



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**JOÃO FELIPE FERREIRA ZEIDAN**

**A CRIAÇÃO DE UM CRITÉRIO OBJETIVO NA VALORAÇÃO DA QUANTIDADE E  
NATUREZA DA DROGA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS COMO  
MEDIDA DE SEGURANÇA JURÍDICA**

**Brasília – DF**

**2018**

**JOÃO FELIPE FERREIRA ZEIDAN**

**A CRIAÇÃO DE UM CRITÉRIO OBJETIVO NA VALORAÇÃO DA QUANTIDADE E  
NATUREZA DA DROGA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS COMO  
MEDIDA DE SEGURANÇA JURÍDICA**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor José Carlos Veloso Filho.

**Brasília – DF**

**2018**

**JOÃO FELIPE FERREIRA ZEIDAN**

**A CRIAÇÃO DE UM CRITÉRIO OBJETIVO NA VALORAÇÃO DA QUANTIDADE E  
NATUREZA DA DROGA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS COMO  
MEDIDA DE SEGURANÇA JURÍDICA**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor José Carlos Veloso Filho.

**Brasília – DF, 1 de outubro de 2018.**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor(a) Orientador(a)**

---

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

# A CRIAÇÃO DE UM CRITÉRIO OBJETIVO NA VALORAÇÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS COMO MEDIDA DE SEGURANÇA JURÍDICA

João Felipe Ferreira Zeidan.

## RESUMO

Trata-se de artigo cujo intuito primordial é analisar a necessidade de fixação de elemento valorativo uniforme na circunstância judicial referente à quantidade e natureza da droga, condição preponderante na dosimetria da pena nas condenações por crimes descritos na Lei nº 11.343/2006 com base em parâmetro traçado por comparativo de decisões discrepantes, como medida de segurança jurídica.

Palavras-chaves: Normalização. Lei de Tóxicos. Dosimetria da Pena. Circunstâncias judiciais. Segurança Jurídica.

## SUMÁRIO

Introdução. 1 – Dos conceitos pertinentes às drogas em geral. 2 – Do critério objetivo como medida de segurança. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

A aplicação da pena privativa de liberdade nos delitos cometidos sob a égide da Lei 11.343/2006 guarda uma peculiaridade: a circunstância valorativa disposta no artigo 42 da Lei supracitada<sup>1</sup>.

O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

A valoração negativa da natureza e quantidade da substância apreendida mostra-se necessária nos tipos penais da lei supracitada, mas principalmente na figura delitiva disposta no artigo 33 da Lei 11.343/2006, o tráfico de drogas, uma vez que se trata de crime contra a saúde pública. Logo, quanto mais nociva a substância

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de; BORGES DE MENDONÇA, ANDREY. *Lei de Drogas, Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, Comentada Artigo por Artigo*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 200.

ou quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior será a reprovabilidade sobre a conduta delituosa.

De fato, não se pode equiparar a conduta daquele indivíduo que é flagrado trazendo consigo 500 (quinhentos) gramas de maconha com a daquele que é preso com 500 (quinhentos) gramas de crack, já que esta droga possui um caráter viciante e destrutivo mais elevado que aquela<sup>2</sup>.

Em virtude do artigo 42 da Lei 11.343/2006, não há nenhum parâmetro para que o magistrado diferencie as substâncias ilícitas, a delimitação da pena levará em consideração a experiência e o conhecimento do juiz, aliados às provas produzidas no processo. Ocorre que em algumas hipóteses, em especial diante de substâncias menos comuns, isso não é suficiente para uma definição mais precisa da periculosidade da substância e, por conseguinte, da pena a ser aplicável<sup>3</sup>.

O ordenamento jurídico pátrio falha na estipulação de critérios para valorar qual quantidade de entorpecente é relevante, ou seja, se será necessário uma maior reprovabilidade da conduta delitiva e, conseqüentemente, demandar uma punição estatal mais rígida, a qual é evidenciada em uma pena mais elevada<sup>4</sup>.

Em alguns países já se adota uma classificação oficial das substâncias de acordo com níveis de periculosidade. Como exemplo, citam-se os Estados Unidos da América, onde as listas de substâncias proibidas classificam-se em níveis que levam em consideração o potencial para serem utilizadas de forma abusiva e para causarem dependência, assim como a utilização dos entorpecentes para outros fins ilícitos<sup>5</sup>.

Existindo já essa estipulação legal, as penas para cada substância já são previamente tarifadas, tornando a análise da periculosidade da droga uma atividade objetiva, a ser feita nos moldes das estipulações legais<sup>6</sup>.

O imenso poder discricionário concedido aos magistrados na valoração dessa circunstância judicial acarreta uma aplicação desproporcional e dissonante da legislação penal no território nacional<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de; BORGES DE MENDONÇA, ANDREY. *Lei de Drogas, Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, Comentada Artigo por Artigo*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 201.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 202.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Idem.

Sob os mais recentes entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, a circunstância judicial negativa da natureza e quantidade da droga apreendida pode ser utilizada como moduladora em diversas fases da fixação da pena, sendo vedado o *bis in idem*<sup>8</sup>.

Temos como exemplo para exasperar a pena-base do acusado ou para negar a aplicação do redutor disposto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, em virtude da suposta elevada quantidade de droga levar a compreensão de que o réu se dedica às atividades criminosas – o que veda a aplicação do redutor –, para recrudescer o regime inicial de cumprimento de pena ou até mesmo para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A quantidade e a natureza da droga apreendida, apesar de utilizadas na primeira etapa da dosimetria para justificar afastamento da pena-base do mínimo legal podem ser utilizadas como fator impeditivo de reconhecimento do tráfico privilegiado, por indicarem a dedicação do recorrente à atividade criminosa, incorrendo, assim, o vedado *bis in idem*. Precedentes.<sup>9</sup>

A valoração da quantidade e natureza da droga apreendida, no que se refere à dosimetria da pena nos crimes de tráfico de drogas, possui um papel imensamente relevante<sup>10</sup>.

Assim, como acima demonstrado, a quantidade e natureza da droga é a circunstância judicial preponderante no delito denominado tráfico de drogas, e, portanto, a importância da aplicabilidade uniforme dessa moduladora nos diversos órgãos julgadores do território nacional<sup>11</sup>.

Ademais, é crucial ressaltar que o consumo de drogas lícitas e ilícitas é uma problemática tanto no cenário nacional quanto no internacional.

O consumo de drogas cresce demasiadamente no Brasil, o que acaba por tornar qualquer assunto referente às drogas um fenômeno social de elevada importância.

De acordo com a Agência da ONU para Drogas e Crime (UNODC), em 2015, cerca de 250 milhões de pessoas usavam drogas. Dessas cerca de 29,5

---

<sup>8</sup> CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de; BORGES DE MENDONÇA, ANDREY. *Lei de Drogas, Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, Comentada Artigo por Artigo*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2012. p. 202.

<sup>9</sup> STJ - *AgRg no AREsp 1097284/MT*. Órgão julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data de julgamento: 22/08/2017. Data de publicação: 01/09/2017.

<sup>10</sup> CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de; BORGES DE MENDONÇA, ANDREY. op. cit. p. 201.

<sup>11</sup> Idem.

milhões de pessoas – ou 6% da população adulta global – apresentaram transtornos relacionados ao consumo de drogas, incluindo a dependência<sup>12</sup>.

Estima-se que quase 200 mil pessoas morrem anualmente devido ao consumo de narcóticos, entre sobredoses e outros problemas associados<sup>13</sup>.

Apontam, ainda, estatísticas relevantes para o Brasil, uma vez que o consumo de maconha e cocaína aumentou, divergindo da tendência mundial de estabilização no consumo destas drogas.

É importante demonstrar que inclusive o consumo de drogas sintéticas tem crescido, principalmente entre os jovens<sup>14</sup>.

Dados expostos pelo Departamento Penitenciário Nacional, em 2017, referente à atualização de dados de junho de 2016, apontam que 28% da população carcerária brasileira são acusados ou condenados como incursores em figuras típicas relacionadas ao tipo penal incriminador de tráfico de drogas<sup>15</sup>.

O índice de envolvimento na figura delitiva do tráfico de drogas só não é superior quando compactadas as informações sobre os delitos contra o patrimônio referentes aos furtos e roubos, pois estes correspondem a 37% das incidências.

A distribuição entre homens e mulheres, no entanto, evidencia a maior frequência de crimes ligados ao tráfico de drogas entre as mulheres. Entre os homens, os crimes ligados ao tráfico representam 26% dos registros, enquanto entre as mulheres esse percentual atinge 62%<sup>16</sup>.

A elevada diferença nos índices de detenções por incursões na figura típica disposta no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, entre homens e mulheres pode ser justificada pelo fato das mulheres estarem em ambientes de comercialização de drogas e muitas vezes ingressam em organismos criminosos, porém não ocupam

---

<sup>12</sup> *Relatório Mundial sobre Drogas*. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/relatorio-mundial-sobre-drogas.html>>. Acesso em 15 ago. 2018.

<sup>13</sup> *Consumo de drogas mata 200 mil pessoas por ano*, diz ONU. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-03/consumo-de-drogas-mata-200-mil-pessoas-por-ano-diz-onu>>. Acesso em 30 mai. 2018.

<sup>14</sup> *Uso de drogas aumenta entre os adolescentes no país*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/uso-de-drogas-aumenta-entre-os-adolescentes-no-pais-19996988>>. Acesso em 24 mai. 2018.

<sup>15</sup> *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização Junho de 2016*. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio\\_2016\\_22-11.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf)>. Acesso em 15 ago. 2018.

<sup>16</sup> Idem.

posições de gerência dentro da organização criminosa, uma vez que em sua grande maioria realizam funções de transporte de entorpecentes<sup>17</sup>.

Demonstrado o elevado número de pessoas envolvidas no mecanismo que movimenta todo o sistema de tráfico de drogas, sejam como meros usuários ou os próprios agentes criminosos que realizam a mercancia das substâncias irregulares, resta evidenciada a importância de qualquer estudo acadêmico que tenha ligação com essa sistemática das drogas.

O número de pessoas condenadas pelo crime de tráfico demonstra a importância da prestação jurisdicional como um todo ser realizada de forma uniforme nessas condutas, principalmente no que diz respeito à dosimetria da pena. Isto porque se tal prática técnica for realizada de forma equivocada é provável que o condenado passe mais tempo detido do que o necessário, o que acarreta também a superlotação penitenciária, o que consiste em um dos principais problemas atuais no Brasil.

Em contraponto ao cenário social, é cabível dizer que o delito de tráfico de drogas possui uma elevada importância em virtude do grande número de pessoas que afeta e principalmente, pelo imenso número de pessoas detidas como comprometidas nas condutas nele tipificadas.

A produção de um estudo jurídico que visa à aplicação uniforme da legislação é de grande relevância, ainda mais na seara da pena privativa de liberdade imputada aos condenados, afinal tais penas já possuem um condão punitivo tão elevado que deveriam ser fixadas de forma homogênea.

## **1. DOS CONCEITOS PERTINENTES ÀS DROGAS EM GERAL**

A dependência química é a forma de vício mais comum que existe, sendo considerada pela medicina uma doença causada por alterações químicas no cérebro que levam as pessoas a consumir determinada substância compulsivamente, mesmo quando sabem que isso terá efeitos graves em sua vida<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> BIANCHINI, Aline. *Mulheres, tráfico de drogas e sua maior vulnerabilidade: série mulher e crime*. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814131/mulheres-trafico-de-drogas-e-sua-maior-vulnerabilidade-serie-mulher-e-crime>>. Acesso em: 18 set. 2018.

<sup>18</sup> ARAUJO, Tarso. *Almanaque das drogas: um guia informal para o debate racional*. 1. ed. São Paulo: Editora LeYa, 2012. p. 178.



É necessário fazer uma breve demonstração dos índices de periculosidade das drogas mais consumidas no Brasil para que fique mais compreensível o porquê de uma quantidade de droga menos perigosa merecer uma valoração menos rigorosa.

Começando pela cocaína, altas doses podem causar hipertermia, convulsões, derrames, paradas cardiorrespiratórias, overdose, além de infecções graves, no caso de uso intravenoso. O risco de dependência de cocaína é alto, especialmente quando é usada por via sanguínea ou fumada, sob a forma de “crack” que é um derivado dos restos do refino da cocaína, portanto possuem o mesmo princípio ativo.

Ambas as substâncias supracitadas estão no topo das drogas ilícitas mais perigosas do mundo para os usuários, em virtude do seu imenso poder de causar dependência<sup>19</sup>.

A maconha e o haxixe são produzidos através de plantas da espécie *cannabis sativa*, que são ricas em THC (tetraidrocanabinol), e possuem diversas finalidades medicinais. A maconha é produzida através das folhas e flores, já o haxixe é a resina extraída dessas partes da planta.

Os índices de dependência apontam que cerca de 10% das pessoas que experimentam maconha se tornam dependentes em algum momento da vida. Até o presente momento inexistem registros de casos de overdose pelo consumo de maconha<sup>20</sup>.

O principal efeito negativo dessa droga é sobre a memória dos usuários. Na escala de periculosidade a maconha está em um nível intermediário pois, mesmo prejudicando menos o usuário do que a cocaína, é consumida por um grande número de pessoas<sup>21</sup>.

O *ecstasy* é um comprimido, que possui como princípio ativo o MDMA (metilendioximetanfetamina), e, portanto, uma droga sintética, ou seja, produzida através de substâncias químicas. É um tipo de anfetamina, porém é tratada separadamente por possuir efeitos distintos, como alucinações e aumento da empatia. Esse aumento na empatia faz o *ecstasy* ser denominado “empatógeno”<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> ARAUJO, Tarso. *Almanaque das drogas: um guia informal para o debate racional*. 1. ed. São Paulo: Editora LeYa, 2012. p. 178 e 295.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 311.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 198 e 311.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 301.

Os riscos dessa droga estão ligados ao aumento anormal da temperatura corporal, combinado com desidratação e atividade física intensa, ocasionando crises hepáticas, renais e cardíacas. As mortes associadas ao consumo dessa droga geralmente acontecem relacionadas ao uso simultâneo de outras drogas. No referente à dependência gerada pelo *ecstasy* alguns estudos indicam que existe o risco de dependência, porém tal chance é moderada.

No índice de periculosidade essa droga é considerada menos grave, pelo fato de causar pouca dependência e estar associada a poucas mortes, todavia o maior problema decorre de que seu consumo vem crescendo exponencialmente entre os jovens<sup>23</sup>.

## 2. DO CRITÉRIO OBJETIVO COMO MEDIDA DE SEGURANÇA

Em consonância com o disposto por Cezar Roberto Bitencourt, o Direito Penal é

um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança<sup>24</sup>.

Em outra égide apresenta-se como um conjunto de valorações de princípios que regem a interpretação das normativas penais. Essa junção de normas e princípios codificados possuem a finalidade de tornar factível a convivência humana.

O Direito Penal é o responsável por regular as relações dos indivíduos em sociedade, é um meio de controle social exercido unicamente pelo Estado<sup>25</sup>.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a necessidade da criação do Direito Penal, ou seja, um direito que tutelasse bens e imputasse punições aos que os violassem, deu-se em virtude do fato de que o ser humano estar sempre em busca de associação e, desde os primórdios violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando-se assim necessário a

---

<sup>23</sup> ARAUJO, Tarso. *Almanaque das drogas: um guia informal para o debate racional*. 1. ed. São Paulo: Editora LeYa, 2012. p. 198 e 301.

<sup>24</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, volume 1. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 38.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 38 a 40.

criação de uma figura punitiva para exercer uma espécie de retribuição pelo mal causado através da violação das regras de convivência<sup>26</sup>.

O Direito Penal foi desenvolvido com o intuito de proteger os bens mais importantes e necessários para a convivência em sociedade, assim tipificando infrações penais, as quais se subdividem em contravenções penais e crimes (delitos), de modo que esses possuem maior gravidade, e, portanto, são tutelados com maior rigidez<sup>27</sup>.

A forma que o legislador encontrou para proteger os bens jurídicos tutelados foi a cominação de penas pelo fato de a pena nada mais ser que um instrumento de coerção estatal<sup>28</sup>, em contrapartida ao fato ilícito.

Dentre os inúmeros delitos existentes no ordenamento jurídico nacional, 1 (um) merece elevada atenção, em virtude do elevado número de pessoas que atinge, assim como demonstrado anteriormente.

O ilícito penal analisado é o tráfico de drogas, que é correspondente ao artigo 12, *caput*, da antiga Lei de Tóxicos - Lei 6.368/76, e atualmente encontra-se disposto no artigo 33, da nova Lei de Tóxicos - Lei 11.343/2006.

A presente legislação revogou à anterior, mais especificamente a Lei 6.368/76 e a Lei 10.409/2002.

A Lei 11.343/2006 foi publicada em 24 de agosto de 2006 e entrou em vigor no dia 08 de outubro de 2006, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD e prescrevendo medidas ao uso indevido de entorpecentes, de reinserção social dos usuários e dependentes, bem como tipificando novos delitos relativos às drogas e estabelecendo um novo procedimento criminal.

Faz-se necessário explicitar o que é droga para o ordenamento jurídico brasileiro. Nos moldes do art. 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/2006:

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

O rol taxativo das substâncias que constituem drogas ilícitas está disposto na Portaria 344 de 12 de maio de 1998, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária

---

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 9.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>28</sup> MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*, vol. 1. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 537.

- ANVISA, ou seja, a Lei 11.343/2006 é uma norma penal em branco heterogênea, pois seu complemento é oriundo de outra forma legislativa.

A figura típica do tráfico de drogas, disposta no artigo 33 da Lei 11.343/2006, é um delito equiparado a hediondo. Essa informação é extraída do artigo 2º da Lei 8.072/1990, que fornece o mesmo tratamento recrudescido dado aos delitos hediondos aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tortura e terrorismo, vedando a estes em seu inciso II, a anistia a graça e o indulto, que são espécies de benefícios aos acusados.

O crime de tráfico de drogas constante do artigo 33 da Lei 11.343/2006 pode ser praticado por qualquer pessoa, logo trata-se de crime comum e de ação múltipla, uma vez que engloba diversas figuras típicas:

Nos moldes do artigo 33, da Lei 11.343/2006:

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.

Foram elencados apenas no artigo supracitado, 18 (dezoito) verbos distintos. A elevada diversidade de núcleos verbais citados no artigo 33 da Lei 11.343/06 faz dele um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Essa diversidade de ações dispostas possui a intenção de abranger o máximo de condutas possíveis envolvendo o tráfico de entorpecentes em todas as suas fases, desde a produção até o comércio espúrio<sup>29</sup>.

Adentrando à sistemática dos diversos verbos, mesmo que o agente pratique em um mesmo contexto fático mais de uma ação disposta no *caput* do artigo 33 da Lei 11.343/06, incorrerá em apenas um delito de tráfico de drogas, em virtude do princípio da alternatividade. A pluralidade no cometimento de verbos do artigo anteriormente citado deve ser levada em conta no momento da fixação da pena, mais especificadamente na 1º fase do procedimento.

O fato de o autor ter transportado a substância entorpecente para certo lugar, onde a manteve em depósito e posteriormente realizado a venda de tais substâncias é irrelevante para a fixação do número de delitos cometidos pelo agente. Ou seja, mesmo na narrativa supracitada o agente terá praticado um crime

---

<sup>29</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Lei de Drogas Comentários Penais e Processuais*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas. p. 75.

único, em razão da disposição do princípio da alternatividade. Portanto, não há que se falar em concurso de crimes ou continuidade delitiva.<sup>30</sup>

As figuras típicas do delito de tráfico de drogas visaram tutelar o bem jurídico da saúde pública, ou seja, a Lei tem como objetivo evitar o dano decorrente do uso das drogas à saúde, de modo que o sujeito passivo deste crime é a coletividade<sup>31</sup>.

O delito de tráfico de drogas consiste em crime de perigo abstrato, ou seja, não necessita da efetiva produção de um dano, exigindo-se apenas a prática de uma conduta típica que produza um perigo ou lesão ao bem jurídico tutelado, na modalidade abstrata, o que significa que a própria legislação já considera as condutas elencadas no tipo penal como um ato que gera perigo de maneira presumida<sup>32</sup>.

Neste tipo de delito, classificado como crime de perigo abstrato ou presumido, a consumação do crime se dá com a mera conduta que por si só já gera perigo ao bem jurídico tutelado, não necessitando de comprovação de que na conduta realmente houve perigo.

A punição do crime só pode ocorrer em sua forma dolosa, ou seja, o agente, com consciência e vontade, pratica qualquer um dos 18 (dezoito) núcleos verbais trazidos pelo tipo, sendo necessária a plena ciência de que realiza a exploração de substância entorpecente de uso proibido no território nacional, sem a devida autorização ou determinação legal.

A tentativa do crime de tráfico de drogas pode ocorrer, a título de exemplo, como no seguinte caso:

Alfonso aceita a incumbência de levar em seu caminhão um carregamento de cocaína de Goiás até Santa Catarina. Quando encosta o veículo no local acordado para o embarque da droga e começa a carrega-la, é surpreendido pela polícia.

Na situação narrada acima ocorreu a tentativa, pois a finalidade da norma é punir a conduta de transportar, e se o agente incumbiu-se de transporte da droga e não conseguiu sequer iniciar a viagem, não há razão para responsabilizá-lo pelo tipo consumado, mas sim pela tentativa<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016. p. 736.

<sup>31</sup> BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Lei de Drogas Comentários Penais e Processuais*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas. p. 74.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 94.

Em situações que o agente possui desconhecimento de que tem consigo a substância ilícita, resta caracterizado o denominado erro de tipo, o que acarreta a exclusão da tipicidade da conduta.

Antes de adentrarmos a égide da fixação das penas, é necessário demonstrar o princípio da individualização da pena.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, XLVI, prevê que “a lei regulará a individualização da pena”. Nesse sentido, o constituinte designou ao legislador ordinário a responsabilidade de dispor como seria realizada a individualização da pena em todas as suas figuras<sup>34</sup>.

A individualização da pena na fase judicial é de responsabilidade do magistrado, o qual possui a função de tornar a pena em abstrato, que é aquela disposta na legislação, em concreta, cominando assim uma reprimenda necessária para que seja cumprido tanto o caráter repressivo e preventivo da pena<sup>35</sup>.

As sanções penais são subdivididas em 2 (duas) espécies: a pena e a medida de segurança. A pena é a resposta estatal para uma conduta típica, antijurídica e culpável, pena em si constitui a restrição de um bem jurídico, estas são divididas em penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e multa, sendo que a pena de multa é aplicada isolada ou cumulativamente com as demais<sup>36</sup>.

Para uma compreensão melhor da temática a qual se refere o presente artigo, mostra-se necessário demonstrar como é realizada a fixação da pena privativa de liberdade no sistema brasileiro.

O Código Penal, em seu artigo 68, adotou o sistema trifásico (ou Nelson Hungria) para o cálculo da pena privativa de liberdade. Assim, sobre a pena cominada (prevista no tipo penal), numa primeira fase, estabelece-se a pena-base atendendo às circunstâncias judiciais trazidas pelo artigo 59 do CP; em seguida, fixada a pena-base, sobre ela incidirão eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61, 62, 65 e 66); por fim, encerrando o quantum da reprimenda, serão consideradas as causas de diminuição e aumento de pena previstas tanto na Parte Geral como na Especial do Código.<sup>37</sup>

O método trifásico de aplicação da pena tem por objetivo viabilizar o exercício do direito de defesa, explicando para o réu os parâmetros que conduziram o juiz à determinação da reprimenda. Depois de calculada a pena privativa de liberdade, deve o Magistrado anunciar o regime inicial para seu cumprimento, bem como a possibilidade (ou não) de substituição

---

<sup>34</sup> ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e Aplicação da Pena*. Ed. única. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 111.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>37</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Parte Geral*: volume único. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. p. 412.

da pena por medidas alternativas (restritivas de direitos, multa ou suspensão condicional da execução da pena – sursis)<sup>38</sup>.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o juiz realiza a fixação da pena-base, levando em conta as circunstâncias judiciais dispostas no artigo 59 do Código Penal como a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, o comportamento da vítima e, em alguns tipos específicos de delitos como no caso dos delitos dispostos na Lei 11.343/06, outras circunstâncias judiciais poderão ser analisadas pelo magistrado.

No exemplo supracitado tal circunstância é a quantidade e natureza do entorpecente apreendido<sup>39</sup>.

Depois de analisadas as circunstâncias judiciais dispostas anteriormente o magistrado vai reconhecê-las como favoráveis ou desfavoráveis e valorar cada circunstância lhe dando o peso merecido<sup>40</sup>.

Na segunda fase da dosimetria da pena é analisada a presença de circunstâncias agravantes e atenuantes. De acordo com a jurisprudência pátria o *quantum* correto de aumento ou de diminuição pela incidência de cada uma dessas é o de 1/6<sup>41</sup>.

As agravantes estão elencadas no artigo 61 do Código Penal e consistem em: reincidência, motivo torpe ou fútil, traição, emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura, embriaguez preordenada, entre outros dispostos.

As atenuantes estão elencadas no artigo 65 do Código Penal e são: a menoridade relativa, que é o agente ser menor de 21 (vinte e um) na data do fato, o desconhecimento da lei, o cometimento do crime por relevante valor social ou moral, a confissão espontânea, entre outras naquele elencadas.

Segundo o enunciado Sumular 231 do Superior Tribunal de Justiça “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Este entendimento foi reafirmado pelo Pretório Excelso, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 95.425 do Rio Grande do Sul, no qual o relator, Ministro Joaquim Barbosa, reafirmou esse entendimento.

---

<sup>38</sup> CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Parte Geral*: volume único. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. p. 413.

<sup>39</sup> ROSSETO. Enio Luiz. *Teoria e Aplicação da Pena*. Ed. única. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 120.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 137.

De acordo com o disposto por Enio Luiz Rossetto, o motivo de tal limitação é o fato da pena mínima ter a função de proteção do bem jurídico, ou seja, caso a atenuante levasse a pena abaixo do mínimo legal estaria ocorrendo uma insuficiência na proteção do bem jurídico<sup>42</sup>.

Em consonância com o elencado no artigo 67 do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça começou a adotar o processo de compensação de agravante com atenuante, desde que essas sejam equivalentes. Deste modo, no concurso da reincidência simples com a confissão espontânea, uma compensará a outra e a pena se manterá a fixada anteriormente na 1º fase da dosimetria da pena<sup>43</sup>.

Já na terceira fase da dosimetria da pena, ocorre a incidência das causas de aumento de pena e das causas de diminuição e pena<sup>44</sup>.

As causas de aumento estão dispostas na Parte Geral do Código Penal, como o concurso formal de crimes, e outras na Parte Especial e inclusive na legislação ordinária. Um exemplo é a Lei 11.343/06, que em seu texto mais especificamente no artigo 40, dispõe as causas de aumento para os crimes nela regulamentados<sup>45</sup>.

As causas de diminuição também estão dispostas em diversos diplomas normativos, porém especificaremos uma que será bem relevante para esse artigo: a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, conhecida popularmente como tráfico privilegiado.

Tanto as causas de aumento de pena como as causas de diminuição de pena podem ultrapassar o máximo da pena em abstrato ou ficar aquém do mínimo em abstrato<sup>46</sup>.

No ordenamento jurídico nacional prevalece o princípio do livre convencimento motivado, disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, que basicamente preceitua que o magistrado formará sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> ROSSETO. Enio Luiz. *Teoria e Aplicação da Pena*. Ed. única. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 138.

<sup>43</sup> STJ - HC 430.896/SP. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Órgão julgador: Quinta turma. Data de julgamento: 02/08/2018. Data da Publicação: 08/08/2018; AgRg no REsp 1475884/RO. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Órgão julgador: Sexta turma. Data de julgamento: 02/08/2018, DJe 09/08/2018.

<sup>44</sup> ROSSETO. Enio Luiz. op. cit. p. 163.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 164.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 163.

<sup>47</sup> CAPEZ, Renato. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. p. 180.



A autonomia advinda através no julgamento de cada magistrado acaba por gerar algumas atitudes valorativas desproporcionais.

A prestação jurisdicional uniforme e proporcional é um direito de qualquer cidadão, assim como a segurança jurídica encontrada pelo jurisdicionado quando busca o Judiciário é um dos principais fatores de credibilidade dos órgãos jurídicos nacionais.

Adentrando mais à temática abordada, é cabível transcrever situações concretas em que a valoração da quantidade e natureza da droga ocorreu de forma divergente. Vejamos casos comparativos dos Egrégios Tribunais de Justiça de Mato Grosso e Distrito Federal e Territórios, por exemplo, *in verbis*:

A fixação da pena-base em 1 (um) ano acima do mínimo legal mostra-se proporcional à quantidade e natureza do entorpecente apreendido - 52 (cinquenta e dois) comprimidos ecstasy<sup>48</sup>.

[...] foram apreendidas nove porções totalizando 44,95g (quarenta e quatro gramas e noventa e cinco centigramas) de substância vulgarmente conhecida por maconha, contendo em sua composição o princípio ativo tetrahydrocannabinol e, uma porção de substância em pó de tonalidade esbranquiçada, perfazendo massa líquida de 4,60g (quatro gramas e sessenta centigramas), contendo em sua composição cocaína uma porção de cocaína. A quantidade e o modo como acondicionadas as porções devidamente fracionadas, apontam para a prática do tráfico de drogas. [...] Circunstância especial prevista no art. 42 da Lei de Drogas - A natureza e a quantidade da droga apreendida não autorizam o aumento da pena<sup>49</sup>.

Nos casos supratranscritos é perceptível a dissonância de entendimento entre os dois órgãos colegiados.

Na primeira situação, o Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso entendeu que a apreensão de 52 (cinquenta e dois) comprimidos de ecstasy embasava a exasperação da pena-base em 1 (um) ano. Cabe salientar que o ecstasy é uma droga cuja dependência é discutível.

Já no segundo caso, o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu que a apreensão de 44,95 gramas de maconha e 4,60 gramas de cocaína não autorizava a exasperação da pena-base, sendo que a quantidade de droga e sua natureza, no segundo caso, necessitavam de uma valoração mais gravosa que o primeiro.

Para uma prestação jurisdicional mais correta é necessário que ela seja uniforme entre todos os entes da federação, e como acima demonstrado na fixação

---

<sup>48</sup> TJMT – APC nº 21228/2015. Órgão julgador: 2º Câmara Criminal. Relator: Marcos Machado. Data de julgamento: 30/09/2015. Data de publicação: 07/10/2015.

<sup>49</sup> TJDF – Acórdão nº 953819, 20150110790220APR. Órgão julgador: 2ª Turma Criminal. Relator: Cesar Loyola. Data de Julgamento: 07/07/2016. Data de publicação: 13/07/2016. p. 99/126.

da pena nos delitos de tráfico de drogas, a tutela jurisdicional tem sido exercida de forma desuniforme, o que acaba por acarretar numa falha na tutela estatal referente a esses crimes e até certa insegurança jurídica.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Uma intervenção legislativa é cabível como solução para uniformizar o entendimento nos mais diversos Tribunais fixando taxativamente quais quantidades de cada espécie de drogas carece de uma valoração gravosa e, portanto, de uma prestação jurisdicional mais rígida.

Outrossim, diante do moroso processo legislativo vigente em nosso ordenamento jurídico, a solução acima demonstrada mostra-se incapaz de gerar efeitos em curto prazo, o que acarreta ainda mais insegurança jurídica através de decisões divergentes advindas dos Tribunais locais.

Uma solução mais simples e que se mostra mais realista seria a consolidação dos entendimentos nos Tribunais Superiores em relação a qual quantidade e variedade de droga seria necessária para ensejar uma valoração gravosa.

Com as quantidades consideradas graves bem definidas, os julgados advindos das Cortes Superiores poderiam começar a trazer algumas circunstâncias moduladoras no referente à quantidade de repressão que aquela quantidade considerada grave de entorpecente deveria receber.

Após os parâmetros do que realmente é grave e do que não o é bem definidos, a grande discrepância entre os diversos julgados advindos de todo o território nacional provavelmente não cessaria, mas reduziria de forma significativa.

## **REFERÊNCIAS**

ARAUJO, Tarso. *Almanaque das drogas: um guia informal para o debate racional*. 1. ed. São Paulo: Editora LeYa, 2012.

AZEVEDO, Reinaldo. *Aumenta o consumo de drogas no Brasil*. Não me digam.... Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/aumenta-o-consumo-de-drogas-no-brasil-nao-me-digam-8230/>>. Acesso em 1 jun. 2018.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *Lei de Drogas Comentários Penais e Processuais*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas.

BIANCHINI, Aline. *Mulheres, tráfico de drogas e sua maior vulnerabilidade: série mulher e crime*. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814131/mulheres-trafico-de-drogas-e-sua-maior-vulnerabilidade-serie-mulher-e-crime>>. Acesso em: 18 set. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*, volume 1. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

CAPEZ, Renato. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de; BORGES DE MENDONÇA, ANDREY. *Lei de Drogas, Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, Comentada Artigo por Artigo*. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

*Consumo de drogas mata 200 mil pessoas por ano, diz ONU*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2016-03/consumo-de-drogas-mata-200-mil-pessoas-por-ano-diz-onu>>. Acesso em 30 mai. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Parte Geral: volume único*, 4. ed. Salvador: Editora JuPODIVM, 2016.

*Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização Junho de 2016*. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio\\_2016\\_22-11.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf)>. Acesso em 15 ago. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*, vol. 1. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

*Relatório Mundial sobre Drogas*. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/relatorio-mundial-sobre-drogas.html>>. Acesso em 15 ago. 2018.

ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e Aplicação da Pena*. Ed. única. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

STJ - *AgRg no AREsp 1097284/MT*. Órgão julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data de julgamento: 22/08/2017. Data de publicação: 01/09/2017.

STJ - HC 430.896/SP. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Órgão julgador: Quinta turma. Data de julgamento: 02/08/2018. Data da Publicação: 08/08/2018; AgRg no REsp 1475884/RO. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Órgão julgador: Sexta turma. Data de julgamento: 02/08/2018, DJe 09/08/2018.

TJDFT – *Acórdão nº 953819*, 20150110790220APR. Órgão julgador: 2ª Turma Criminal. Relator: Cesar Loyola. Data de Julgamento: 07/07/2016. Data de publicação: 13/07/2016. p. 99/126.

TJMT – *APC nº 21228/2015*. Órgão julgador: 2º Câmara Criminal. Relator: Marcos Machado. Data de julgamento: 30/09/2015. Data de publicação: 07/10/2015.

*Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>>. Acesso em 3 out. 2017.

*Uso de drogas aumenta entre os adolescentes no país*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/uso-de-drogas-aumenta-entre-os-adolescentes-no-pais-19996988>>. Acesso em 24 mai. 2018.