



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

**SARAH SKAF NACFUR SANTANA**

**O JULGAMENTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE  
DOS MEIOS DE PROVAS UTILIZADOS PARA A FUNDAMENTAÇÃO  
DE UMA CONDENAÇÃO**

Brasília

2018

**SARAH SKAF NACFUR SANTANA**

**O JULGAMENTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: análise dos meios de prova utilizados para fundamentação de uma condenação**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/ Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor José Theodoro Correa de Carvalho

**BRASÍLIA 2018**

**SARAH SKAF NACFUR SANTANA**

**O JULGAMENTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: análise dos meios de provas utilizados para fundamentação de uma condenação**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor José Theodoro Correa de Carvalho

**Brasília, de de 2018.**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor Orientador**  
José Theodoro Correa de Carvalho

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

## **AGRADECIMENTOS**

“Até aqui nos ajudou o Senhor” 1Samuel 7:12

Agradecimento especial à minha mãe, que leu e corrigiu tudo o que escrevi.  
Espero um dia ser metade da mãe que você é.

## RESUMO

O presente trabalho realiza a análise dos meios de provas utilizados para a fundamentação de uma sentença referente aos crimes da lei de drogas, verificando se há ou não uma prova mais forte, ou mais fraca, para provocar uma possível condenação para o caso concreto. São analisadas a doutrina e jurisprudência, trazendo alguns dos princípios do direito penal e do direito processual penal que podem justificar a sentença do magistrado. Também foram examinadas algumas das provas existentes e a “história” das leis de drogas até a chegada da Lei 11.343, de 2006, que é hoje aplicada. O trabalho traz uma pesquisa de campo, nas quatro Varas de Entorpecentes do DF, onde foram analisadas a fundamentação dada pelos magistrados ao decidir ou não pela condenação do acusado. Há provas que são mais críveis e mais “fortes” pela maior quantidade de detalhes que trazem do fato criminoso ocorrido, do mesmo modo que há provas menos minuciosas.

**Palavras-chave:** Lei de drogas. Provas. Fundamentação da decisão condenatória ou absolutória.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1. PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	<b>9</b>
<b>1.1 Dos princípios</b> .....	9
1.1.1 Princípio da presunção de inocência, <i>in dubio pro reo</i> e favor réu .....	9
1.1.2 Princípio do contraditório e ampla defesa .....	10
1.1.3 Princípio do devido processo legal .....	11
1.1.4 O princípio da imparcialidade do juiz .....	11
<b>1.2 Do conceito de prova</b> .....	12
<b>1.3 Do sistema de avaliação de provas</b> .....	13
1.3.1 Do sistema da verdade formal ou tarifado .....	14
1.3.2 Do sistema da íntima convicção .....	14
1.3.3 Do sistema da verdade real ou do livre convencimento .....	15
<b>1.4 Dos meios de prova</b> .....	15
1.4.1 Do reconhecimento de pessoas.....	15
1.4.2 Das perícias.....	16
1.4.3 Dos indícios .....	18
1.4.4 Do interrogatório .....	19
1.4.5 Da prova testemunhal.....	19
<b>1.5 Provas ilícitas x provas lícitas</b> .....	21
<b>2. O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E SUA APURAÇÃO</b> .....	<b>23</b>
2.1 Conceito de “drogas”, de “dependência” e o procedimento de investigação na Lei 11.343/2006 .....	23
2.2 Legislação de drogas no Brasil.....	24
2.3 Lei Penal em branco: usuário ou traficante.....	27
2.4 A definição de usuário/traficante pela doutrina e jurisprudência .....	28
<b>3. LEVANTAMENTO DAS PROVAS UTILIZADAS COMO FUNDAMENTO DAS SENTENÇAS, PELOS JUÍZES, NAS VARAS DE ENTORPECENTES DO DISTRITO FEDERAL</b> .....	<b>37</b>
3.1 Metodologia .....	37
3.2 Análise quantitativa e qualitativa das provas utilizadas.....	38
3.3 Análise de casos .....	42
<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>45</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>48</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu da inquietação gerada pela leitura de muitas reportagens jornalísticas que traziam como capa uma “injusta condenação” por tráfico de drogas. As reportagens se referiam também a uma lei de drogas seletiva, onde não havia parâmetros objetivos para definir quem é usuário e quem é traficante.

Partindo dessa ideia, procurei descobrir o que estava “por trás” da lei de drogas e o porquê da ausência do quantitativo de drogas para configurar o crime do artigo 28 ou o crime do artigo 33 da Lei 11.343/2006. Se não há uma “quantidade certa”, o que faz um juiz decidir ou não pela traficância? Como ele age assim sem tornar a sua decisão arbitrária?

O tema aqui proposto ganha relevância quando consideramos que o problema do tráfico de drogas não é algo individual, somente do vendedor ou do comprador, mas sim algo que envolve toda a sociedade, devido aos demais crimes que ocorrem em face da mercancia de entorpecentes.

Podemos observar que, muitas vezes, o crime que envolve drogas está associado a furtos, roubos e até homicídios, isso porque, para comprar drogas, é preciso dinheiro, ou algo de valor. Assim, quando o usuário não o tem, ele vai cometer crimes com o intuito de sustentar o seu vício. Além disso, é possível afirmar que há uma guerra entre os próprios traficantes, pelo ponto de venda, etc., e não há guerra sem violência, de modo que a sociedade fica no meio do “fogo cruzado”, querendo que os mesmos tenham uma devida condenação, para, assim, melhorar a qualidade de vida de toda a população, que não quer ficar presa dentro de casa em recorrência do medo da criminalidade que o tráfico gera.

A condenação deve ser feita dentro do crivo do contraditório, de modo que também não devemos realizar uma condenação “a qualquer custo” como forma de resposta à sociedade. A condenação deve ser baseada em fundamentos firmes para não se correr o risco de colocar um inocente na cadeia.

Uma decisão injusta, sem a devida fundamentação, gera uma enorme insegurança jurídica, e pode ocasionar uma possível seleção de perfis de criminosos.

Para responder tais questionamentos, primeiro será necessária uma análise do que são provas no Processo Penal. Abordarei, também, os princípios que considero

mais importantes e utilizados dentro do Processo Penal, isso com o intuito de descobrir como eles são aplicados e se influenciam na hora de proferir uma decisão. Em seguida, partirei para a avaliação dos diversos sistemas de provas e do que é o adotado pelo Brasil, justamente para saber como o juiz pode se convencer. Explorarei, também, os mais diversos meios de provas trazidos pelo Processo Penal, com o fim de saber como eles funcionam na teoria, para depois saber se podem, ou não, ser determinantes para condenação ou absolvição.

Depois, será importante avaliar como o crime de tráfico de drogas é apurado no Brasil, partindo de um breve histórico da legislação de drogas no país, justamente com o intuito de descobrir como chegamos à lei que é hoje aplicada, a Lei 11.343/2006. Também será importante considerar a opinião da doutrina e da jurisprudência em relação a quem é usuário e quem é traficante, isso para observar como influenciam no momento de fundamentar a decisão.

Por fim, para chegar a uma conclusão, será extremamente importante uma pesquisa das sentenças dadas por juízes nas Varas de Entorpecentes do DF, com o objetivo de sair da teoria e ir para a realidade dos casos que envolvem a aplicação da lei de drogas. Assim, será possível observar como realmente uma sentença é fundamentada e quais elementos, meios de provas e princípios determinam uma sentença segura ou não.

A metodologia do trabalho se resume, basicamente, na análise de livros de alguns dos mais importantes autores do Direito Processual Penal, bem como na análise da jurisprudência atual, em especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Supremo Tribunal Federal.

## 1. PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O processo penal é a garantia que o indivíduo imputado tem contra as arbitrariedades do Estado, sem, contudo, deixar de garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

### 1.1 Dos princípios

O processo, em si, é a garantia do atendimento ao texto constitucional, que visa assegurar os direitos fundamentais da pessoa. Nesse aspecto, os princípios se tornam essenciais para compreendermos o processo.

Os princípios se mostram essenciais, também, quando há alguma dúvida quanto à interpretação da lei ou quando há uma omissão que precisa ser suprida para solucionar o caso da forma mais justa possível.

Com a evolução dos povos, os princípios se tornaram “portas” de análise da lei de uma forma que seria impensável na época da promulgação da norma, de modo que através deles podemos aplicar a norma na realidade de hoje (PRADO, 2005).

#### 1.1.1 Princípio da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e favor réu

Um dos princípios trazidos, expressamente, pela Constituição de 88 foi o da presunção de inocência<sup>1</sup>, que dispõe que somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, e não a este o de provar sua inocência, impedindo, desse modo, uma possível antecipação de juízo condenatório. Isso não inviabiliza o Estado de investigar os crimes, utilizando, para tanto, os instrumentos de persecução penal previstos em lei (TÁVORA, 2015).

A dúvida sempre deve beneficiar o réu. É o que dispõe o princípio do *in dubio pro reo* ou favor réu. Isso porque não podemos correr o risco de efetuar uma eventual condenação equivocada. O princípio é positivado pelo artigo 386 do Código de

---

<sup>1</sup> Art. 5º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

Processo Penal<sup>2</sup>, que prevê a necessidade de absolvição do réu na ausência de provas suficientes capazes de corroborar a imputação formulada pela acusação (TÁVORA, 2015).

Segundo Fernando Capez (2017), o fato de o juiz, na dúvida quanto à análise do acervo probatório, ter o dever de não prejudicar o acusado decorre deste princípio, isso porque o direito à liberdade é a regra, o que dá ao indiciado a possibilidade de defesa até o momento do trânsito em julgado, além de protegê-lo de prisões que antecedem à condenação sem que isso tenha uma real fundamentação, sob pena de a exceção do cárcere virar a regra, fruto de um processo ilegítimo e arbitrário, que favorece a exclusão social (GUIMARÃES; CUSTÓDIO NETO, 2010).

Quanto ao favor réu, podemos dizer que sempre que houver duas possíveis soluções para o caso concreto, uma desfavorável ao réu e outra mais favorável, deve-se optar pela segunda opção, isso porque “antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia” (RANGEL, 2017). Apesar desse princípio estar explícito em vários dispositivos, o que se observa da realidade é exatamente o contrário, onde os magistrados não sabem, ou acham mais conveniente não aplicar o princípio, gerando condenações duvidosas e sem a necessária fundamentação, incoerente com o estado democrático em que vivemos, deixando, assim, o indivíduo ainda mais desprotegido.

#### 1.1.2 Princípio do contraditório e ampla defesa

Outro princípio positivado é o do contraditório<sup>3</sup>, reconhecido como direito de primeira geração, de proteção à liberdade. Segundo esse princípio, os agentes, autor ou acusado, devem influenciar a decisão judicial através, dentre outros, do direito de produzir provas e de se manifestar. O contraditório deve ser real, sendo necessário a paridade de armas entre os dois (TÁVORA, 2015).

Isso significa dizer que as partes têm o direito de saber o que foi dito pelo seu adversário, de modo a que isso possibilite de contradizer, dando a sua versão do fato (NUCCI, 2015). Além disso, a acusação deve ser clara, de modo que o acusado

---

<sup>2</sup> Art. 386: O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII – não existir prova suficiente para a condenação. (BRASIL, 1988).

<sup>3</sup> Art. 5º, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988).

tenha o real conhecimento do que lhe está sendo imputado, para que se defenda da forma mais eficaz possível (CAPEZ, 2017).

Esse princípio está diretamente ligado ao da ampla defesa, só que enquanto este se refere unicamente ao acusado, aquele é protetivo de ambos. O acusado deve ter necessariamente uma defesa técnica, realizada por um profissional habilitado, visto que este pode lhe esclarecer possíveis dúvidas jurídicas das quais o mesmo não tenha conhecimento, o que poderia prejudicar sua real defesa, ou, se achar conveniente, o réu pode optar por uma autodefesa, realizada pelo próprio imputado. A este deve ser dada a oportunidade de influir na sua defesa, coadunando os argumentos jurídicos (TÁVORA, 2015).

### 1.1.3 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal<sup>4</sup> e garante que o devido processo legal é o estabelecido em lei. A autoridade competente tem o dever de verificar se o processo regular está sendo seguido, de modo a ter a certeza de que as provas trazidas ao processo foram obtidas de forma válida, bem como de se certificar de que foi observado o direito ao contraditório e à ampla defesa. O processo é um dos instrumentos contra os excessos por parte do Estado (TÁVORA, 2015).

O respeito ao devido processo significa, dentre outras coisas, a observância dos princípios incidentes ao processo penal, que, segundo Nucci (2015), é o modo de combater a criminalidade de forma legal.

Este princípio impede que o indivíduo tenha sua liberdade cerceada de modo arbitrário. Para que tenhamos uma prisão legal se faz necessário que os “passos” estabelecidos pela norma tenham sido seguidos (RANGEL, 2017).

### 1.1.4 O princípio da imparcialidade do juiz

Considerando que o juiz, ao atuar, não está agindo em nome próprio, se faz necessário, segundo o princípio da imparcialidade, que este julgue em desapego por

---

<sup>4</sup> Art. 5º, LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (BRASIL, 1988).

qualquer das partes, isso porque a decisão deve ser dada sem qualquer tipo de influência por parte do julgador, que deve buscar sempre a verdade dos fatos, de modo que o resultado será o melhor para a sociedade (RANGEL, 2017).

A garantia da imparcialidade pode ser muito bem detectada no Tribunal do Júri, onde o juiz não tem autorização para ler o relatório sucinto do processo no plenário, a fim de refutar influir nos jurados. Quando o juiz ou as partes acharem que esse comprometimento não é possível, a norma prevê mecanismos capazes de assegurar a imparcialidade de direito, quais sejam a suspeição do juiz, prevista no artigo 254 do Código de Processo Penal e artigo 145 do Código de Processo Civil, e o impedimento do juiz, previsto no artigo 144, também do CPC.

Segundo Aury Lopes Jr. (2017), a imparcialidade de quem está julgando decorre da heterocomposição, onde há um desinteressado no meio das partes da relação capaz de enxergar mais do que o próprio interesse de ambas. Além disso, o autor coloca que a imparcialidade impede o julgador de realizar investigações no processo:

a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória (LOPES JUNIOR, 2016, p. 63)

De forma mais crítica, Eugenio Raúl Zaffroni (1995) considera a figura do “juiz asséptico” como fictícia, isso porque a própria condição humana impede que uma pessoa seja totalmente neutra, visto que cada pessoa tem um entendimento diferente da realidade, bem como do certo e errado. Para ele o papel do julgador imparcial é uma “construção artificial” pois “a lei não é interpretada da mesma maneira por um conservador e um liberal, um socialista ou um democrata-cristão”. Não é possível crer que alguém consiga se livrar de todas suas crenças no momento de proferir uma decisão.

## **1.2 Do conceito de prova**

Como veremos no subtópico seguinte, o sistema de avaliação de provas que adotamos é o do livre convencimento motivado. Como resultado, faz-se necessário

que o juiz motive sua decisão com base em um conjunto de elementos capazes de demonstrar, ou não, a ocorrência do objeto de prova. Todavia, muitas vezes esse conceito também é utilizado como se fosse o próprio método processual de busca para a demonstração do fato que se pretender provar.

Para Sergio Ricardo de Souza (2017), as provas seriam as informações hábeis a formar a convicção do julgador, de modo a que este possa concluir pela ocorrência, ou não, do fato acontecido. Além disso, o processo de colhimento dessas provas deve seguir regras que respeitem o devido processo legal e o direito ao contraditório.

Em relação ao assunto, Marcos Eberhardt (2016) coloca que se deve procurar aferir se há uma “aproximação” entre os elementos trazidos ao processo e a descrição do fato ocorrido. Não há que se falar em uma verdade absoluta, visto que o que se pretende provar é um fato pretérito que deve ser reconstruído.

Natalie Ribeiro Pletsch (2007) apresenta uma visão diferente, onde a narração trazida pela denúncia é a única referência da existência do fato, de modo que se o fato não tiver ocorrido não há que se falar em “uma” referência e conseqüentemente não existe a “tal” aproximação. Além disso, para ela, “se não houve “o” crime, este não pode ser reconstruído, e a formação da prova torna-se uma construção”, o que pode resultar em uma instabilidade.

### **1.3 Do sistema de avaliação de provas**

Segundo o dicionário de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas ([s.d] apud PRADO, 2005, p. 54), sistema significa o “conjunto de coisas que ordenadamente entrelaçadas contribuem para determinado fim; trata-se, portanto, de um todo coerente cujos diferentes elementos são interdependentes e constituem uma unidade complementar”.

O sistema adotado varia de acordo com a época política do país. Quando o autoritarismo predominava, o sistema inquisitorial era utilizado para reforçar a repressão que ocorria, possibilitando, ao juiz, ir atrás de provas. Por outro lado, o sistema acusatório prepondera nos sistemas democráticos (LOPES JR, 2017),

buscando garantir os direitos fundamentais do indivíduo e onde somente as partes podem trazer as provas ao processo.

No decorrer da história tivemos alguns métodos de apreciação das provas, e através da avaliação destas é que o juiz pode chegar o mais perto possível da verdade processual. Diante disso, torna-se importante trazer os principais sistemas já adotados pelo Brasil.

### 1.3.1 Do sistema da verdade formal ou tarifado

Nesse sistema o juiz não tem a liberdade de considerar mais uma prova que outra, ou seja, aqui cada prova tem um valor que foi anteriormente definido na norma e deve ser observado de maneira literal, sem possíveis margens para a arbitrariedade. Nesse sistema, o testemunho de uma só pessoa não é considerado (uma testemunha, nenhuma testemunha – “*testis unus, testis nullus*”) (CAPEZ, 2017).

O sistema em discussão possibilitava decisões visivelmente injustas e sem que nada pudesse fazer o juiz. A confissão era a principal prova, de modo que muitas vezes era utilizada para encobrir determinada pessoa, e mesmo tendo outras provas mais críveis, porém de menor valor, essas seriam ignoradas (RANGEL, 2017).

Esse sistema foi criado em virtude da suspeita do legislador para com o trabalho do julgador, mas hoje ele não é mais adotado, apesar de ter deixado resquícios no Código de Processo Penal. Um exemplo disso é o fato de que os crimes que deixam vestígios devem ter a devida perícia, sob pena de nulidade. Para Rangel (2017), a falta do exame de corpo de delito não inviabiliza uma decisão condenatória se presentes outros elementos que provem o fato.

### 1.3.2 Do sistema da íntima convicção

Ao contrário do último sistema apresentado, este sistema permitia ao juiz valorar a prova como achasse mais justo, não tinha regras quanto à fundamentação, podendo ele decidir com base em provas que faziam, ou não, parte do processo, ou até mesmo respaldado pela experiência em outros casos.

Fica claro que a íntima convicção dava margens a decisões absurdas e arbitrárias, em desacordo com o sistema democrático em que vivemos. De tal modo,

a motivação se faz essencial nos dias de hoje, justamente para proteger o cidadão de abusos.

Esse sistema ainda prevalece no Tribunal do Júri, onde os jurados podem decidir entre acusar ou não o réu sem que haja fundamentação jurídica alguma.

### 1.3.3 Do sistema da verdade real ou do livre convencimento

No livre convencimento racional o juiz não pode decidir como bem entender; ele não deixa de ter liberdade, porém deve explicar de forma coerente como chegou à sua decisão, de forma que qualquer um que leia o processo seja capaz de, ao analisar os fatos e provas, chegar à mesma conclusão (CAPEZ, 2017)

O juiz não pode buscar provas que não estejam no processo, nem decidir com a sua experiência, o que torna mais difícil ter uma decisão arbitrária. O valor das provas não é tabelado, podendo ele considerá-las com certa autonomia, mas sempre tendo que fundamentar.

Esse sistema nos possibilita ter uma decisão mais justa, ao passo em que o réu, caso condenado, tenha o total conhecimento do que levou o magistrado a chegar a essa posição, podendo, então, recorrer.

O sistema do livre convencimento foi adotado pela nossa legislação e expresso no artigo 155 do Código de Processo Penal<sup>5</sup>.

## 1.4 Dos meios de prova

De forma simples, os elementos de prova são oferecidos ao juiz através dos meios de prova cujo conteúdo pode influenciar no resultado da decisão. A seguir serão expostos alguns desses meios.

### 1.4.1 Do reconhecimento de pessoas

---

<sup>5</sup> Art. 155: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941).

O reconhecimento está previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal e nada mais é do que a ratificação da pessoa que lhe está sendo apresentada com a pessoa que está sendo acusada. Portanto, não há que se falar em reconhecimento se o reconhecedor não tiver, anteriormente, tido contato com a pessoa a quem se busca reconhecer.

De tal modo, para que haja o correto reconhecimento, é preciso seguir as formalidades previstas na norma para que a prova gere mais segurança. Sendo assim, faz-se necessário que o reconhecedor primeiro descreva as qualidades da pessoa a ser reconhecida, de forma que esta não se confunda, no momento de realizar o ato, em virtude de influências capazes de arriscar sua visão inicial (EBERHARDT, 2016).

Além disso, mais de uma pessoa deve ser sujeita ao reconhecimento para facilitar, ao reconhecedor, “a ligação” entre as pessoas que lhe estão sendo mostradas com o que está guardado em sua memória. O reconhecimento é considerado informal se não segue os padrões estipulados pela lei, como por exemplo quando uma testemunha fala, em seu depoimento, que viu o réu com a arma do crime.

Para Eberhardt (2016), o acusado não pode ser obrigado a se submeter ao reconhecimento em face do princípio da não autoincriminação, isso porque, caso venha a ser considerado inocente, pode sair do processo com sua reputação prejudicada simplesmente pelo fato de ser um possível autor de crime. Por outro lado, uma diferente visão é dada quando consideramos que a aplicação do princípio da não autoincriminação, ou do direito ao silêncio, não impede que o Estado produza provas contra a vontade da pessoa. Desse modo, o reconhecimento não é um tipo de prova que depende da participação ativa do réu, podendo este ser coercitivamente levado à produção da mesma.

Outra forma de reconhecimento que vem crescendo atualmente é o reconhecimento através de fotografias. Por não se encontrar previsto na legislação, o reconhecimento fotográfico é um meio inominado de prova (SOUZA, 2017), apto, segundo a jurisprudência do STJ, a identificar o réu se corroborado com outras provas no processo. Mesmo assim, tal método ainda vem sendo criticado em face da possibilidade de alteração das imagens, o que geraria uma incerteza.

#### 1.4.2 Das perícias

A prova pericial é de suma importância tendo em vista a busca de elementos de provas que muitas vezes não podem ser detectados sem um devido conhecimento técnico do assunto. Para isso se faz necessário a figura do perito, pessoa competente a visualizar quesitos que passariam despercebidos pelos olhares de pessoas comuns.

O auxiliar da justiça não é isento de erros, por isso a perícia não pode ser vista como uma prova absoluta, em virtude de seu aspecto científico, mas sim como mais um meio de prova capaz de confirmar, ou não, a ocorrência delitiva.

O fato de o exame pericial seguir formalidades trazidas pela norma, objetivando maior segurança, se dá porque as perícias normalmente são elaboradas sem a presença das partes ou do julgador, o que poderia gerar uma certa desconfiança se não observasse padrões lógicos (SOUZA, 2017).

Além disso, o Código de Processo Penal adotou, quanto ao sistema de valoração das perícias, o sistema liberatório, dando, ao juiz, a possibilidade de não admitir o laudo pericial, ou de selecionar a parte com que concorda<sup>6</sup>, o que mostra, mais uma vez que estamos diante de uma prova relativa (EBERHARDT, 2016).

A ausência de hierarquia desse meio de prova também é visualizada na jurisprudência do STJ:

O princípio do livre convencimento motivado, vigente em qualquer processo brasileiro, faz com que seja o art. 158 do CPP (quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado) interpretado de modo a definir regra geral de **necessidade de prova**, e não de sua **exclusividade** (salvo frente à confissão), permitindo, assim, ao julgador valorar a existência de quaisquer fatos controversos - inclusive quanto aos vestígios do crime -, por quaisquer meios de **prova** (AgRg no REsp 1435665 / SC, 6ª turma, Rel. Sebastião Reis Junior, DJe 25/11/2014). (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Vale colocar que, em relação ao crime envolvendo entorpecentes, o laudo preliminar, atestando a natureza e quantidade de drogas, pode ser realizado por perito, mesmo que não seja este oficial.

---

<sup>6</sup>Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte. (BRASIL, 1941).

O STJ<sup>7</sup> chegou a decidir, em 2016, que o laudo definitivo era indispensável para possibilitar uma possível condenação. Porém, um mês depois mudou o entendimento, considerando possível provar a materialidade do crime através de um laudo provisório<sup>8</sup>. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal também já se manifestou pela impossibilidade de afastar uma condenação pelo simples fato de não haver laudo definitivo.

#### 1.4.3 Dos indícios

Os indícios nada mais são que conclusões lógicas, as quais não se verificam de forma direta, derivadas de um fato conhecido e comprovado. Os indícios não se

---

<sup>7</sup> HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUSÊNCIA. IMPRESCINDIBILIDADE PARA A COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO DE TRÁFICO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSIBILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A Terceira Seção desta Corte, nos autos do Eresp n.º 1.544.057/RJ, em sessão realizada 26.10.2016, pacificou o entendimento no sentido de que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível para a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sob pena de se ter por incerta a materialidade do delito e, por conseguinte, ensejar a absolvição do acusado. Ressalva do entendimento da Relatora. 2. Na espécie, não consta dos autos laudo toxicológico definitivo, não tendo as instâncias de origem logrado comprovar a materialidade do crime de tráfico de drogas, sendo de rigor a absolvição do paciente quanto ao referido delito. [...]

(HC 399.159/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 14/12/2017). (BRASIL, 2017, grifo nosso).

<sup>8</sup> EMENTA PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO POR LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO ASSINADO POR PERITO, QUANDO POSSUI O MESMO GRAU DE CERTEZA DO DEFINITIVO. 1. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. MERA IRRESIGNAÇÃO. NÃO CABIMENTO DE ACLARATÓRIOS. 2. PEDIDO DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE NORMA CONSTITUCIONAL: ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA. VIA INADEQUADA. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. 3. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração possuem fundamentação vinculada, razão pela qual, para seu cabimento, imprescindível a demonstração de que a decisão embargada se mostrou ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619 do Código de Processo Penal. A mera irresignação com o entendimento apresentado na decisão, visando, assim, à modificação do julgado, não viabiliza a oposição dos aclaratórios. 2. Não existe contradição no raciocínio que refuta a possibilidade de a ausência do laudo toxicológico definitivo ser suprida pela prova testemunhal e/ou a confissão, mas admite que se considere, excepcionalmente, demonstrada a materialidade do delito por meio de laudo toxicológico provisório. [...]

(EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.544.057 - RJ (2015/0173496-7)). (BRASIL, 2015, grifo nosso).

equivalem a presunções, visto que estas últimas não são consideradas provas, sendo admitidas, no direito, apenas em proveito do suspeito (COELHO, 1996).

Para Aury Lopes Jr (2017), os indícios não são apropriados para fundamentar uma decisão condenatória, pois o que “está em jogo” é a presunção de inocência.

#### 1.4.4 Do interrogatório

O interrogatório, quando o acusado não exerce seu direito ao silêncio, é apreciado como meio de prova e meio de defesa (EBERHARDT, 2016). Isso porque o interrogado, ao ser questionado pelo magistrado, tem a possibilidade de mostrar a sua visão quanto ao fato delitivo do qual está sendo acusado de praticar. Se, por outro lado, preferir silenciar, isso não poderá ser utilizado em seu desfavor, não sendo, então, considerado como meio de prova.

O sujeito deve ser obrigatoriamente submetido ao interrogatório em face do princípio da ampla defesa, estando acompanhado por defensor, sem o qual pode gerar uma nulidade do ato. Além disso, o interrogado deve falar de forma voluntária, sem nenhuma influência capaz de comprometer seu depoimento. Por esse fato, o agente público não pode prometer nenhum benefício ao acusado, sem que isto esteja legalmente previsto (EBERHARDT, 2016), sob risco de persuadir o imputado a não agir com a verdade com o objetivo de alcançar o que lhe foi prometido.

O interrogatório deve ser necessariamente feito pelo juiz, que pode possibilitar às partes, no final, que esclareçam alguma dúvida que possa ter persistido, de modo que, se o juiz achar pertinente, questionará isso ao acusado. Ademais, o réu não pode se fazer representar por se tratar de ato personalíssimo.

O acusado também tem o direito de se reunir, previamente ao interrogatório, com seu defensor constituído, ao passo de permitir com que esse, em decorrência da sua habilidade técnica, oriente seu cliente, de forma clara, possibilitando um total entendimento do que lhe está sendo imputado.

#### 1.4.5 Da prova testemunhal

A prova testemunhal é um dos meios de prova mais importantes dentro do Processo Penal. Isso porque muitas vezes há crimes onde não é possível auferir a

verdade do acontecimento que se procura esclarecer a não ser pelo fato de alguém ter conhecimento de algo relevante para a configuração, ou não, do crime.

O testemunho, que é o que é levado à justiça, deve ser prestado por uma testemunha que não tenha interesse no caso, ou seja, essa deve ser estranha ao litígio, competindo, simplesmente, contar sobre o fato criminoso pretérito do qual tenha ciência. Então, quem comparecer para prestar depoimento só será computado como testemunha se tiver o real conhecimento de algo que esteja em discussão no processo, de modo que se nem souber do que se trata o litígio seu depoimento não terá valor de prova (AQUINO, 1995).

Quanto mais real for o testemunho dado pelo terceiro, maior será a chance de influenciar no convencimento do agente competente.

O valor da prova testemunhal como fundamento de prova ainda não é unânime, visto que alguns doutrinadores a justificam na presunção de veracidade do que a testemunha está trazendo ao processo, de modo que, a não ser que haja comprovação do interesse dessa no fato investigado, o que foi dito por essa deve ser considerado verdadeiro em razão da sua imparcialidade quanto à percepção do delito. Por outro lado, os demais argumentam que a ausência de interesse, bem como a presunção de veracidade, não servem como embasamento já que o ser humano muitas vezes não tem a real vontade de ajudar a justiça, de tal forma que o relato por ela feito não seria capaz de traduzir o que por ela foi captado ( AQUINO, 1995).

Além disso, há outras circunstâncias que podem interferir no depoimento testemunhal, quais sejam, a mentira, onde a testemunha adultera o que foi realmente visto por ela, narrando fatos que criou; o medo, visto que o simples fato de a pessoa ser chamada a comparecer à justiça já lhe causa um receio de ter feito algo errado, ou medo do que lhe possa acontecer se narrar a realidade dos fatos; a ignorância, onde a testemunha pode não agir com a verdade porque não acha palavras certas para se expressar, ou até pelo entendimento equivocado daquilo que foi por ele presenciado ( AQUINO, 1995).

Para José Carlos G. Xavier de Aquino (1995), o alicerce da prova testemunhal se dá pela:

necessidade desse meio probatório, à mingua de outro melhor; a presunção de que a testemunha diz a verdade; presunção de que a testemunha teve

condições de perceber exatamente o desenrolar dos fatos; inexistência de motivo para a testemunha falsear a verdade; confiança controlada; possibilidade de confronto da fala da testemunha com os demais elementos de convicção; consagração da regra da livre apreciação das provas como critério norteador do magistrado para a formação de seu convencimento (AQUINO, 1995, p. 22).

O julgador, ao fazer a análise do depoimento da testemunha, deve atuar com bastante cuidado, isso porque este deve ser capaz de identificar todas as informações que podem influenciar na narração dos fatos contados pela testemunha. Por exemplo, se a pessoa, ao presenciar o fato, estava em seu normal estado de espírito e tinha a real compreensão do que via. Ou se o que a testemunha está narrando não tem simplesmente a finalidade de preencher um “branco” na sua memória (AQUINO, 1995).

Outro problema apontado por Aury Lopes Jr (2017) é o da falsa memória, onde o sujeito que está prestando depoimento acredita que o que está dizendo é verdadeiro, sem perceber que isso, de algum modo, pode ter sido implantado no seu subconsciente por uma simples pergunta insinuante por parte do julgador. Além disso, a falsa memória também pode ser construída da mente de um indivíduo através de uma recordação verdadeira, o que torna ainda mais complexo a apuração do fato objeto de investigação.

### **1.5 Provas ilícitas x provas lícitas**

A demonstração da verdade, realizada por cada uma das partes, com o objetivo de convencer o juiz a aplicar a melhor sanção ao conflito, deve ser feita dentro dos termos permitidos pelo nosso ordenamento jurídico, de tal modo que caso uma das partes apresente ao processo prova não aceita pela legislação em geral, essa não poderá ser utilizada como fundamento da decisão e, em consequência, há de ser desentranhada dos autos.

As restrições, bem como a maior rigidez na apreciação do conjunto probatório, se dão porque a privação da liberdade do ser humano deve ser exceção, ou seja, para que um indivíduo tenha um dos seus direitos mais importantes restringidos, não há como permitir que isso seja feito através de uma avaliação probatória apreciada de “qualquer jeito” (SILVA, 2004).

Não seria coerente, e nem ético, permitir que fosse descoberta a verdade sobre um ato criminoso através de meios igualmente proibidos. Diante disso, nosso ordenamento proíbe o emprego de provas ilícitas ou ilegítimas.

A prova é considerada ilegítima quando ela é produzida, no processo, ferindo uma norma de direito processual; por outro lado, a prova é tida como ilícita quando ela é colhida em violação ao direito material, como por exemplo a prova adquirida através de tortura, ou de violação do domicílio ( SOUZA, 2016).

Também não é admitida como prova no processo penal aquela que, embora tenha aspectos legais, não pode assim ser considerada visto que foi resultado de uma prova ilícita. As provas ilícitas por derivação são proibidas pelo ordenamento com o intuito de não estimular condutas ilegais em busca da verdade “a qualquer custo”. A teoria dos frutos da árvore envenenada veio como consequência lógica da proibição da prova ilícita e está prevista no parágrafo primeiro do artigo 157 do Código de Processo Penal<sup>9</sup>(SILVA, 2004).

A teoria acima mencionada deixa de ser aplicada nos casos em que não há nexos causal, ou seja, quando a prova secundária não é provadamente derivada da prova primária ilícita, e nos casos onde a prova derivada poderia ter sido obtida por outro meio que não o ilegal (EBERHARDT, 2016).

Contudo, há exceções quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas com o objetivo de não permitir possíveis injustiças. Surge então a teoria da proporcionalidade, onde há necessidade de se analisar o caso concreto, contrapondo os bens jurídicos que estão em jogo e avaliando qual é o de maior importância (RANGEL, 2017).

A relativização da vedação acontece sempre em favor do réu, isso porque não seria razoável permitir que uma pessoa fosse condenada mesmo tendo provas em favor da sua não condenação, ainda que estas sejam obtidas por meios não lícitos.

---

<sup>9</sup> § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (BRASIL, 1941).

## **2. O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E SUA APURAÇÃO**

De forma preliminar, convém trazer alguns conceitos que serão importantes no desenvolvimento desse trabalho.

### **2.1 Conceito de “drogas”, de “dependência” e o procedimento de investigação na Lei 11.343/2006**

De acordo com o parágrafo único do artigo 1º da Lei 11.343/2006, “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

E o que seria dependência?

A dependência física é a necessidade doentia que a pessoa tem de consumir a droga, de forma que, dependendo do tipo da substância, bem como da frequência de sua utilização, a falta dela pode acarretar desajustes no organismo que podem levar à morte. Por outro lado, a dependência psíquica não necessariamente está atrelada à dependência física, sendo a primeira relacionada à falta de autocontrole do indivíduo em razão da vontade pela droga (CAPEZ, 2017). A dependência nada mais é do que o costume da droga pelo corpo em razão do uso frequente.

O artigo 66 da referida lei dispõe que “até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se “drogas” substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998”, o que significa dizer que a substância que não conste na lista, como ilícita, não será hábil a configurar uma conduta típica. (CAPEZ, 2017).

A identificação dos crimes previstos na Lei de Tóxicos acontece, na maioria das vezes, através de mecanismos utilizados pela polícia de repressão. As drogas podem ser descobertas por meio de busca e apreensão domiciliar, e o mandado só deixará de ser necessário em casos de crime permanente, como por exemplo quando o sujeito guarda a droga em seu domicílio. Em casos como esse, já há entendimento pacificado pelo STJ de que o mandado judicial para busca em residência é dispensado. Porém, é importante colocar que não basta uma simples suspeita por parte da autoridade

policial para que esta entre em uma casa sem ordem judicial; é necessário ter certeza da situação de flagrante. Além disso, a busca pessoal e a busca em veículos não necessitam de mandado, de forma que, quando o agente policial identificar alguma ação suspeita de que o indivíduo esteja portando entorpecentes, pode ele realizar o ato de investigação, confirmando, ou não, a suspeita (ANDREUCCI, 2016).

Outro mecanismo previsto no artigo 53, inciso I, da Lei de drogas, é o do flagrante postergado. A ação controlada deve ser mantida sob observação e acompanhamento e nada mais é que uma flexibilização da indispensável atuação imediata da polícia, quando identificada a atividade criminosa em desenvolvimento. Esse tipo de flagrante não se confunde com o flagrante esperado, onde a polícia, tendo conhecimento de que a infração ocorrerá, antecede o início da execução dos atos, fazendo campana, e realiza a prisão em flagrante minutos antes de a ação criminosa acontecer. Esse tipo de flagrante não está previsto na legislação e foi criado pela doutrina justamente para justificar o aguardo por parte das autoridades policiais (TÁVORA, 2015).

Também já é pacífica na jurisprudência a possibilidade do flagrante preparado, onde a autoridade policial se passa por alguém que quer adquirir a droga do traficante, realizando, no momento da venda, a prisão em flagrante desse indivíduo. O argumento de que o réu teria cometido o crime por induzimento do agente policial não procede, de modo que tal fato não gera a nulidade do flagrante, tendo em vista que o simples fato de o agente guardar ou transportar a substância ilícita já configura o tipo penal de tráfico de drogas, por caracterizar crime permanente (ANDREUCCI, 2016).

Por força do artigo 53 da lei, também é possível, para fins de obtenção de prova do crime, a utilização da figura do “agente infiltrado”, onde o policial disfarçado busca fazer parte do meio criminoso como se fosse um deles, de modo que seja possível descobrir possíveis esconderijos de drogas ou descobrir de onde elas vêm. O fato de o agente ter sido autorizado pelo juiz a fingir ser um criminoso não dá a este o direito de cometer delitos imoderados, a não ser que isso seja imprescindível para a investigação, observando sempre o princípio da proporcionalidade (ANDREUCCI, 2016).

## **2.2 Legislação de drogas no Brasil**

Para Salo de Carvalho (2016), a origem da criminalização das drogas não existe em decorrência de um processo criminalizador moralizador e normalizador.

Podemos considerar que a criminalização do uso/comércio de entorpecentes surgiu junto com as Ordenações Filipinas, código português promulgado em 1603 pelo rei português da época, tendo sua vigência até o nascimento do Código Penal Brasileiro do Império, em 1830. O título LXXXIX do livro V das ordenações<sup>10</sup> dispôs sobre a proibição de se ter em casa certos tipos de substâncias. Com o fim da vigência das Ordenações, o Código do Império não trouxe nenhum dispositivo tratando da proibição de substâncias ilícitas (CARVALHO, 2016).

Com o Código Penal de 1890 (decreto nº 847), novamente o consumo e negócio de drogas foram transformados em crime (contra a saúde pública), de modo que o transgressor seria obrigado a arcar com uma pena de multa. Com o intuito de intensificar a proteção à saúde pública, a Consolidação das Leis Penais, em 1932, trouxe maior relevância ao tema, trazendo uma alteração em um dos artigos do Código de 1890, de modo que além da multa haveria também a prisão do indivíduo (CARVALHO, 2016).

Somente a partir do surgimento dos Decretos 780 e 2.953, de 1936 e 1938, respectivamente, é que podemos dizer que houve o rompimento da ligação do crime de uso ou comércio de entorpecentes com outros tipos de delitos diversos. Então a preocupação com esse delito deixa de ser secundária, com regulamento em legislações esparsas, e passa a ser sistematizada e estruturada, dando início, assim, a um sistema repressivo. No Código Penal de 1940, a punição só cabia àquele que traficava a droga, em decorrência da opinião do Supremo Tribunal Federal contra a criminalização do uso de substâncias proibidas (CARVALHO, 2016).

O discurso da necessidade do real combate às drogas ilícitas, no Brasil, ganha força em 1950, mas somente com a ditadura militar é que o país adentra no cenário internacional como também sendo um combatente do uso de substâncias entorpecentes, aprovando, assim, o Decreto 54.216/64, mais conhecido como “A Convenção Única sobre Entorpecentes” (CARVALHO, 2016).

---

<sup>10</sup> Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1240.htm>> Acesso em: 13 abr. 2018.

A partir da década de 1960, o consumo de drogas ganha uma visão diferente por parte da sociedade, principalmente dos jovens. O uso de entorpecentes passa a ser uma forma de protesto contra a falta de liberdade e a repressão por parte de um governo autoritário. Assim, a droga passa a ter maior visibilidade, sendo utilizada por grupos que até então “não a conheciam”. Em resposta às manifestações, o governo reforça, em muito, a produção de leis penais repressoras (CARVALHO, 2016).

Em 1968, o Decreto Lei 385 traz uma modificação significativa para o Código Penal de 1940, de modo que o usuário passa a ser equiparado ao traficante. Não durou muito, deixando de vigorar em 1971, pela promulgação da Lei 5.726.

Com o advento da Lei 6.368, de 1976, as penas sobem na escala e se tornam maiores, porém não há uma substancial alteração nos tipos penais. Nessa lei estava prevista, em seu artigo 16, a pena de detenção de 6 meses a 2 anos para os usuários de entorpecentes.

Além disso, a referida lei determina que o Estado dê a devida assistência aos dependentes, de modo a prevenir que estes entrem, futuramente, no mundo do crime e “se transformem” em traficantes.

Surge, na década de 1990, uma infelicidade com a Lei de Drogas, isso porque ela era considerada fraca conceitualmente falando. A aprovação da Lei 10.409, em 2002, traz, para os Juizados Especiais, a competência para julgamento do crime de uso pessoal de drogas.

A nova lei de drogas surge, em 2006, em meio a outra preocupação por parte do Estado: a repressão das organizações criminosas. A Lei 11.343 traz novos métodos de controle para o usuário de drogas, que não podem sofrer pena de prisão. Para Salo de Carvalho (2016, p. 105):

A Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuário e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 5 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.

Para o professor Acacio Miranda, o bem jurídico tutelado pela citada lei é a saúde pública, sendo um bem que diz respeito a toda a sociedade. A regra da lei são crimes comuns, ou seja, quando o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa<sup>11</sup>.

### **2.3 Lei Penal em branco: usuário ou traficante**

A norma penal descreve um crime (preceito primário) e descreve uma pena (preceito secundária). Em geral, a norma é completa em si mesmo, mas quando isso não acontece temos uma “norma penal em branco”, onde o conteúdo é “inacabado”, fazendo com que seja necessária uma complementação por meio de outro dispositivo (GOMES, 2015)<sup>12</sup>.

Com relação ao tipo penal aberto, este sofre de uma indeterminação relativa, o que pode gerar decisões diferentes a depender de cada julgador, que interpretará o dispositivo com base no seu critério de justiça, o que, para muitos, é visto como insegurança jurídica (CUNHA, 2010).

Para Salo de Carvalho (2016), a “lei penal em branco é caracterizada por preceitos incompletos que requerem preenchimento por terceiros dispositivos, normalmente de cunho extrapenal (administrativo)”. Segundo ele, um sistema que favorece o uso de termos em branco favorece um possível conflito de legalidade, de modo que a criação de tipos penais que exigem ser complementados é um tanto quanto perigoso, visto que há uma transferência do papel de criação de uma “base da incriminação” para outro órgão, diferente do legislativo, que não teria a competência de fazê-lo.

Ao interpretar Nilo Batista, Salo de Carvalho (2016, p. 258) considera que:

a tese da reserva legal absoluta aufere legitimidade apenas às leis penais resultantes do democrático debate parlamentar, ou seja, somente os procedimentos legislativos teriam idoneidade para formular crimes e cominar penas.

---

<sup>11</sup> Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=J7TH3r8W6IU>> . Acesso em: 26 maio 2018

<sup>12</sup> Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7ogQpo0vnyQ>> . Acesso em 26 maio 2018

O resultado desse sistema que carece de complementação nos possibilita, então, chegar à conclusão de que ao Legislativo caberia apenas a atribuição de estabelecer normas gerais. Conclusão essa que pode ser considerada como prejudicial às garantias e direitos fundamentais, sendo o princípio da legalidade flexibilizado (CARVALHO, 2016).

A estrutura de descodificação da antiga Lei de drogas, 6.368/76, veio ainda mais forte na nova Lei 11.343/06, de modo a se ter a utilização de termos vagos, descrição de condutas genéricas e também o uso de tipos penais em branco, como por exemplo o artigo 38 da Lei<sup>13</sup>, onde podemos observar a imprecisão da norma (CARVALHO, 2016).

Por outro lado, uma diferente visão é dada ao uso de tipos penais abertos, e a maior flexibilidade que eles trazem é justificada pela impossibilidade de termos um sistema punitivo eficiente se estabelecermos padrões totalmente fechados para certos dispositivos penais, como seria o caso do artigo 28 da Lei 11.343/06<sup>14</sup>, por exemplo.

Se o dispositivo acima citado trouxesse uma quantidade específica para caracterizar o consumo poderia gerar uma impunidade de traficantes, que se adequariam à quantidade trazida pela lei, de modo que se fossem pegos não poderiam ser enquadrados como tais visto portarem a quantidade que figura o consumo, e não o tráfico. Assim, não sofreriam com a pena privativa de liberdade e continuariam a favorecer o comércio de drogas ilegais.

A ausência de quantidades específicas, apesar de parecer como se insegurança fosse, possibilita que o julgamento, com base nos dispositivos penais incompletos, seja feito com base na análise do caso concreto.

## **2.4 A definição de usuário/traficante pela doutrina e jurisprudência**

---

<sup>13</sup> Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (BRASIL, 2006).

<sup>14</sup> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (BRASIL, 2006).

O intuito de tipificar a conduta de consumo pessoal de drogas como crime consiste no fato de que a vontade do legislador é fazer com que o usuário encontre um suporte para mudar de vida. Não poderia o Estado se manter inerte mesmo se considerarmos se tratar de uma autolesão, isso porque o consumo de drogas por uma pessoa acaba por atingir muitas outras, não só a família, mas também a sociedade em geral (RANGEL; BACILA, 2015).

O artigo 28, tipo penal que criminaliza o uso de drogas, é norma em branco visto que a lei não traz o que são “drogas”. Por esse motivo, se fez necessário uma regulamentação através de uma portaria do Ministério da Saúde. A portaria 344, de 12 de maio de 1998<sup>15</sup>, descreve, em seu anexo I, os tipos de substâncias tidas como ilícitas, e por isso proibidas pela legislação. Assim, quando é encontrada substância sem algum dos princípios ativos dispostos na Portaria, configura-se um crime impossível (RANGEL; BACILA, 2015).

Além disso, para incidir o crime do artigo já citado, é preciso que a vontade do agente seja simplesmente ter a droga para seu consumo, de modo que sem esse elemento o agente seria classificado como traficante e não mero consumidor. Apesar de ser um elemento muito subjetivo, é possível identificá-lo por meio de sinais apresentados pelo agente, tais como o local onde foi pego, a quantidade e o tipo da droga, a oitiva de testemunhas, etc. É possível que duas pessoas sejam pegadas com a mesma quantidade de droga, por exemplo, uma com maconha e outra com ecstasy, a primeira pode ser facilmente enquadrada como consumidora e a segunda como traficante, isso porque é mais crível que uma pessoa sozinha não consiga utilizar uma grande quantidade de ecstasy para seu próprio consumo. Isso, claro, analisando todos os demais elementos do crime (RANGEL; BACILA, 2015).

Também deve ser analisado se estamos diante de um comportamento que atinja o bem jurídico tutelado. De modo que não seria justo aplicarmos uma punição para um fato acontecido que não tem o potencial de causar perigo à saúde pública.

Então, seria plenamente possível aplicar o princípio da insignificância a uma pessoa que é pega experimentando maconha pela primeira vez, ou é pega tentando

---

<sup>15</sup>Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html)> . Acesso em: 27 abr. 2018

comprar um cigarro de maconha para uso próprio. Lembrando que isso sempre deve ser analisado em conjunto com os demais indícios do crime (RANGEL; BACILA, 2015).

Salo de Carvalho (2016) também se manifesta sobre o assunto, colocando que “a quantidade inexpressiva de substância entorpecente não teria a potencialidade de produzir dependência física e/ ou psíquica (elementar formal) ou de ofender o bem jurídico saúde pública tutelado na Lei de Drogas (elementar material)”. O STJ e o STF já se manifestaram pela impossibilidade da aplicação do princípio da insignificância no âmbito dos crimes de tráfico e uso de drogas, independente se a quantidade da substância apreendida foi pequena ou não:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINNEU. MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DE DROGA. FATO TÍPICO. PRECEDENTES. PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a importação clandestina de sementes de cannabis sativa linneu (maconha) configura o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006. 2. Nessa linha de raciocínio, o fruto da planta cannabis sativa lineu, conquanto não apresente a substância tetrahidrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga. Por isso, sua importação clandestina, por si só, amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, não havendo falar em atipicidade da conduta, tampouco em desclassificação para contrabando. (AgRg no REsp 1658937/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017). 3. Prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e de uso de substância entorpecente, por se tratar de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de sementes da droga apreendida. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1691992/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017.). (BRASIL, 2017, grifo nosso)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. POSSE DE ENTORPECENTES. USO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO VIRTUAL NO JULGAMENTO DO AI N.º 747.522. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos requisitos estabelecidos na legislação infraconstitucional, posto controvérsia de natureza infraconstitucional, não revela repercussão geral apta a tornar o apelo extremo admissível, consoante decidido pelo Plenário do STF, na análise do AI n.º 747.522–RG, Relator Min. Cezar Peluso, DJe de 25/9/2009. 2. A aplicação do princípio da insignificância exige que a conduta seja minimamente ofensiva, que o grau de reprovabilidade seja ínfimo, que a lesão jurídica seja inexpressiva e, ainda, que esteja presente a ausência de periculosidade do agente. In casu, não há elementos suficientes a fim de se apreciar o preenchimento de todos os pressupostos hábeis à aplicação do aludido princípio, a fim de trancar a ação penal. 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. CRIME

TIPIFICADO NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06. PEQUENA QUANTIDADE. NULA A DECISÃO DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. DESCABIMENTO A INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RISCO POTENCIAL DO DELITO PARA A SOCIEDADE. USUÁRIO QUE ALIMENTA O COMÉRCIO DA DROGA E PERMITE A CONTINUIDADE DA ATIVIDADE DO NARCOTRÁFICO. AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE COMPROVADAS. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA NULA. 1. SUBMETE-SE ÀS PENAS DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 QUEM, POR VONTADE LIVRE E CONSCIENTE, GUARDA OU TRAZ CONSIGO, PARA USO PESSOAL, DROGAS SEM AUTORIZAÇÃO OU EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR. 2. NÃO HÁ FALAR EM ATIPICIDADE DO DELITO, POR HAVER POUCA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, JÁ QUE O CRIME DESCRITO NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 É DE PERIGO ABSTRATO PARA A SAÚDE PÚBLICA - POR SER CAPAZ DE GERAR DEPENDÊNCIA FÍSICO-QUÍMICA -, DE MANEIRA QUE O LEGISLADOR ENTENDEU POR BEM MANTER A TIPICIDADE DA CONDUTA, AINDA QUE SEM APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE. 3. 'NUMA SOCIEDADE QUE CRIMINALIZA PSICOATIVOS E ASSOCIA EXPERIÊNCIAS DE ALUCINÓGENOS À MARGINALIDADE, O CONSUMO DE DROGAS PROVOCA UMA SÉRIA QUESTÃO ÉTICA: QUEM CONSUME É TÃO RESPONSÁVEL POR CRIMES QUANTO QUEM VENDE. AO CHEIRAR UMA CARREIRA DE COCAÍNA, O NARIZ DO CAFUNGADOR ESTÁ CHEIRANDO AUTOMATICAMENTE UMA CARREIRA DE MORTES, CONSCIENTE DA TRAJETÓRIA DO PÓ. PARA CHEGAR AO NARIZ, A DROGA PASSOU ANTES PELAS MÃOS DE CRIMINOSOS. FOI REGADA A SANGUE'. (...) É PROPOSITAL [NO FILME "O DONO DA NOITE", DE PAUL SCHRADER] A REPETIÇÃO RITUALÍSTICA DE CENAS QUE MOSTRAM A ROTINA DO ENTREGADOR, ENCERRADO NUMA LIMUSINE PRETA E FÚNEBRE. NESSE CONTEXTO, A DROGA NÃO CUMPRE MAIS A FUNÇÃO SOCIAL DAS ANTIGAS CULTURAS. ELA É APENAS UM VEÍCULO DE ALIENAÇÃO E AUTODESTRUICÃO". (FILHO, ANTÔNIO GONÇALVES. A PALAVRA NÁUFRAGA - ENSAIOS SOBRE CINEMA. SÃO PAULO: COSAC SC NAIFY, 2001. P. 259-60 - NÃO GRIFADO NO ORIGINAL). 4. PRECEDENTE: 'ACÓRDÃO N. 560684, 20100110754213APJ, RELATOR JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, 2ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO DISTRITO FEDERAL, JULGADO EM 17/01/2012, DJ 25/01/2012 P. 173'. RECURSO PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA COM VISTAS AO PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO." 4. Agravo regimental DESPROVIDO. (ARE 728688 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 04-10-2013 PUBLIC 07-10-2013. ). (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Com o advento da lei em 2006, muitos questionaram se houve a descriminalização do porte de drogas, porém, esse argumento não procede visto que sua tipificação se encontra no capítulo "dos crimes". Outro questionamento foi se houve a despenalização do referido crime, o que também não prosperou tendo em vista que existem penas como consequência da prática delitiva, só que não são penas privativas de liberdade. O terceiro posicionamento considerou a conduta criminosa, onde há a fixação de uma pena que não exige o cárcere. Foi adotado, então, o posicionamento da "descarcerização". Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter

adotado a última corrente, a mesma foi chamada de “despenalização” (MIRANDA, 2014).

Uma diferente visão é dada pelo advogado Luciano Anderson de Souza (2011) ao dispositivo discutido, em sentido contrário à doutrina majoritária. O mesmo considera o artigo totalmente ilegítimo, o que vai de encontro ao estado democrático de direito quando este quer impor uma direção a ser seguida.

Para ele não procede o argumento fundamentador do artigo na tutela da saúde pública da coletividade, de modo que não é válida a tipificação de uma conduta como criminosa se sequer há um bem jurídico a ser tutelado; considera que:

não se constata satisfatoriamente em que medida a higidez fisio-psíquica coletiva – quer seja de um número determinado ou indeterminado de pessoas – é atingida por uma ação que, em tese, denota a possibilidade de lesionar exclusivamente o agente perpetrador dessa mesma ação. (SOUZA, 2011, p.169).

Assim, a proibição da autolesão é uma forma de coagir moralmente o indivíduo, sendo insubsistente o argumento de se tratar de um crime de perigo abstrato, pois não há nenhuma certeza de que a saúde pública seja realmente afetada.

Além disso, a configuração do crime de porte de drogas para uso pessoal fere o princípio da igualdade, da intimidade e a vida privada dos indivíduos. Para o advogado, a igualdade é posta “em cheque” quando se criminaliza o uso de drogas ilícitas sem criminalizar as drogas lícitas, sendo que ambas têm a força de causar dependência. Os outros dois princípios são violados quando geram uma interferência nas escolhas pessoais de cada um.

A norma é vista como contraditória ao passo em que o tipo de punição escolhida para o porte de drogas é totalmente atípico no direito penal. A advertência, a medida educativa ou a prestação de serviços à comunidade não têm o poder de fazer com que o viciado deixe de sentir vontade de utilizar a droga, indo contra o intuito de coação. Não é lógico querer que o criminoso não cometa o mesmo crime novamente se não há, para ele, a pena de prisão.

A punição do consumo de drogas é uma questão médica que não pode ser solucionada pelo sistema repressivo do Estado (SOUZA, 2011).

Agora, com relação ao crime do artigo 33 da Lei de Drogas<sup>16</sup>, a nova lei repetiu os 18 verbos trazidos pela lei anterior. Tal crime também atinge a ordem jurídica e, como o crime do artigo 28, exige complementação da Portaria 344, do Ministério da Saúde.

A tipificação dessas condutas tem o condão de sinalizar os perigos que tais drogas proibidas podem trazer não só para um indivíduo, mas também para toda a sociedade, que sofreria com as decorrências do tráfico de drogas (RANGEL; BACILA, 2015).

Para o advogado Fabiano Zoldan<sup>17</sup> o sistema de quantificação judicial é aplicado no Brasil, de modo que através de análise dos elementos trazidos pelo caso o juiz poderá enquadrar a conduta como tráfico. Muitas vezes, quando a situação é de difícil apuração, facilmente pode acontecer um erro de enquadramento, sendo o traficante considerado como consumidor para uso pessoal, tendo, assim, uma pena muito leve que o permite continuar com o seu “trabalho”.

Para Cláudio Alberto Volpe Filho (2006), não são todos os 18 verbos trazidos pelo artigo 33 da nova lei, antigo artigo 12 da Lei 6.368/76, que devem ser considerados tráfico. Considerando que a palavra “tráfico” significa comércio ou negócio, uma conduta somente pode ser enquadrada como tráfico quando tiver a finalidade do comércio. Assim, um indivíduo que é pego fornecendo, de forma gratuita, uma substância ilícita não pode ser considerado traficante, haja vista que não houve o intuito de comércio, mesmo sua conduta estando abrangida por um dos núcleos verbais do artigo. Apesar de o autor apresentar tal entendimento, não é isso que podemos observar na jurisprudência, de modo que basta que o indivíduo cometa um dos comportamentos previstos no tipo penal para que esteja caracterizado o crime, de modo que sua visão é minoritária.

---

<sup>16</sup> 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. (BRASIL, 2006).

<sup>17</sup> Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=NsO8UAJmnG0>> . Acesso em: 27 abril 2018

Fernando Capez (2017) considera que o intuito do legislador ao tipificar a conduta de tráfico de drogas foi buscar proteger a sociedade de um dano efetivo causado pelo comércio de entorpecentes.

Podemos visualizar, então, que o enquadramento, ou não, do agente como traficante ou usuário vai depender da análise dos elementos<sup>18</sup> do caso concreto, sendo tênue a linha que possibilita distinguir um portador de drogas para consumo próprio de um traficante de entorpecentes.

Os tribunais reconhecem a dificuldade em distinguir, em alguns casos, o mero usuário do traficante, visto a linha tênue que envolve os dois agentes, o que muitas vezes pode causar uma certa insegurança jurídica. A sexta turma do STJ avaliou a questão como problemática em um dos seus acórdãos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976) - e que continua na legislação atual. 2. A concepção expansiva da figura de quem é traficante acaba levando à inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais. 3. Em nenhum momento, o acusado foi pego vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades. Ainda, o agravado, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes. 4. A apreensão de apenas 3,65 g de crack e a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância evidenciam ser totalmente descabida a condenação pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. 5. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela absolvição do acusado - já proclamada em primeiro grau - não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento, de fato, vedado em recurso especial. O caso em análise, diversamente, demanda apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada ao art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Não há falar, portanto, em incidência da Súmula n. 7 do STJ. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 974.589/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 22/09/2017.). (BRASIL, 2017, grifo nosso).

---

<sup>18</sup> Art. 28, § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (BRASIL, 2006).

O fato de não ter havido prévio monitoramento influenciou na decisão da sexta turma, que optou por absolver o réu. Já em outro caso, a quinta turma apreciou os elementos subjetivos do caso concreto e manteve o indivíduo preso:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Quanto à alegação de excesso de prazo para a homologação da prisão em flagrante do paciente, verifica-se, do acórdão impugnado, que a prisão em flagrante teria ocorrido em 19/1/2017 (quinta-feira) e a decisão que o homologou e decretou a custódia provisória do paciente foi proferida em 23/1/2017 (segunda-feira). Eventual retardo na remessa dos autos e na decisão do juiz não possui, por si só, o condão de anular a prisão cautelar do paciente, sobretudo quando eventual irregularidade teria sido sanada, estando superada pela superveniência do decreto de prisão preventiva. 3. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. 4. No caso dos autos, o paciente, funcionário do Fórum de Juiz de Fora, foi preso em flagrante, após investigação policial de que seria traficante de entorpecentes com elevado grau de pureza, a usuários de alta renda. Em sua residência, foram apreendidos 14,90 gramas de maconha, 2,61 gramas de haxixe e 21,27 gramas de cocaína. No seu trabalho, foram encontrados 153,79 gramas de cocaína, além de uma balança de precisão. Tais circunstâncias justificam sua segregação cautelar, para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 393.471/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017.) (BRASIL, 2017, grifo nosso).

A terceira turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal discorreu sobre a necessidade de análise dos elementos subjetivos para diferenciar o usuário do traficante:

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE CRACK. DESTINAÇÃO À DIFUSÃO ILÍCITA. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. DESPROPORCIONALIDADE. PROVIMENTO PARCIAL. 1. Para se distinguir o usuário do traficante, deve-se levar em consideração todos os fatores que cercam a prática criminosa, tais como lugar e horário em que o agente foi surpreendido levando consigo ou mantendo em depósito a droga, a quantidade e variedade da substância apreendida, dentre outros. 2. Na espécie, a situação flagrancial corroborada pela exorbitante quantidade de crack apreendidas na residência do acusado, acondicionadas em formatação mercantil, permitem concluir pela destinação ilícita dos entorpecentes. 3. A redução da pena em razão de atenuante, na segunda fase da dosimetria,

deve guardar proporcionalidade com o aumento efetivado na primeira fase, em razão de circunstância judicial desfavorável. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Acórdão n.1089515, 20160111133274APR, Relator: JESUINO RISSATO, Revisor: WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 12/04/2018, Publicado no DJE: 18/04/2018. Pág.: 294/298.). (BRASIL, 2018, grifo nosso).

A segunda turma do TJDFT optou por absolver a ré por ausência de elementos que demonstrem o comércio de drogas, aplicando, assim, o *in dubio pro reo*:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. RECURSO PROVIDO. 1. A anterior prisão de um possível traficante de drogas no interior da residência da ré motivou a realização de campanhas policiais no local; entretanto, a simples abordagem de um usuário com duas porções de crack, saindo da casa da ré, não comprova a prática de vendas de drogas por parte dela. 2. Os policiais não presenciaram atos de traficância, o usuário afirmou ter adquirido o entorpecente em outro local e a ré justificou que ele ali esteve apenas para convidá-la para consumirem juntos a droga, proposta que declinou por estar na presença de seus filhos. Vistoriada a casa, nada foi encontrado que infirmasse a versão do usuário e da ré e comprovasse a prática de venda de drogas por parte dela. 3. Diante de dúvidas razoáveis acerca da materialidade e da autoria delitiva imputada à ré, fragilizando um possível decreto condenatório, é sempre bom lembrar que melhor atende aos interesses da justiça absolver um suposto culpado do que condenar um inocente, impondo-se, no presente caso, a aplicação do brocardo "in dubio pro reo". 4. Recurso provido. (Acórdão n.1081620, 20160110154739APR, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/03/2018, Publicado no DJE: 16/03/2018. Pág.: 171/185.). (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Diante do exposto, fica evidente que não há uma solução exata para o problema de falta de parâmetros de distinção entre o crime do artigo 28 e o crime do artigo 33 da Lei 11.343. Assim, os julgadores buscam, na análise do caso concreto, elementos capazes de possibilitar um julgamento justo e coerente.

### **3. LEVANTAMENTO DAS PROVAS UTILIZADAS COMO FUNDAMENTO DAS SENTENÇAS, PELOS JUÍZES, NAS VARAS DE ENTORPECENTES DO DISTRITO FEDERAL**

No capítulo terceiro busca-se analisar quais são as provas mais utilizadas como fundamento de uma sentença, condenatória ou não, nos crimes de drogas. Para tanto, foi feita uma pesquisa de campo, sendo necessário o comparecimento às Varas, onde foi possível assistir às audiências e analisar o comportamento dos juízes, réus, advogados de defesa e promotores.

#### **3.1 Metodologia**

Como forma de limitar a pesquisa no tempo, foi realizado o recorte temporal aleatório do mês de fevereiro de 2018 para análise, sendo pesquisadas todas as sentenças proferidas pelos juízes das quatro Varas de Entorpecentes do Distrito Federal.

No mês de fevereiro de 2018, foram encontrados 82<sup>19</sup> processos com sentenças proferidas nas quatro Varas do Distrito Federal. Nessas sentenças analisadas, foi possível identificar que as provas mais frequentes relacionadas ao tráfico de drogas são: a prova testemunhal do policial que efetuou a abordagem; a confissão; a palavra do usuário, em sede inquisitorial, em desfavor do traficante; o uso de filmagens/imagens, além do laudo pericial de constatação da natureza da substância.

Além disso, foi possível observar que, em alguns casos, na maioria das vezes quando a droga era descoberta na casa do criminoso, houve, também, a apreensão de material utilizado para a divisão da droga, como balança, facas e papel plástico. Em grande parte das sentenças analisadas a droga foi apreendida junto com o infrator,

---

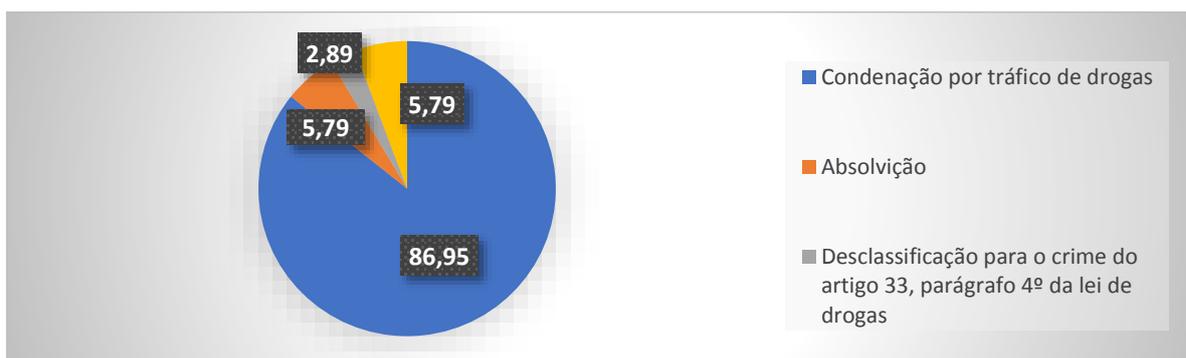
<sup>19</sup> Dos 82 processos, 3 foram desconsiderados em razão de prescrição, 1 em razão de reabilitação criminal, 6 em razão de segredo de justiça, 1 em razão de transação penal, e, 2 processos tiveram a sentença cancelada. Tais processos foram desconsiderados pois não foi possível observar sua fundamentação, objeto dessa pesquisa. Além disso, em 1 processo, a sentença de fevereiro que havia sido cancelada foi proferida novamente em abril, e foi aqui considerada. Em 1 dos processos, a sentença de fevereiro era apenas correção de erro material da sentença de janeiro, que também foi considerada. Assim, totalizaram 69 processos com sentença analisada.

ou perto dele, quando o mesmo tentava desfazer-se dela com a chegada da polícia. Também podemos dizer que, em quase todos os processos, foi encontrado dinheiro com o acusado, que tentava demonstrar a origem lícita do mesmo.

### 3.2 Análise quantitativa e qualitativa das provas utilizadas

Como resultado da pesquisa, tem-se que, em aproximadamente 86,95% dos processos, o réu foi condenado pelo crime de tráfico de drogas; em 5,79% dos processos, o réu foi absolvido<sup>20</sup>; em 2,89% dos processos, o juiz desclassificou-o para a conduta delituosa do artigo 33, parágrafo 4º, da lei de drogas; e, por fim, em 5,79% dos processos o juiz desclassificou-o para o crime do artigo 28 da lei.

Gráfico 1 – título: resultado da pesquisa



Fonte: elaborado pela autora.

Em todos os processos em que a pretensão punitiva quanto ao crime de tráfico de drogas foi julgada improcedente isso se deu em razão de insuficiência de provas, onde o magistrado aplicou o princípio do *in dubio pro reo* face à falta de certeza da materialidade do crime. Em tais processos, o próprio Ministério Público, em alegações finais, já havia postulado pela absolvição.

Também pode-se observar a presença, nesses processos, de apenas um tipo de prova, a prova testemunhal. Em dois dos processos somente havia o relato dos policiais quanto ao momento da abordagem. Em outros dois, além do relato policial, havia testemunhos de outras pessoas.

<sup>20</sup> Em um dos processos houve um réu condenado e outro absolvido.

Nos processos em que houve a desclassificação para o crime de uso de drogas, foi considerada, de modo geral, a falta de apreensão de objetos que demonstrem a traficância, como plásticos, balança de precisão, etc. Além disso, foi observado a quantidade de droga apreendida, se compatível ou não com o consumo pessoal. Em dois dos casos ainda foi utilizado como fundamento a falta de visualização de troca de objetos. Em tais processos, a principal prova foi o relato policial e a declaração do usuário em consonância com a do acusado (ocorreu somente em dois processos).

Na pesquisa realizada, tem-se que 100% dos processos utilizaram o relato do policial como fundamento da sentença, dado que não me surpreende, tendo em vista que a apuração do crime de tráfico de drogas é difícil pelo fato de que muitas vezes não há outras pessoas que visualizam a abordagem, ou, quando a visualizam, têm medo de testemunhar. Em 44,9% dos processos houve a confissão do acusado. Considero uma grande porcentagem, visto que, ao iniciar a pesquisa, imaginei que seriam raros os casos de confissões. Tal informação é relevante, haja vista que considero esse meio de prova determinante para uma correta e forte fundamentação de uma sentença condenatória. Tal prova é fundamental para evitar possíveis condenações equivocadas por parte dos magistrados.

Apesar disso, a confissão, assim como todos os meios de prova, deve ser analisada em conjunto com as demais provas no processo. Não há uma prova absoluta, de modo que não é porque o acusado assumiu o crime que o mesmo vai ser necessariamente condenado (RANGEL, 2017). Isso porque a confissão pode ser falsa, ou modificada por algum medo do denunciado. Assim, a confissão isolada e divergente do restante do conjunto probatório, ou quando seja o único meio de prova, não é suficiente para uma condenação (LOPES JUNIOR, 2017).

Aproximadamente 30,4% dos processos contaram com a declaração do usuário corroborando com a denúncia do Ministério Público, seja em sede inquisitorial seja como testemunho judicial. Importante ressaltar que, apesar de a maioria dos depoimentos terem se dado em fase de investigação, os mesmos podem ser utilizados para somar com as demais provas dos autos. Esse número também não era esperado no início da pesquisa, isso porque não visualizava a apreensão do usuário junto com o acusado. Apesar disso, considero a prova um pouco controversa, haja vista que, ao mesmo tempo em que o usuário pode falar a verdade por medo de ser preso, ele

também pode não agir com a verdade pela mesma razão, ou visando prejudicar o denunciado por algum outro motivo pessoal.

Em 23,18% dos processos houve prova testemunhal de pessoas que não a autoridade policial, sendo que, na maioria dos processos, tais testemunhos em nada influenciaram para corroborar ou não com a denúncia; 18,8% dos processos contaram com o uso de filmagens para apoiar a decisão do magistrado; e 4,34% contaram com a interceptação telefônica. Com relação aos dois últimos dados, penso que demonstram a pouca utilização da tecnologia para dar mais segurança a uma possível condenação. A filmagem, apesar de não ser possível em toda e qualquer abordagem de supostos traficantes, poderia ser mais utilizada em locais já conhecidos pelas autoridades policiais como ponto de traficância, bem como em casos de denúncias anônimas, onde já se tem a notícia de que se irá apurar a mercancia de drogas. Quanto a interceptação, se considerarmos que a maioria dos casos se referem a “pequenos traficantes”, o seu uso se torna mais restrito aos casos em que há o maior número de pessoas atuando em conjunto para o tráfico, de modo que é um meio de prova mais difícil de ser utilizado como fundamentação de uma sentença.

Por fim, somente 2,89% dos processos contaram com a perícia no celular do acusado. Se refletirmos que praticamente todas as nossas conversas se dão por aplicativos de celular, podemos facilmente concluir que um possível traficante tenha muitos contatos e que combine a venda da droga pelo aparelho celular. Apesar disso, tal prova não é tão fácil assim de ser utilizada, haja vista que pode esbarrar no direito à intimidade do réu. Porém, acredito que através das conversas seria possível ter certeza quase que absoluta do cometimento ou não do crime, de modo que seria possível observar quem é o usuário e quem é o traficante. Assim, para melhor prestar o serviço jurisdicional, buscando uma sentença mais justa, o instituto da perícia no celular deveria ser mais utilizado como fundamentação.

Para melhor organização, foi feito um gráfico para facilitar a visualização dos fundamentos utilizados nas sentenças proferidas durante o mês de fevereiro nas Varas de Entorpecentes do DF. Não trouxe, no gráfico abaixo, a quantidade de processos em que houve a apreensão de apetrechos de divisão de drogas, como balança e faca, mas tal fato também foi considerado para fundamentação.

Gráfico 2 – título: fundamentação utilizada nas sentenças analisadas.



Fonte: elaborado pela autora

Por fim, através dos dados acima adquiridos, é possível observar que a prova mais utilizada para condenar ou não um indivíduo, nos crimes da lei de drogas, é o relato dos fatos pelos agentes policiais, que, segundo os próprios magistrados, goza de presunção de veracidade, quando não constatados motivos para que prejudique o acusado. Em muitas sentenças, o próprio magistrado traz a jurisprudência do TJDFT que determina a credibilidade do testemunho de policiais:

APELAÇÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. ALEGAÇÃO DE CONSUMO PRÓPRIO. QUANTIDADE. VARIEDADE. FORMA DE ACONDICIONAMENTO. PALAVRA DOS POLICIAIS. CRIME DE NATUREZA MÚLTIPLA. TRAZER CONSIGO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Afora ter apresentado declarações contraditórias na Delegacia e em juízo, a justificativa apresentada pela apelante no sentido de que as drogas seriam destinadas ao consumo próprio também não merece credibilidade diante da quantidade e da variedade das substâncias apreendidas e da forma de acondicionamento em pequenas porções, como costumam ser comercializadas: porções de cocaína cada uma envolta por segmento plástico na forma de trouxinha (1,47g); cerca de 40 (quarenta) pedras de "crack" (10,62g); 16 (dezesesseis) comprimidos de Rohypnol; e diversos fragmentos soltos de "maconha" (12,78g), envoltas por segmento plástico. 2. A variedade, a quantidade e a forma de acondicionamento das substâncias apreendidas são circunstâncias que evidenciam a traficância (art. 33, "caput", da Lei 11.343/2006), e eliminam a hipótese de porte de droga para consumo pessoal (artigo 28 da Lei 11.343/2006). 3. A palavra dos policiais a respeito das funções que desempenham na qualidade de agentes públicos possui presunção de veracidade e os atos por eles praticados no exercício do cargo gozam de presunção de legitimidade, motivo pelo qual a palavra deles possui relevante força probatória, em especial se corroborada por demais elementos de convicção constantes dos autos. 4. O crime de tráfico é de natureza múltipla (multinuclear), ou seja, a prática de quaisquer das condutas descritas no "caput", do artigo 33, da Lei 11.343/06 caracteriza o delito, de maneira que, embora a recorrente não tenha sido flagrada comercializando drogas, ela incidiu na conduta de "trazer consigo" prevista no tipo, motivo pelo qual não

há falar que não há prova de que ela tenha exercido conduta típica de traficância. 5. Recurso desprovido. (Acórdão n.904921, 20140111952278APR, Relator: SILVANIO BARBOSA DOS SANTOS, Revisor: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 05/11/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015. Pág.: 127.). (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Acredito que o juiz, ao analisar o relato policial, não deva simplesmente aplicar a presunção de veracidade, isso porque se trata de uma prova facilmente passível de erros, sem querer dizer que tais erros são intencionais, porém o tempo entre a abordagem e o testemunho do policial, bem como a grande quantidade de abordagens semelhantes realizadas pelos mesmos pode fazer com que se confundam ao prestar as informações. De modo que esse risco existe, não podendo o acusado corrê-lo. Assim, como já foi dito anteriormente, a palavra do agente é de extrema importância nos crimes da lei de droga, mas, apesar disso, deve ser corroborada com outros meios de prova, tais quais confissão, filmagens e até mesmo apreensão de objetos que fortaleçam a ideia do tráfico, como, por exemplo, a balança, facas com resquícios de droga, papel plástico para separar o entorpecente, etc.

### **3.3 Análise de casos**

Para finalizar o presente trabalho, passo para a análise casuística de alguns processos que me chamaram a atenção.

No processo 2017.01.1.035665-2, julgado pela Juíza Maria Cecilia Batista Campos, substituta da Primeira Vara de Entorpecentes, o réu foi condenado no crime do artigo 33 da Lei 11.343/2006 mesmo não tendo sido encontrado, com ele, drogas ou dinheiro. Ocorre que, apesar disso, os agentes policiais primeiro abordaram o usuário da droga, que foi conduzido à delegacia e assumiu ter comprado droga do acusado. Com ele foi apreendido *crack*. Depois, retornaram para abordar o vendedor, que negou a traficância. Conclui-se que apesar de não terem sido encontradas drogas com o denunciado, a fundamentação da sentença não é frágil, visto que foi considerado que havia várias denúncias anônimas contra o mesmo, e que também este já havia sido apreendido por crime análogo e na mesma região quando menor. A falta de drogas e dinheiro foi justificada pelo tempo em que os agentes conduziram o usuário até a delegacia e retornaram para prender o réu.

No processo 2017.01.1.043723-4, julgado pela Juíza Léa Martins Sales, da Segunda Vara de Entorpecentes do DF, o réu foi absolvido, a meu ver corretamente, do crime de tráfico de drogas. O que ocorreu foi que o mesmo foi preso depois de outra pessoa ter sido abordada com droga dentro do carro e ter alegado que as drogas pertenciam ao acusado, que negou o fato. Observa-se que não há elemento nenhum capaz de concluir pela traficância, porque os policiais em nenhum momento afirmaram que viram o mesmo cometendo o ilícito e nem com o mesmo foi encontrado nada de ilegal. Nota-se que o depoimento do policial nem sempre é no sentido de confirmar o mercado de drogas, mas sim para relatar o que por ele foi visto. O réu pode até ser traficante, mas nesse caso não há provas suficientes capazes de sustentar tal alegação, de modo que não seria justo forçar uma condenação.

Outro processo que me chamou a atenção foi o 2017.01.1.047457-6, julgado pela Juíza Joelci Araújo Diniz, da Terceira Vara de Entorpecentes do DF. O réu foi condenado pelo crime de tráfico de drogas ao ser abordado em conjunto com um usuário que afirmou ter comprado cocaína do mesmo. O fato é que com o denunciado foi encontrada somente a quantia de R\$ 25,00, e o usuário alegou ter comprado a droga por R\$ 40,00 reais.

Não há outra prova além do que foi afirmado pelo usuário e pela polícia que estava em patrulhamento. Ela se torna uma prova fraca se analisada em conjunto com o fato alegado pelo usuário e com o que foi encontrado com o condenado. A juíza considerou que o restante do dinheiro pode ter sido jogado fora pelo condenado, mas por que o mesmo teria jogado só uma parte do dinheiro e não o dinheiro todo? E, se ele tivesse feito isso durante a abordagem e a condução à delegacia, não seria crível que os policiais perceberiam o ato?

Considero que a fundamentação foi fraca e disfarçadamente baseada no fato de que o réu recentemente havia sido condenado por tráfico. Mas as provas de outro processo não podem servir para esse. Mesmo o condenado sendo traficante, não consegui vislumbrar provas aptas a condenar o réu.

Por fim, no processo 2017.01.1.033910-3, o réu foi condenado pelo Juiz Arquibaldo Carneiro Portela, da Quarta Vara de Entorpecentes. O mesmo foi abordado com 20,44 gramas de *crack* e R\$ 108,00. Ao fundamentar a sentença, o juiz considerou a grande quantidade e o tipo de droga apreendida, bem como o local em

que o denunciado foi abordado, que já era conhecido ponto de tráfico de drogas, e também o fato de a autoridade policial ter recebido denúncias em desfavor do acusado. Além disso, o mesmo já possuía passagem por ato análogo. Este fato não foi o único e principal argumento, mas foi somado às provas acima descritas, que não corroboram com o depoimento do acusado de que era usuário e consumiria a droga em dois dias, isso porque se considera que uma pessoa só é capaz de consumir até 5g de *crack* por dia.

Concluo, nesse capítulo, que não há um tipo de prova que deva ser descartado por sua possível fragilidade. As provas de um crime devem ser analisadas em conjunto, podendo a prova testemunhal se tornar mais duvidosa quando não corroborada com outros elementos, tais quais tipo e quantidade de droga apreendida, objetos que caracterizam a divisão de entorpecentes para venda, dinheiro em espécie, o local onde o acusado foi abordado, etc. Por outro lado, mais forte se mostra uma fundamentação quando ela possui filmagens, imagens ou perícia no celular do denunciado que tragam conversas que demonstrem a venda do entorpecente. Conclui-se, então, se uma sentença é justa ou não, não pelo fato de possuir somente um tipo de prova como fundamento, mas sim em como o conjunto probatório é analisado em cada caso concreto.

## CONCLUSÕES

Nenhuma condenação pode ser proferida sem provas. Assim, deve o magistrado se valer dos meios de prova existentes em cada caso concreto, de modo a encontrar a fundamentação necessária para punir as pessoas acusadas por um crime.

O modelo processual penal brasileiro adota o critério do livre convencimento motivado, o que dá certa autonomia, para o juiz, no momento de considerar uma prova, mas não o desobriga de fundamentar sua decisão, nem de avaliar todo o conjunto probatório em busca da verdade real.

Além disso, o convencimento do magistrado deve se basear em provas obtidas por meios lícitos, de tal forma que a utilização de prova ilícita só pode ocorrer, excepcionalmente, se para beneficiar o réu.

A legislação passa a adotar o sistema repressivo de combate ao crime de tráfico de drogas, mais ou menos, com a chegada dos anos 40. Assim, a preocupação com esse delito deixa de ser secundária, ganhando uma força ainda maior com a ditadura, onde grupos faziam uso de drogas em forma de protesto.

Apesar da Lei 6.368, de 1976, não ter trazido uma diferença substancial quanto aos tipos penais já previstos no Código Penal de 1940, ela trouxe uma preocupação com o dependente de substâncias entorpecentes. A Lei 11.343, de 2006, surge em meio à preocupação do Estado em reprimir as organizações criminosas, punindo severamente o traficante de drogas e considerando o usuário como doente, que não pode ser submetido à prisão.

A diferença entre o usuário e o traficante de drogas deve ser verificada através da análise dos elementos do caso concreto. Apesar da distinção parecer subjetiva, o magistrado deve considerar todo o conjunto das provas produzidas para separar aquele que tinha a droga somente para seu uso próprio daquele que queria comercializar.

Apesar de a sociedade desejar que o crime de tráfico de drogas seja severamente combatido, a condenação do criminoso deve ser proferida com base em um conjunto probatório convincente, independentemente do meio de prova existente

em cada caso, seja filmagem, seja a apreensão de balança para quantificar a droga, ou somente o relato dos agentes policiais que efetuaram a prisão. A decisão deve demonstrar que realmente se trata de um traficante e não de um mero usuário de drogas.

O objetivo principal do trabalho foi avaliar se era possível ter uma fundamentação robusta e não arbitrária considerando a ausência de critérios objetivos para definir quem é o usuário e quem é o traficante na Lei 11.343/2006. O trabalho teve também como objetivo aferir se as sentenças proferidas eram subjetivas, ou seja, se eram ou não articuladas com base em uma visão do senso comum de quem são os criminosos.

Diante de tudo o que foi estudado ao longo de quase um ano de pesquisa, através da leitura de livros, artigos e jurisprudência, bem como em razão da pesquisa de campo realizada nas Varas de Entorpecentes do Distrito Federal, foi possível observar que há um motivo para a ausência de critérios objetivos para definirem uma quantidade para o indivíduo se enquadrar como usuário ou traficante, qual seja, se assim fosse, talvez tivéssemos uma maior impunidade, visto que os traficantes se enquadrariam no padrão usuário para não irem para a cadeia.

Assim, a lei traz elementos objetivos que devem ser analisados, no caso concreto, para concluir ou não pela traficância, como o local em que o denunciado foi preso, qual tipo de droga portava e sua quantidade, seus antecedentes criminais, etc.

Então, é possível concluir que a subjetividade da norma de drogas não faz, por si só, com que a fundamentação trazida pelas sentenças seja arbitrária. Foi possível identificar que há processos onde o conjunto probatório é mais fértil, por ter filmagens ou interceptação telefônica. Há outros em que só há a prova testemunhal da polícia que efetuou a apreensão do usuário e denunciado, mas corroborada com o confisco de apetrechos utilizados no mercado de droga. Concluí que certamente há fundamentações mais fracas, e que mesmo pela análise probatória ainda fica uma dúvida, o que não permite ao juiz se esquivar do julgamento. Em muitos casos, quando isso acontecia, ou era aplicada a absolvição, face ao princípio do *in dubio pro reo*, ou se dava a desclassificação para o crime de uso de drogas. Em outros poucos casos, mesmo assim se dava a condenação, que a meu ver era reforçada pelo fato de o acusado já ter outros processos, por exemplo.

Através dessa pesquisa, foi possível notar que a prova presente em todas as sentenças analisadas é o testemunho policial, apesar desse dado não me surpreender. Imaginei que ele seria valorado diferentemente, como se tivesse mais importância que os outros meios de prova. O que visualizei é que os agentes policiais, na maioria dos casos, somente relatavam como se deu a apreensão do agente infrator, de modo que não vislumbrei sua aplicação de modo exclusivo e absoluto, e sim em conjunto com os demais fatos trazidos pelo caso.

Por fim, concluí que nem todas as sentenças que analisei são 100% justas, mas que talvez o magistrado tenha decidido pela condenação por sua experiência em lidar com tais criminosos, ou não. Na maioria dos casos, as fundamentações utilizadas nas sentenças pareceram me convencer por não partir, aparentemente, simplesmente do “achismo” do juiz ou de um possível estereótipo do criminoso, mas sim de toda uma análise do conjunto de provas trazidas caso a caso.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio et al. **Legislação penal especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**:. Introdução à sociologia do Direito Penal. 6. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL, **Decreto Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 05 maio 2018.

BRASIL, **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 05 maio 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial**. AgRg no Resp 1435665/SC. Relator: Min. Sebastião Reis Junior. Brasília, 06 de novembro de 2014. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRE SP%27.clas.+e+@num=%271435665%27\)+ou+\(%27AGRG%20NO%20RESP%27+adj+%271435665%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRE SP%27.clas.+e+@num=%271435665%27)+ou+(%27AGRG%20NO%20RESP%27+adj+%271435665%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 04 abr 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** . HC 399. 159/SP. Impetrante: Bruno Lima Pontes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 8 de maio de 2018. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83343178&num\\_registro=201701069367&data=20180516&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83343178&num_registro=201701069367&data=20180516&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 24 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial**. Eresp 1.544.057/RJ. Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Geilson Barros de Lima. Relator: Min Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 23 de novembro de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67156480&num\\_registro=201501734967&data=20161202&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67156480&num_registro=201501734967&data=20161202&tipo=5&formato=PDF)> . Acesso em: 24 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial**, AgRg no REsp 1691992/SP. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Flavio Coleone Reis. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1667476&num\\_registro=201702114200&data=20171218&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1667476&num_registro=201702114200&data=20171218&formato=PDF)>. Acesso em: 20 abr 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial**. AgRg no Aresp 974.589/MG. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Paulo

Henrique da Silva. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 12 de setembro de 2017. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76529030&num\\_registro=201602287334&data=20170922&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76529030&num_registro=201602287334&data=20170922&tipo=5&formato=PDF)> . Acesso em: 05 maio 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. HC 393.471/MG.

Impetrante: Jessica Cristina Rodrigues da Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 20 de junho de 2017.

Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74000008&num\\_registro=201700658578&data=20170628&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74000008&num_registro=201700658578&data=20170628&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 05 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso**

**Extraordinário**. ARE 728688/DF. Agravante: Rafael M. de Freitas Nascimento.

Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2013. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=174957407&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 abril 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação**. Acórdão n. 1089515.

Relator: Jesuino Rissato. Brasília, 12 de abril de 2018. Disponível em:

<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação**. Acórdão n. 1081620.

Relator: Silvanio Barbosa dos Santos. Brasília, 08 de março de 2018. Disponível em:

<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação**. Acórdão n.904921.

Relator: Silvanio Barbosa dos Santos. Brasília, 05 de novembro de 2015. Disponível

em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 17 maio 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: S.A FABRIS, 1996.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal: Análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CUSTÓDIO NETO, Quézia Jemima Custódio. **Direito no século XXI: Estudos em homenagem ao ministro Edson Vidigal.** Florianópolis: Obra Jurídica, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica.** 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PLESCH, Natalie Ribeiro . **Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais** : [poderes de investigação no processo penal, transação penal e suspensão condicional do processo mutatio libelli publicidade e mídia, oralidade]. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas: comentários penais e processuais.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Cesar Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: Princípio da Proporcionalidade - Interceptação e Gravação Telefônica - Busca e Apreensão - Sigilo e Segredo - Confissão - Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: uma ainda necessária reflexão.** Revista brasileira de ciências criminais, v. 19, n. 88, p. 167-186, jan./fev. 2011.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Manual da prova constitucional.** 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal.** 10. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.

ZAFFARONI, Eugênio; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.