

Projeto de Lei da Câmara nº 37/2013 – Nota Técnica

Em 29 de outubro de 2014 foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal o relatório da lavra do Senador Antônio Carlos Valarares a respeito do Projeto de Lei da Câmara nº 37, de 2013, o qual, dentre outros, altera dispositivos da Lei nº 11.343/06,

Dentre estes destaca-se a inserção do § 2º A ao artigo 28 da Lei de Drogas e a redação proposta ao artigo 33, § 4º, da mesma Lei.

Nos termos do disposto no artigo 6º do mencionado projeto de lei, seria inserido no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 o § 2ºA, com a seguinte redação:

“Salvo prova em contrário, presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme limites definidos pelo Poder Executivo da União”.

Segundo o relatório em epígrafe, a proposta de modificação legislativa tem o escopo de tornar mais objetiva a diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas, já que “cria uma presunção relativa de que a droga apreendida se destina ao consumo pessoal caso a quantidade não

ultrapasse o equivalente a cinco dias de consumo médio individual, conforme limites a serem estabelecidos pelo Poder Executivo da União”, separando, assim, “com mais clareza, o mundo do consumo de drogas (problema para a saúde pública) do mundo do crime (problema para a polícia)”.

Ainda segundo o relatório, esta medida seria necessária “pois na forma da lei em vigor, inúmeros usuários e dependentes vêm sendo condenados como criminosos e indo para a prisão, quando deveriam seguir para um tratamento de saúde”.

Ocorre que, todavia, ao contrário do defendido pelo relatório aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, a medida preconizada não atingirá o objetivo pretendido.

Vigora no processo penal pátrio, dentre outros, os princípios da persuasão racional ou do livre convencimento do magistrado, da presunção de inocência e do *favor rei*.

Pelo princípio da persuasão racional ou do livre convencimento, consagrado pelo artigo 155 do Código de Processo Penal, o julgador tem liberdade para firmar seu convencimento a respeito do fato posto a julgamento com base nas provas existentes nos autos, nas quais fundamentará sua decisão. Este princípio confere ao Juiz

“inteira liberdade na apreciação das provas, conquanto fundamente sua decisão”¹.

Já a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVII, preconiza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata-se do princípio da presunção ou estado de inocência ou de presunção de não culpabilidade.

Decorre deste princípio ser “ônus da acusação demonstrar a ocorrência do delito (*actori incumbit probatio*), e demonstrar que o acusado é, efetivamente, autor do fato delituoso”. “Nos casos em que não for provada a existência do fato, não existir prova de ter concorrido para a prática da infração penal ou não existir prova suficientemente segura para fundamentar o juízo condenatório (art. 386, II, V e VII, do CPP), será o juiz obrigado a absolver o acusado, **não se lhe podendo imputar a culpa por presunção**”. (g.n.)²

“A presunção da inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. A presunção de inocência é, segundo Pisani, uma presunção política que garante a liberdade do acusado diante o interesse coletivo à repressão penal”.³

¹ Fernando da Costa Tourinho Filho, in Processo Penal, 34ª ed. Ed. Saraiva, p. 67.

² Edilson Mongenot Bonfim, In Curso de Processo Penal, 7ª ed., Saraiva, p. 86.

³ Gustavo Badaró, In Processo Penal, Campus Jurídico, 2012, p. 24.

Tido, ainda, como consectário do princípio do estado de inocência ou da presunção da não culpabilidade, o princípio do “*favor rei*”, do “*in dubio pro reo*” ou do “*favor libertatis*”, essencial ao Estado Democrático de Direito, determina que a liberdade deva ser privilegiada em detrimento da pretensão punitiva do Estado. ⁴

Trata-se de uma garantia do cidadão de que somente a certeza diante de um fato criminoso e sua autoria pode fundamentar o édito condenatório. Diante de qualquer dúvida a respeito da existência do fato, sua tipificação como crime ou autoria, deve ser o acusado absolvido. “Para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, além de qualquer dúvida razoável, a culpa do acusado”.⁵

Desses três princípios se infere que a presunção relativa, até que exista prova em contrário, de que a droga encontrada e apreendida em poder do agente se destina ao seu próprio consumo, na realidade, já existe e, principalmente, não encontra limitação objetiva em qualquer quantidade, ou seja, mesmo que a quantidade de droga seja superior àquela equivalente ao suficiente para o consumo médio de cinco dias, para que seja o acusado condenado por tráfico de drogas, se faz necessária a produção de provas, no bojo do processo e diante do contraditório, de que o

⁴ Edilson Mongenot Bonfim, obra citada, p. 87.

⁵ Gustavo Badaró, obra citada, p. 24.

entorpecente se destina ao consumo de terceiros, aliás, como define o próprio tipo penal descrito no artigo 33 da Lei de Drogas.

Assim, pelo sistema jurídico já atualmente vigente em nosso País, diante da ausência de outras provas no sentido de que a droga encontrada e apreendida em poder do agente é destinada ao tráfico de drogas, ou mesmo havendo qualquer dúvida fundada a respeito, comprovada a autoria da posse do entorpecente, fatalmente será a conduta tipificada como porte de entorpecente para uso próprio, afastando-se, assim, o apenamento pelo tráfico de drogas.

De outro lado, com a definição de limite objetivo de quantidade para que se presuma a finalidade de uso da droga, ao se ultrapassar este limite, a presunção se inverte, ou seja, passa-se a presumir que a droga se destina ao tráfico, invertendo-se também, neste caso, o ônus da prova, transmitindo-se ao acusado a obrigação de provar de que aquela droga, em quantidade maior do que aquela definida no regulamento a ser editado pelo Poder Executivo da União, não se destina ao tráfico, mas sim ao seu próprio uso.

Disto se infere que, ao contrário do que se deseja, com a adoção da medida preconizada pelo projeto de lei em comento, o risco de condenações de usuários como traficantes tende a aumentar, tendo em vista que as

garantias trazidas pelos princípios acima descritos, que garantem a presunção de interpretação da prova dos autos da forma mais benéfica ao acusado, seriam limitadas aos casos em que droga apreendida esteja em quantidade inferior à determinada pelo regulamento da lei.

Também oportuno obtemperar que, com o devido respeito, o mencionado aumento do encarceramento pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, invocado pelo relatório também para justificar a proposta de modificação legislativa, não pode ser atribuído à suposta “subjetividade aberta pela lei de 2006”, cuja descrição típica dos delitos de tráfico de drogas e de porte de drogas para uso próprio é semelhante daquela que era adotada na lei revogada de 1976, nem mesmo pelas penas nela previstas, tendo em vista que, ao lado do aumento da pena mínima cominada ao delito de tráfico de drogas, foi introduzida na legislação causa de redução de pena que pode levar a pena imposta a este delito a 01 ano e 08 meses de reclusão, o que, segundo já sedimentado pelos nossos Tribunais Superiores, ainda possibilita a aplicação de medidas alternativas à pena de prisão, o que inexistia anteriormente quando, inclusive, pela aplicação do artigo 2º, § 1º, Lei nº 8.072/90, em sua redação original (alterada pela Lei nº 11.464/07), a pena imposta era cumprida integralmente em regime fechado.

Não se pode olvidar, ainda, que a mencionada causa de diminuição de pena tem sido aplicada na maioria dos processos criminais, principalmente naqueles em que há pequena quantidade de droga apreendida, levando à aplicação, no caso de condenação, da pena mencionada, inclusive, sem encarceramento.

Se houve aumento no encarceramento de condenados por tráfico de drogas, isto, de fato, não se deu pela condenação de usuários de drogas como traficantes, como aventado, mas sim pelo aumento da incidência de crimes desta natureza, cujos autores tenham se sentido, por certo, incentivados pela sensação de impunidade causada pelo abrandamento da resposta penal.

Outra questão a ser considerada a respeito da conveniência da fixação de critério objetivo a respeito da quantidade de droga a ser considerada para se determinar a presunção relativa de que se destina ao consumo próprio do agente que com ela foi surpreendido é a de que, diante do critério definido pela proposta legislativa (o suficiente para o consumo médio individual por cinco dias) pressupõe-se o uso controlado da droga por alguns dias, ou seja, o chamado uso social, o que é incompatível com a dependência ao *crack*.

O *crack* trata-se de droga produzida a partir da cocaína, a qual é dissolvida em água, sendo adicionado, ainda,

bicabornato de sódio e outros produtos químicos. Esta mistura é aquecida para a evaporação do líquido e, quando seca, adquire forma de pedras duras, as quais, novamente aquecidas, se transformam em gases que são inalados pelos usuários.

Diferentemente da cocaína em pó, o crack é fumado, motivo pelo qual seus efeitos são produzidos de forma muito mais rápida, sendo, contudo, pouco duradouros.

Os efeitos produzidos pelo crack (sensação de poder, insônia, excitação, hiperatividade, intensa euforia e prazer) são sentidos logo após a aspiração da fumaça, cerca de 10 ou 15 segundos depois, durando, todavia, apenas cerca de 05 minutos. Após passar o efeito do entorpecente, o usuário passa a sentir depressão, cansaço e a chamada “fissura”, compulsão, desejo incontrolável de fazer uso da droga novamente, o que faz com que ele use a droga repetidamente até o fim de seu estoque de pedras.⁶

Segundo a Pesquisa nacional sobre o uso de crack realizada pelo Ministério da Saúde em parceria com a FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz e com o ICICT – Instituto de Comunicação e Informação Científica em Saúde, apenas

⁶ Prof. Dra. Irene Batista Muakad, In A cocaína e as suas formas de consumo, http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/artigos_2009/irene_04_09.pdf (acesso em 04/11/2014).

16,73 % dos entrevistados afirmaram fazer uso da droga apenas de vez em quando e ser capaz controlar o uso.

Verifica-se, desta forma, que, especialmente em relação ao crack, não se mostra viável estipular uma quantidade da droga para uso diferido durante alguns dias de forma controlada e esporádica, tendo em vista que, uma vez iniciado o uso da droga, ele fará uso de todas as pedras a que tiver acesso.

Destarte, em relação ao crack, o critério proposto não se mostra adequado, tanto que se chegou a mencionar no relatório em questão a possibilidade de se fixar a quantia de 80 pedras de crack como possível limite para que se estabeleça a presunção de que a droga em posse do agente seja destinada ao seu próprio consumo, tendo-se como base o consumo médio de 16 pedras da droga por dia. Caso o usuário de crack tenha acesso a esta quantidade do entorpecente, certamente, após iniciar seu uso, de forma compulsiva e incontrolável, não se controlará e fará uso de toda a droga que tiver a sua disposição, até que sofra overdose.

A adoção de um critério numérico a respeito da quantidade de entorpecente para gerar a presunção de que a posse seria destinada ao consumo próprio pode, ainda, gerar outro grave problema.

Cientes destas circunstâncias, os grandes traficantes tenderão a arregimentar um número maior de pessoas para a venda no varejo de drogas, as quais passariam a trazer com elas um número menor de entorpecentes com a finalidade de, caso surpreendidas na posse da droga, sua conduta seja presumida como de porte do entorpecente para uso próprio. Estas pessoas, diante do número menor de drogas que venderiam e, portanto, do menor retorno financeiro, seriam necessariamente das classes mais baixas, aumentando a estigmatização desta parte da população.

Tal situação aumentaria significativamente o número de pequenos traficantes condenados pelo Poder Judiciário, gerando, portanto, também efeito inverso do pretendido.

O relatório recentemente aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal também prevê a modificação da redação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, alterando os critérios para a concessão do benefício de diminuição de pena nele previsto.

A redação atual do mencionado dispositivo legal determina que:

“art. 33. ...

§ 4º - Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a

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

Pelo projeto de lei em testilha, esse parágrafo passaria a ter esta redação:

“art. 33. ...

§ 4º - Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º, as penas deverão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando:

I - o agente não for reincidente e não integrar organização criminosa; ou

II - as circunstâncias do fato e a quantidade de drogas apreendida demonstrarem o menor potencial lesivo da conduta.”

Desta forma os requisitos para a aplicação da causa de redução de pena em apreço que agora são cumulativas, ou seja, o agente deve ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, sendo que a exclusão de qualquer destas circunstâncias obsta a concessão do benefício, passariam a ser alternativos, o que possibilitaria, por

exemplo, a concessão do benefício mesmo que comprovado nos autos que o agente integre organização criminosa.

Segundo a justificativa encampada pelo relatório aprovado para a mudança em apreço, ela traria ao Juiz “um instrumento para dosar a pena de forma mais adequada à gravidade do caso concreto”, já que a lei penal atual não teria gradação para punir, de forma proporcional, os diferentes graus de participação e importância dos atores na rede do tráfico de drogas.

Não obstante, tal justificativa não tem fundamento na realidade.

O preceito secundário do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, que define a pena a ser imposta pela prática do crime de tráfico de drogas, prevê uma pena entre 05 e 15 anos de reclusão, além de uma pena de multa entre 500 e 1.500 dias-multa. Ou seja, entre a pena corporal mínima e a máxima há um intervalo de 10 anos, o qual deve ser utilizado pelo magistrado para a adequação da pena ao caso posto a julgamento.

Não bastasse isto, o artigo 40 da mesma lei prevê diversas hipóteses de recrudesimento desta pena, dentre elas o fato de o agente financiar ou custear a prática do crime, conduta que também é tipificada como crime

autônomo com previsão de pena corporal de reclusão entre 08 e 20 anos.

Verifica-se, assim, que, ao contrário do afirmado no relatório, o Poder Judiciário dispõe de grande espaço para dosar a pena a ser imposta ao agente condenado pelo delito de tráfico de drogas que integre organização criminosa ou faça da prática de crimes se meio de vida, podendo adequá-la de forma proporcional à gravidade do caso concreto.

Por outro lado, com base no disposto atualmente no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a pena prevista no preceito secundário da cabeça do artigo ainda poderá ser diminuída de um sexto a dois terços caso reste comprovado que o agente é primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, ou seja, conforme já definido pela jurisprudência e pela doutrina pátria, o benefício é aplicável ao “traficante eventual” ou ao “traficante de primeira viagem”⁷, v.g., “aquele jovem que, usuário ou dependente, não resiste a um comando do traficante para vender, e com isso obter o necessário em droga para o sustento de seu vício. Ainda, nesta condição, está a pessoa miserável ou em desespero de causa que, por uns tostões, cede ao convite do traficante profissional que tem o domínio do fato”.⁸

⁷ Rel. Des. MARCOS ZANUZZI, TJSP/5ª Câmara, Apelação Criminal nº 1.098.7683.3/9 – Limeira – v.u. – j. em 22.11.2007.

⁸ **A causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. O conceito de atividades criminosas. Critérios judiciais para aferição da sua aplicabilidade - Jayme Walmer de Freitas** (juiz

Verifica-se, destarte, que o sistema atual já prevê a redução em patamar considerável da pena a ser imposta ao chamado microtraficante, ou traficante de primeira viagem, sem envolvimento com a prática reiterada de crimes e não integrante de organizações criminosas, portanto sem personalidade ainda corrompida pela criminalidade, com a possibilidade, inclusive, de o agente ser beneficiado com o regime aberto e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, conforme reiteradamente vem decidindo nossos tribunais, evitando-se, assim, o encarceramento.

A modificação proposta, todavia, por retirar a exigência da comprovação de que o agente não se dedique às atividades criminosas para que seja agraciado com a redução da pena e, ainda, possibilitar a aplicação do benefício a agentes reincidentes e portadores de maus antecedentes acabará por beneficiar criminosos profissionais, integrantes de facções criminosas, desvirtuando, portanto, a finalidade do benefício em apreço.

Além de não se atingir o objetivo de diminuição das condenações dos pequenos traficantes, com menor envolvimento na atividade criminosa do tráfico de drogas, a medida acabará por aumentar a impunidade daqueles integrantes das organizações criminosas, reincidentes e que se dedicam com habitualidade à prática deste crime, equiparado hediondo e para o qual a Constituição Federal

de Direito em São Paulo (SP), mestre em Processo Penal, professor de Direito Penal e Processo Penal) -
Sítio Jus Navegandi (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10146>).

reservou tratamento mais rigoroso (art. 5º, inciso XLIII).

Diante do exposto, verifica-se a absoluta inconveniência destas modificações propostas pelo projeto de lei em epígrafe e acolhidas pelo relatório apresentado pelo Senador Antônio Carlos Valares, o qual foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, tendo em vista que, além de não serem aptas a atingir os objetivos divisados, aumentarão a impunidade de crimes graves, praticados por reincidentes e pessoas corrompidas pelo submundo do crime, com graves prejuízos sociais.