. Não haviam atenuantes no presente caso. Na terceira fase, a causa de aumento prevista na Lei Antidrogas fez com que a pena fosse aumentada em 1/6 pelo envolvimento de adolescente no cometimento do delito. A causa de diminuição de pena não foi aplicada, tendo em vista que a acusada é reincidente.

Deste modo, a ação penal foi julgada parcialmente procedente para condenar I.E.S. como incursa nas santos do artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06, no cumprimento de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 680 dias-multa, sendo 1/30 do salário mínimo o valor de cada dia.

Neste caso, diferentemente da situação anterior, a ré é reincidente, conforme demonstrou sua folha de antecedentes, e, além disso, as circunstâncias em que o

delito foi praticado contribuíram para que sua pena fosse aumentada durante a dosimetria da pena, quais sejam, o envolvimento de um adolescente no cometimento do delito e até mesmo a quantidade e variedade de drogas, tudo a demonstrar que as porções destinavam-se efetivamente à mercancia ilícita e não a consumo próprio, como é comumente alegado.

4.2 Entrevista

Em entrevista realizada com o Doutor Thiago Baldani Gomes De Filippo, Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Assis-SP, indagado sobre a eficácia da Lei nº 6.368/76 e da atual Lei Antidrogas no combate ao tráfico de drogas, considerando o perfil social em que ambas estão inseridas, ele afirmou que, segundo dados do Ministério da Justiça, houve um aumento de mais de 300% no número de presos por tráfico de drogas no País.

Por outro lado, não há indicativos que demonstrem que a intensa atividade policial impôs temor nos traficantes, até porque normalmente os indivíduos presos pelo cometimento do delito não possuem poder de mando, implicando em sua substituição na prática criminosa, incluindo os próprios usuários de drogas.

Questionado acerca do rigor do artigo 12 da antiga Lei de Drogas, comparado à benesse trazida pelo artigo 33, § 4º, da legislação antidrogas vigente, por ele foi dito que, embora o novo texto legislativo traga uma sanção maior, o redutor trouxe uma situação muito mais benéfica ao acusado, podendo até mesmo reduzir a pena a 1 ano e 8 meses de reclusão. Consequentemente, o regime inicial de cumprimento da pena será o aberto, o condenado será posto em liberdade se preso provisoriamente e a pena poderá, ainda, ser convertida em duas penas restritivas de direito ou uma restritiva de direitos e multa (artigo 44, § 2º, do Código Penal).

Ao ser aplicada a causa de diminuição em seu patamar máximo, qual seja, 2/3, não há grandes diferenças entre o tráfico privilegiado e crimes de menor potencial ofensivo, pois a pena aplicada a estes pode ser maior do que a aplicada àqueles e, segundo o STF, a imposição de regime aberto a um condenado por tráfico é cabível. Assim, a nova lei, aliada à jurisprudência do STF representou um benefício ao réu.

Em se tratando de seu posicionamento sobre a aplicação da causa de diminuição ao caso concreto, afirmou, em consonância com o espírito constitucional, que a razoabilidade deve, sobretudo, preponderar em cada situação, seja a fim de proibir excessos, seja vedando a proteção insuficiente.

Por fim, considerando a captura de criminosos pertencentes a grandes organizações criminosas de nossa região que obtém um ganho econômico significativo com a prática do tráfico e fomentam o cometimento de outros delitos de igual ou até mesmo de superior gravidade, disse ser inadequada a aplicação do redutor, tendo em vista a clareza com que a lei estabelece os requisitos para que o acusado possa fazer jus à causa de diminuição, mesmo sendo primário, portador de bons antecedentes e que, até o momento, sua dedicação a atividades criminosas ou sua participação em outras organizações criminosas fosse desconhecida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta pesquisa, nosso principal objetivo foi analisar a eficácia da causa de diminuição prevista da nova Lei de Drogas sob o aspecto da redução da criminalidade, em especial acerca do delito de tráfico de drogas.

No primeiro capítulo, demonstramos os ensinamentos doutrinários, através de breves explicações acerca da estrutura de um dos principais delitos trazidos pela nossa legislação antidrogas: o próprio crime de tráfico de drogas.

No segundo capítulo, ressaltamos os aspectos que restaram da Lei 6.368/76, revogada pela nossa nova legislação, e as novidades trazidas pelo legislador, visando sempre aperfeiçoar nosso ordenamento jurídico e garantir a efetiva aplicação de nossas leis e princípios norteadores da disciplina penal e processual penal.

No terceiro capítulo, colocamos nossa teoria em prática, através da análise de casos concretos, tudo a ilustrar a aplicabilidade do referido redutor e a evidenciar seus efeitos, os quais influenciam enormemente cada fato criminoso. Contamos, também, com a entrevista realizada com o magistrado, oportunidade em que conhecemos um

pouco mais sobre as opiniões do profissional que diária e diretamente lida com a utilização prática de nossa teoria desenvolvida.

Desta forma, nos ficou demonstrado que, muito embora o legislador tenha realizado inúmeras modificações no texto legislativo ao longo dos tempos, incorporando à lei benesses, esclarecendo conceitos que auxiliam sua aplicação ou conferindo tratamento rigoroso às pessoas que praticam o tráfico de drogas e suas condutas afins, essas medidas se mostram insuficientes para a redução da criminalidade.

Pelo exposto, percebemos que a inserção da causa especial de diminuição trouxe dois vieses no que atine à Lei Antidrogas: o primeiro diz respeito ao *quantum* dessa redução. É fato que, quanto mais aspectos favoráveis o acusado ostentar no caso concreto, gradativamente ele se encontrará mais próximo de alcançar a aplicação do redutor em seu patamar máximo, conferindo-lhe uma pena menor e outros benefícios como consequências da aplicação das nossas leis penais e processuais penais.

Assim, a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, se mostra extremamente vantajosa ao réu, podendo, quem sabe, impedi-lo de reincidir na atividade criminosa, em virtude do rigor estabelecido pelos requisitos constantes da Lei e, de certa forma, desta oportunidade que a aplicação do benefício lhe proporcionou de se afastar definitivamente da reiteração no mundo do crime.

O segundo se consolida em princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Seguindo esta linha, a aplicação da lei busca cada vez mais se aproximar de ideais de justiça, fazendo com que, antes de se seguir o que ela prevê, o operador do Direito utilize os mecanismos legais com maior cautela. Ao mesmo tempo em que os requisitos para a aplicação do redutor exprimem objetividade, a verificação deles no caso concreto pode repercutir de maneira prejudicial, como por exemplo, reduzindo a pena aplicada a um *quantum* muito inferior ao que se espera em se tratando de um crime tão grave e complexo como o tráfico de drogas.

O tráfico de drogas nunca cessará, assim como aqueles que fazem da atividade ilícita o seu modo vida. Em grande parte dos casos, os condenados tornarão a delinquir, dando continuidade à lucratividade que o tráfico gera e instigarão o cometimento de outros crimes, além da violência, gerando grande insegurança e instabilidade social.

Portanto, para nós, a causa de diminuição de pena prevista na atual Lei de Drogas, se revela ineficaz no combate à criminalidade, em especial ao tráfico de drogas, por expressar essa permissibilidade em sua aplicação. Embora a pena prevista demonstre preocupação do legislador ao elaborar a lei e ao criar mecanismos para punir as infrações às normas, entendemos que as benesses que o redutor pode trazer geram o enfraquecimento do efeito ressocializador da pena.

Em um primeiro momento, o condenado fará jus a uma sensível redução. Posteriormente, no caso de sua reincidência, é certo que ele não poderá receber esta vantagem novamente, entretanto aqueles que estão envolvidos na prática criminosa e possuem poder de mando, de organização e administração da atividade ilícita, facilmente substituirão aqueles condenados por outros que talvez possam fazer jus ao redutor caso sejam pegos, dando continuidade à mercancia ilícita.

Uma pena tão expressiva como a prevista para o tráfico de drogas e o risco de não ser agraciado com a redução de sua condenação não impõe temor suficiente nos envolvidos com a criminalidade que possam retirá-los de uma vez por todas da esfera do crime e, com isso, reduzir a criminalidade.

6 REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
Lei de Drogas. Lei 11.343. Presidência da República. 23 de agosto de 2006.
Secretaria de Segurança Pública. Estatísticas Trimestrais. São Paulo. Disponível em < http://www.ssp.sp.gov.br/novaestatistica/Trimestrais.aspx>. Acesso em 09 de agosto de 2015.
GOMES, Luiz Flávio, CUNHA; Rogério Sanches (coord.) et al. Legislação Criminal Especial. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 6 vol.
GOMES, Luiz Flávio (coord.) et al. Nova Lei de Drogas Comentada. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 2 ed. Bahia: Juspodivm, 2014.
NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais. 8 ed. São Paulo: Forense, 2014.

7 ANEXOS

Observando o perfil social em que a antiga Lei de Drogas - Lei nº 6.368/76 - vigorava, sua aplicação combatia o tráfico de drogas de modo mais eficaz? E a lei atual?

Segundo levantamento de dados do Ministério da Justiça, o aumento do número de presos por tráfico de drogas no País saltou de 31.000, em 2006, para 138.000, neste ano. O aumento foi de 339% (http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html).

Portanto, nunca de prendeu tanto por tráfico de drogas. Todavia, não há indicativos de que esse aumento substancial tenha intimidado traficantes, provavelmente porque normalmente são presas pessoas que não possuem poder de comando de organizações criminosas e, por isso, são facilmente substituídas, inclusive, por usuários de drogas que procuram trabalhar para o traficante no transporte, guarda ou entrega de drogas.

O artigo 12 da antiga Lei de Drogas, se comparado ao artigo 33, § 4º, da legislação antidrogas vigente, revelava uma aplicação mais rigorosa ou não?

O art. 12, já revogado, previa uma pena de 3 a 15 anos. A sanção foi elevada pelo art. 33, da nova lei. Todavia, o par. 4º estabeleceu uma situação bem mais benéfica, porque, na prática, para o *traficante de primeira viagem*, haverá uma redução sensível, que pode chegar, na melhor das hipóteses para ele, a uma pena de 1 ano e 8 meses de reclusão. Em atenção à jurisprudência do STF, provavelmente, serlhe-á imposto o regime inicial aberto, se estiver preso provisoriamente deverá ser automaticamente colocado em liberdade, e a sanção penal então será convertida em duas penas restritivas de direitos, ou uma restritiva de direitos e multa, a teor do art. 44, par. 2º, do Código Penal (haja vista a Resolução n. 5/2012 do Senado Federal que, valendo-se do procedimento do art. 52, X, da CF, conferiu eficácia vinculante à decisão do STF no bojo do HC 97.256-RS, que reconheceu a inconstitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos para o crime de tráfico de drogas).

Curioso notar que o crime de tráfico privilegiado mantém sua natureza hedionda (Súmula 512 do STJ: "A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art.

33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas"), mas, concretamente, quando é aplicada a maior causa de diminuição, não há muita diferença entre ele e os crimes de menor potencial ofensivo, assim entendidos aqueles cuja pena máxima seja igual ou inferior a 2 anos, cumulada ou não com multa, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95, já que, em relação a estes, como dissemos, a pena aplicada poderá, inclusive, ser superior àquela cominada ao tráfico privilegiado. Além disso, a depender do caso, por exemplo na hipótese de reincidência, poderá ser imposto regime diverso do aberto para os apenados por crimes de menor potencial ofensivo, ao passo que, sob a ótica do STF, nada impede que seja imposto o regime aberto para um condenado pelo crime de tráfico de drogas.

Desse modo, para o traficante primário, a situação criada pela nova lei passou a lhe ser bem mais benéfica, não só pela atual redação, mas pela jurisprudência do STF.

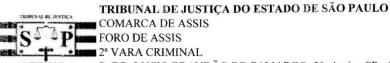
Qual o seu posicionamento acerca da aplicação da referida causa de diminuição ao caso concreto?

Não cremos que a possibilidade de tutelas penais muito semelhantes ao cometimento de crimes que apresentem naturezas tão dispares se coadune com o espírito constitucional. Se para os crimes hediondos a Constituição recrudesce o tratamento, para as infrações de menor potencial ofensivo a Lei Maior enfatiza a aplicação de procedimentos orais sumaríssimos, com os olhos voltados para a aplicação de medidas despenalizadoras (art. 98, I). Nesse passo, da mesma forma que se afiguraria inconstitucional se conferir o tratamento destinado aos crimes hediondos àqueles de menor potencial ofensivo, também cremos representar afronta a Constituição se conferir o tratamento destes àqueles. Esta ideia representa conformidade à máxima da proporcionalidade, representada não só pela proibição do excesso, mas também pela vedação de proteção deficiente (STRECK, 2005, p. 180)

Em nossa região, considerando a captura de criminosos pertencentes a grandes organizações criminosas que obtém um ganho econômico significativo com a prática do tráfico e fomentam a prática de outros delitos de igual ou superior gravidade, segundo sua opinião, mostra-se adequada a aplicação do redutor aos integrantes dessas organizações, ainda que estes

sejam primários, portadores de bons antecedentes e que até então não se dedicavam a atividades criminosas ou não pertenciam anteriormente a outras organizações criminosas?

Não é adequada. Se há provas nos autos de que o sujeito, apesar de primário, pertence a organização criminosa, ele não só não fará jus à causa especial de diminuição de pena, porque ela é clara sobre isso, como poderá ter sua pena aumentada nos casos em que ele tenha *financiado* ou *custeado* a prática do crime (art. 40, VII, da Lei 11.343/2006).



R. DR. LYCIO BRANDÃO DE CAMARGO, 50, Assis - SP - CEP 19802-300

Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>

SENTENÇA

Processo Físico nº:

0003587-45.2007.8.26.0047

Classe - Assunto

Procedimento Especial da Lei Antitóxicos - Tráfico de Drogas e Condutas

Afins

Requerente:

Justica Publica

Indiciado:

A.S.S.

e outro

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Thiago Baldani Gomes De Filippo

VISTOS

I. A.P.C. , qualificada à fl. 12, e

A.S.S. , qualificado à fl. 20, foram denunciados como incursos no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porque, no dia 06 de dezembro e 2006, por volta das 17h30min, na Rua Vicente Mercadante nº 19, nesta cidade e Comarca, estariam guardando, para consumo de terceiros, seis porções de haxixe, pesando aproximadamente três gramas e trezentos miligramas (3,3g) — substância entorpecente que determina dependência física e psíquica sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Notificados (fl. 47), os réus apresentaram defesa prévia (fls. 55/63). Rejeitada esta, a denúncia foi recebida (fl. 78).

Durante a instrução probatória, foram ouvidas duas testemunhas de acusação (fls. 222 e 223) e uma testemunha de defesa (fl. 221). Os réus foram interrogados (fls. 185/186 e 196/197).

Em memoriais, o Ministério Público (fls. 331/335) pugnou pela condenação dos acusados nos moldes em que foram denunciados, enquanto que a Defesa (fls. 338/344) pleiteou a absolvição dos acusados por falta de provas e, subsidiariamente a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
2ª VARA CRIMINAL

R. DR. LYCIO BRANDÃO DE CAMARGO, 50, Assis - SP - CEP 19802-300

Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>

11.343/06.

É o relatório.

II. É esta a narrativa constante da exordial acusatória:

"Segundo foi apurado, após recebimento de notícias anônimas de que estavam praticando tráfico de entorpecentes no local, investigadores de polícia realizaram busca na residência dos denunciados e encontraram a substância entorpecente dividida em seis porções escondidas em uma sacola que estava próxima a janela do quarto. Foi apreendida, ainda, uma balança portátil que estava sobre a cômoda do quarto."

A ação penal procede.

Certamente, a materialidade delitiva está demonstrada pelo auto de busca e apreensão (fl. 06), bem como pelo laudo toxicológico (fl. 14).

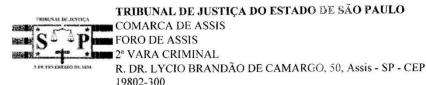
A autoria também é certa e recai de forma segura sobre os acusados.

Nesse sentido, os investigadores de polícia A.B. (fl. 222) e

P.H.S. (fl. 223) afirmaram que havia informações de que A. realizava o tráfico de drogas em sua residência. Com mandado de busca, dirigiramse até o local e lograram encontrar apenas A. Acrescentaram que dentro do imóvel foram apreendidas 06 porções de haxixe, uma balança de precisão e pouco mais de quatrocentos reais em dinheiro. Disseram, por fim, que A. assumiu a propriedade dos entorpecentes, mas afirmou que eles se destinavam a seu próprio uso, bem como a balança e o dinheiro não lhe pertenciam nem a A.

S.C.T.D. (fl. 221) nada soube precisar acerca dos fatos. Disse que é diretora da escola na qual A. realizou estágio, e que esta apresentava boa conduta durante o desempenho de tal atividade. Pelo que sabe, A. não era usuária de drogas.

A ré A., em sua autodefesa (fl. 185/186), confirmou a posse dos



Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>

enterpecentes. Alegou, entretanto, que eles destinavam ao seu próprio consumo. Disse que o dinheiro lhe havia sido dado por sua mãe, que a balança era um chaveiro de outra moradora da república, e que no mandado de busca constava apenas o nome de A.

O réu A_{\perp} , por sua vez (fls. 196/197), negou de forma lacônica e simplista os fatos que lhe são imputados. Esclareceu que a droga pertencia a \underline{A}_{\perp} e que ele desconhecia tal situação. Disse ainda que não é usuário de entorpecentes e que já foi processado pela prática de tráfico.

As versões apresentadas por A. e A. não são aptas a elidir os relatos firmes e coesos dos policiais militares, já que não foi apresentada qualquer prova da origem lícita do dinheiro e da utilidade da balança de precisão. De se ponderar, inclusive, que a testemunha S. (fl. 221) negou conhecer qualquer condição de usuária de drogas de A. O quadro probatório é, portanto, seguro para a condenação, ainda que esteja respaldado preponderantemente nos relatos dos policiais militares, na medida em que:

"[A] circunstância de ser policial a testemunha não afeta positiva ou negativamente o valor probante de sua palavra. Aprioristicamente, aquela condição funcional nem confere ao testemunho maior força persuasória nem o inquina de suspeição; afere-se-lhe o mérito e mede-se-lhe o grau de confiabilidade segundo os critérios ordinariamente aplicados. (TJSP, Ap. n.º 0015805-56.2011.8.26.0309, 9ª Cam. Dir. Criminal, Des. Souza Nery, D.j. 17.05.12, D.r. 19.05.12).

Ademais, a natureza e quantidade da droga apreendida, a maneira como ela estava acondicionada, a circunstância de se encontrar em porções individuais, a quantia em dinheiro e a balança de precisão apreendidas, bem como as informações recebidas pela polícia acerca do tráfico de drogas na residência dos

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO COMARCA DE ASSIS FORO DE ASSIS

2ª VARA CRIMINAL

R. DR. LYCIO BRANDÃO DE CAMARGO, 50, Assis - SP - CEP 19802-300

Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>

acusados; todo este quadro probatório robustece a conclusão de que a droga se destinava ao consumo de terceiros, e não para uso próprio, conforme autoriza o art. 28, §2°, da Lei 11.343/06, interpretado a *contrario sensu*.

Destarte, os réus praticaram fato típico, ilícito e culpável. Passo a dosar-lhes as penas:

II.1. A.P.C. : na primeira fase, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal combinado com o art. 42 da Lei 11.343/06 são favoráveis à ré, não conduzindo à exasperação da reprimenda. Na segunda fase, não há agravantes nem atenuantes. Na terceira fase, não há causas de aumento. Presente a causa de diminuição de pena do art. 33, §4°, da Lei 11.343/06, que deve se operar no máximo, qual seja 2/3, em razão da quantidade da droga, já que se trata do parâmetro para incidência da minorante (cf., e.g., STJ: HC 114.070/MS, HC 151.676/SP).

Assim, fixo a pena definitiva em 01 ano e 08 meses de reclusão, e pagamento de 166 dias-multa, no piso, à míngua de informações mais seguras acerca da capacidade econômica da acusada. O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, a teor do art. 33, §2°, c, do Código Penal. Deixei de aplicar a regra do art. 2°, §1°, da Lei 8.072/90, porque ela foi reconhecida inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.849-ES). Malgrado tenha se tratado de controle difuso de constitucionalidade, inapto a formalmente produzir efeitos vinculantes e *erga omnes*, em atenção aos princípios da segurança jurídica e isonomia, não se mostra razoável desrespeitar-se essa orientação.

II.2. A.S.S. : na primeira fase, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal combinado com o art. 42 da Lei 11.343/06 são desfavoráveis ao réu, tendo em vista que ele ostenta maus antecedentes (fis. 26 e 28). Assim, majoro

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
2ª VARA CRIMINAL
R. DR. LYCIO BRANDÃO DE CAMARGO, 50, Assis - SP - CEP

Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>

a pena em ¼, tratando-se de dois registros e um deles dá conta de condenação definitiva pelo tráfico de drogas, inclusive. Na segunda fase, não há agravantes nem atenuantes. Na terceira fase, não há causas de aumento. Incabível a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, §4°, da Lei 11.343/06, em razão dos maus antecedentes do réu.

Assim, fixo a pena definitiva em 6 anos e 3 meses de reclusão, e pagamento e 625 dias-multa, no piso, à míngua de informações mais seguras acerca da capacidade econômica do acusado. O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, a teor do art. 33, § 3º, do Código Penal, já que a pena foi extraordinariamente elevada na primeira fase da dosimetria, pela informação da condenação também pelo tráfico de drogas. Deixei de aplicar a regra do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, porque ela foi reconhecida inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (HC 111.849-ES). Malgrado tenha se tratado de controle difuso de constitucionalidade, inapto a formalmente produzir efeitos vinculantes e *erga omnes*, em atenção aos princípios da segurança jurídica e isonomia, não se mostra razoável desrespeitar-se essa orientação.

III. Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal, para condenar: A.P.C., qualificado à fl. 12, no cumprimento de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 166 dias-multa, sendo 1/30 do salário mínimo o valor de cada dia; A.S.S.

, qualificado à fl. 20, no cumprimento de 3 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 625 dias-multa, sendo 1/30 do salário mínimo o valor de cada dia.

À luz da Res.-SF 5/2012, para a ré A. converto a pena privativa de liberdade cominada em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no importe de 01 salário mínimo, nos termos do art. 44 do Código Penal. As

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO COMARCA DE ASSIS

STPE

FORO DE ASSIS

2ª VARA CRIMINAL

R. DR. LYCIO BRANDÃO DE CAMARGO, 50, Assis - SP - CEP 19802-300

Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>

condições serão estabelecidas pelo Juízo das Execuções.

Já para o réu A., incabível a conversão em penas alternativas, tendo em vista o art. 44, I, e III do Código Penal.

Nos termos do art. 63 da Lei 11.343/06, decreto o perdimento dos valores apreendidos em favor da União, eis que guardam relação com o delito em tela.

Após o trânsito em julgado: (1) suspendam-se os direitos políticos dos réus, conforme o art. 15, III, da Constituição Federal, oficiando-se ao T.R.E. competente; (2) oficie-se à FUNAD; (3) cumpra-se o disposto nos artigos 479 e 482 das NGSCGJ, com sua redação determinada pelo Provimento-CG 11/2015, de modo a intimar os réus para o pagamento das penas de multa (A. de 166 dias-multa e

A. de 583 dias-multa) e da taxa judiciária, no prazo de 10 dias, sob a pena de elaboração de certidões e encaminhamento para a Procuradoria Geral do Estado;
(4) expeçam-se mandados de prisão, observados o regime inicial aberto para
ANA e o fechado para
A. .

Oficie-se ao IIRGD (art. 398 das NGSCGJ).

P.R.I.C.

Assis, 26 de março de 2015.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO COMARCA DE ASSIS

FORO DE ASSIS

12ª VARA CRIMINAL

R. DR. LYCIO BRANDÃO DE CAMARGO, 50, Assis - SP - CEP 19802-300

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às19h00min

SENTENÇA

Processo Físico nº:

0009382-85.2014.8.26.0047

Classe - Assunto

Ação Penal - Procedimento Ordinário - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

Autor:

Justiça Pública

Réu:

I.E.S.

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Thiago Baldani Gomes De Filippo

VISTOS

I. — I.E.S. , qualificada a fls. 06, foi denunciada como incursa no art. 33, *caput*, art. 35, *caput*, c/c com o art. 40, VI, todos da Lei 11.343/06, e do art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, porque: (1) no dia 28 de setembro de 2014, por volta das 22h40min, na residência situada na Travessa Vitor Belo, 44, Jardim Alvorada, nesta Cidade, teria se associado ao seu filho, o adolescente C. E. M., para o fim de praticar o delito de tráfico de drogas; (2) no dia e local, a denunciada trazia consigo, para fins de comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 11 (onze) pedras de crack, com peso total de 5,05g (cinco gramas e cinquenta miligramas); (3) e, nas circunstâncias acima descritas, porque teria facilitado a corrupção de C. E. M., menor de 18 anos, com ele praticando infração penal.

Notificada (fl. 104), o réu apresentou defesa prévia (fls. 73/75). Rejeitada esta, confirmou-se o recebimento da denúncia (fl. 77).

Durante a instrução probatória, foram ouvidas duas testemunhas (fls. 116 e 117) e um informante (fl. 118), este último como prova emprestada. A ré foi

0009382-85.2014.8.26.0047 - lauda 1



19802-300
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às19h00min

interrogada (fl. 139).

Em alegações finais, o Ministério Público (fls. 148/152) pugnou pela condenação da acusada nos termos em que foi denunciada, enquanto que a Defesa (fls. 156/180) pleiteou a absolvição por insuficiência probatória.

É o relatório.

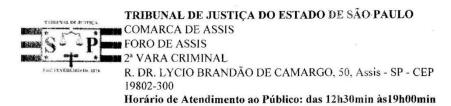
II. É esta a narrativa constante da exordial acusatória:

Nesse dia e local, defronte à citada residência, seguindo ajuste prévio feito com a denunciada, o adolescente C. E. M. tinha consigo, para fins de comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 29 (vinte e nove) pinos plásticos contendo cocaína, pesando ao todo 22,870g (vinte e duas gramas e oitocentos e setenta miligramas), e 05 (cinco) porções, embaladas sob forma de "trouxinhas", da erva *Cannabis sativa L.* (maconha), com peso total de 9,490g (nove gramas e quatrocentos e noventa miligramas), drogas de uso prescrito no país (...).

Na mesma ocasião, no quintal da mencionada residência, a denunciada **I.E.S.** trazia consigo, para fins de comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 11 (onze) "pedras" da droga crack, com peso total de 5,050g (cinco gramas e cinquenta miligramas), droga de uso prescrito no País (...).

Ao perceber que a polícia bordou C. E. M., para realização de busca pessoal, I.E.S. correu para dentro de casa e jogou sobre a mesa da cozinha a droga que estava portando naquela ocasião, local onde foram apreendidas.

Em poder da denunciada foi apreendida a importância de R\$ 178.00 (cento e setenta e oito reais), que era produto do tráfico de drogas.



A ação penal procede em parte.

II.1. Certamente, a materialidade delitiva do tráfico de drogas está demonstrada pelo auto de exibição e apreensão (fl. 14), bem como pelos laudos toxicológicos (fls. 23 e 93/94).

A autoria também é certa e recai de forma segura sobre a acusada.

Nesse sentido, os policiais militares

V.L.Q.M.C.

(fl. 116) e E.M.R. (fl. 117) afirmaram que receberam informações de que duas pessoas estavam realizando o tráfico de drogas no local dos fatos. Dirigiram-se ao ponto e visualizaram C. E. M. defronte à residência indicada, momento em que este tentou se evadir para o interior do imóvel, sendo, todavia, contido e abordado. Com o adolescente foram encontradas as quantias de cocaína e de maconha. No mesmo instante, afirmam os milicianos terem visualizado LE.S., que se encontrava no quintal da casa, dispensar um invólucro de crack e tentou adentrar à casa. Com a ré foram encontradas quantidades de crack e de R\$ 178,00. Disseram, por fim, que tanto a ré quanto o infante confessaram, no momento da abordagem, a prática de tráfico de entorpecentes.

O adolescente C. E. M., em declarações prestadas no processo de apuração de ato infracional n. 9405-31.2014 (fl. 118), assumiu a responsabilidade pela prática delitiva, tentando isentar a genitora da acusação. Afirmou, ainda, que **I.E.S.** se encontrava dormindo, acordando somente quando, durante a diligência policial, gritou seu nome. Negou, ainda, a existência de droga na sua casa e que sua mãe, de maneira alguma, ajudou-o a fazer comércio com os entorpecentes.

A réu, em sua autodefesa (fl. 140), negou de forma lacônica e simplista

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
2ª VARA CRIMINAL
3.30 TEVERBORIO DE DATA
R. DR. LYCIO BRANDÃO DE CAMARGO, 50, Assis - SP - CEP

19802-300

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às19h00min

os fatos que lhe são imputados, apresentando versão em consonância com a apresentada por seu filho.

Malgrado a negativa da acusada, o quadro probatório é, portanto, seguro para a condenação em relação ao tráfico de drogas, ainda que esteja respaldado preponderantemente nos relatos dos policiais militares, os quais, inclusive, mencionaram haver notícias de que a increpada realiza o tráfico de entorpecentes há anos. Nesse sentido:

[A] circunstância de ser policial a testemunha não afeta positiva ou negativamente o valor probante de sua palavra. Aprioristicamente, aquela condição funcional nem confere ao testemunho maior força persuasória nem o inquina de suspeição; afere-se-lhe o mérito e mede-se-lhe o grau de confiabilidade segundo os critérios ordinariamente aplicados. (TJSP, Ap. n.º 0015805-56.2011.8.26.0309, 9ª Cam. Dir. Criminal, Des. Souza Nery, D.j. 17.05.12, D.r. 19.05.12).

Ademais, a natureza, quantidade e variedade da droga, a maneira como ela estava acondicionada, a circunstância de se encontrar em porções individuais, a quantia em dinheiro apreendida, bem como o fato de a polícia ter recebido de informações da prática de tráfico de entorpecentes pelo réu e pelo infante; todo este quadro probatório robustece a conclusão de que a droga se destinava ao consumo de terceiros, e não para uso próprio, conforme autoriza o art. 28, §2°, da Lei 11.343/06, interpretado a contrario sensu.

Ao contrário do que sustenta a Defesa, em que pese o laudo toxicológico de fls. 92/94 tenha confirmado as substâncias cocaína e maconha, o laudo de fl. 23 atestou o entorpecente crack. Ademais, tem-se que, por se tratarem as drogas de circunstância objetiva, comunicam-se aos agentes, a teor do art. 30, do Código Penal,

0009382-85.2014.8.26.0047 - lauda 4

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
2ª VARA CRIMINAL
R. DR. LYCIO BRANDÃO DE CAMARGO, 50, Assis - SP - CEP

19802-300 Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às19h00min

interpretado a contrário sensu.

Sem embargo dos argumentos bem lançados pela defesa, há provas indiciárias suficientes para o reconhecimento de que a droga se destinava a entrega a terceiras pessoas e que o dinheiro decorria da venda de narcóticos. Neste sentido, calha diferenciar indícios de prova de prova de indícios; os primeiros são suficientes apenas para o perfazimento de juízo de probabilidade, próprio da cognição judicial sumária, como ocorre, por exemplo, com a exigência de indícios de autoria para a decretação da prisão preventiva (art. 312, CPP). Por outro lado, provas indiciárias ou provas de indícios, tradicionalmente caracterizadas como provas indiretas, justamente porque demonstram "o fato delituoso (ou parte dele) com uso de um raciocínio inferencial"!, exatamente com arrimo no art. 239 do CPP, que dispõe: Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias." Neste sentido, com muita propriedade, ANDREY BORGES DE MENDONÇA esclarece:

A palavra indícios é polissêmica e foi empregada pelo próprio legislador, no CPP, de diversas maneiras diferentes, com sentidos variados em relação ao distinto momento processual em que é utilizada. Em um desses sentidos, o legislador faz menção aos "indícios de provas", referindo-se a um conjunto de provas que permita um juízo de probabilidade. Assim, para o início das investigações, necessária a existência de indícios da prática delitiva. Na fase judicial, para o recebimento da denúncia, necessários indícios de autoria e prova da materialidade. Assim também para a decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP) e das medidas cautelares patrimoniais (arts. 126 e 134 do CPP).

(...)

¹ DALLAGNOL, Deltan M. As Lógicas das Provas no Processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 161.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO COMARCA DE ASSIS FORO DE ASSIS 2ª VARA CRIMINAL

R. DR. LYCIO BRANDÃO DE CAMARGO, 50, Assis - SP - CEP 19802-300

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às19h00min

Porém, esses "indícios de prova" não podem ser confundidos com a "prova de indícios", esta sim disciplinada no art. 239 do CPP, aqui considerada em sua "dimensão probatória". A "prova de indícios" é uma prova indireta, segundo a qual, partindo-se de um fato base comprovado chega-se, por via de um raciocínio dedutivo, a um fato consequência, que se quer provar. (...). Assim, ao contrário do que alguns afirmam, a prova indiciária pode – e no caso de lavagem de dinheiro, deve, em razão da dificuldade de se obter provas diretas – ser utilizada para embasar um decreto condenatório, pois permite uma cognição profunda no plano vertical, de sorte a permitir que o juízo forme sua convicção acima de qualquer dúvida razoável.²

In casu, devem ser consideradas como provas indiciárias do tráfico as seguintes circunstâncias: (1) a variedade de drogas (maconha, crack e cocaína); (2) a diversidade de porções (5 de maconha, 29 de cocaína e 11 de crack) e (3) a existência de dinheiro, cuja origem lícita não foi demonstrada. Desse modo, impõe-se acolher a pretensão ministerial.

II.2. Porém, quanto ao delito de associação ao tráfico, não há elementos seguros para se afirmar, acima de qualquer dúvida razoável, que a acusada e o adolescente estivessem vinculados, de maneira estável e permanente, para a prática do tráfico de drogas, apartando-se, assim, do mero concurso aparente de agentes. As informações de que os dois estarem juntos na prática delitiva não autoriza a conclusão de estabilidade e permanência, justamente porque não se pode afirmar que havia esse desiderato naquelas outras ocasiões, impondo-se, nesse aspecto, a rejeição da pretensão ministerial.

² Apud DALLAGNOL, D., ob. cit., pp. 153-154.



Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às19h00min

II.3. E, por fim, a imputação do crime de corrupção de menores também não comporta acolhida, porque para o crime de tráfico de drogas já está presente a causa de aumento de pena, prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06. A condenação pelo crime mais o agravamento da reprimenda do tráfico pelo mesmo motivo configuraria bis in idem.

II.4. Passo à dosimetria da pena. Na primeira fase, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal combinado com o art. 42 da Lei 11.343/06 são favoráveis ao réu, não conduzindo à exasperação da reprimenda. Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (autos 21/2000 – fls. 07/08 – apenso próprio), motivo pelo qual majoro a pena em 1/6. Neste particular, revejo posicionamento anterior, para passar a admitir o reconhecimento da reincidência com base em folha de antecedentes, apenas, prescindindo-se de certidão cartorária, conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal.³ Inexistem atenuantes. Na terceira fase, presente a causa especial de aumento de pena do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, já que a prática delitiva envolveu o adolescente C. E. M. Por se tratar de apenas um adolescente, elevo a pena no mínimo, qual seja 1/6. Incabível a causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, tendo em vista que a acusada reincidente.

Assim, fixo a pena definitiva em 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 680 dias-multa, no piso, à míngua de informações mais seguras acerca da capacidade econômica da acusada. O regime inicial de cumprimento será fechado, nos termos do art. 33, § 2°, a, do CP, c.c o art. 387, § 2°, do CPP. Ressalte-se que não se aplica o art. 2°, §1°, da Lei n°. 8.072/90 devido ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.⁴

³ STF, HC 103.969/MS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, j. 21/09/2010.

⁴ HC 111.840-ES, rel. Min. **Dias Toffoli**, j. em 27.6.2012, m.v. Apesar de se tratar de controle *difuso de constitucionalidade*, despido de efeitos vinculantes formais, passo a adotar esse posicionamento em atenção aos princípios da segurança jurídica e isonomia, corolários do devido processo legal (art. 5°, LIV, da Constituição), como forma de se conferir maior coesão e organicidade ao sistema jurídico.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO COMARCA DE ASSIS FORO DE ASSIS

2ª VARA CRIMINAL

R. DR. LYCIO BRANDÃO DE CAMARGO, 50, Assis - SP - CEP 19802-300

HI. Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação penal para condenar I.E.S., qualificado a fls. 06, como incursa no art. 33, *caput*, c.c o art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, no cumprimento de 06 anos, 09 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 680 dias-multa, sendo 1/30 do salário mínimo o valor de cada dia.

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às19h00min

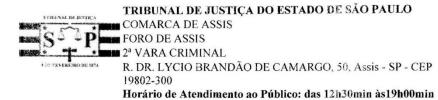
Atento à resolução nº. 05/12 do Senado Federal, deixo de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, em razão do patamar da reprimenda, *ex vi*, do art. 44, I e II, do CP.

Nos termos do art. 63, da Lei 11.343/06, **decreto** o perdimento dos valores apreendidos, em favor da União, eis que guardam relação com o delito em tela.

Quanto aos aparelhos celulares, uma vez inexiste nexo de instrumentalidade entre os objetos e a prática delituosa, conforme laudos periciais (fls. 124/125 e 127/128), determino a sua restituição ao proprietário. Expeçam-se guias.

Os requisitos para a manutenção da custódia cautelar, adrede explicitados, não são arredados, mas robustecidos com a presente condenação, sendo certo que a imposição do regime inicial fechado afasta qualquer lesão às máximas da razoabilidade e proporcionalidade. Recomende-se a ré na prisão em que se encontra.

Após o trânsito em julgado: (1) suspendam-se os direitos políticos do réu, conforme o art. 15, III, da Constituição Federal, oficiando-se ao T.R.E. competente; (2) oficie-se à FUNAD; (3) cumpra-se o disposto nos artigos 479 e 482 das NGSCGJ, com sua redação determinada pelo Provimento-CG 11/2015, de modo a intimar os réus para o pagamento das penas de multa (680 dias-multa) e da taxa judiciária, no prazo de 10 dias, sob pena de elaboração de certidões e



encaminhamento para a Procuradoria Geral do Estado. Dispenso a ré do pagamento das custas judiciais, pela presunção da situação de pobreza, sem prejuízo do disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

P.R.I.C.

Assis, 26 de junho de 2015.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA