

10 anos da Lei 11.343/06

Cristiano Avila Maronna

**Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPD)**



“O Ministério Público em busca de novas práticas penais”, Marcelo Pedroso Goulart e Tiago Cintra Essado, Boletim IBCCRIM 264 – Novembro/2014

“Em relação à política de drogas, viu-se que a **‘guerra às drogas’** produz dados da realidade que não podem ser ignorados, entre eles, o **aumento da população carcerária, o aumento do número de mortes decorrentes do tráfico de drogas, o aumento da corrupção e o fortalecimento do crime organizado.** Para enfrentar o assunto, tais pontos devem ser considerados”.

Efeitos da guerra às drogas

- Corrupção
- Violência
- Encarceramento em massa
- Fortalecimento do crime organizado



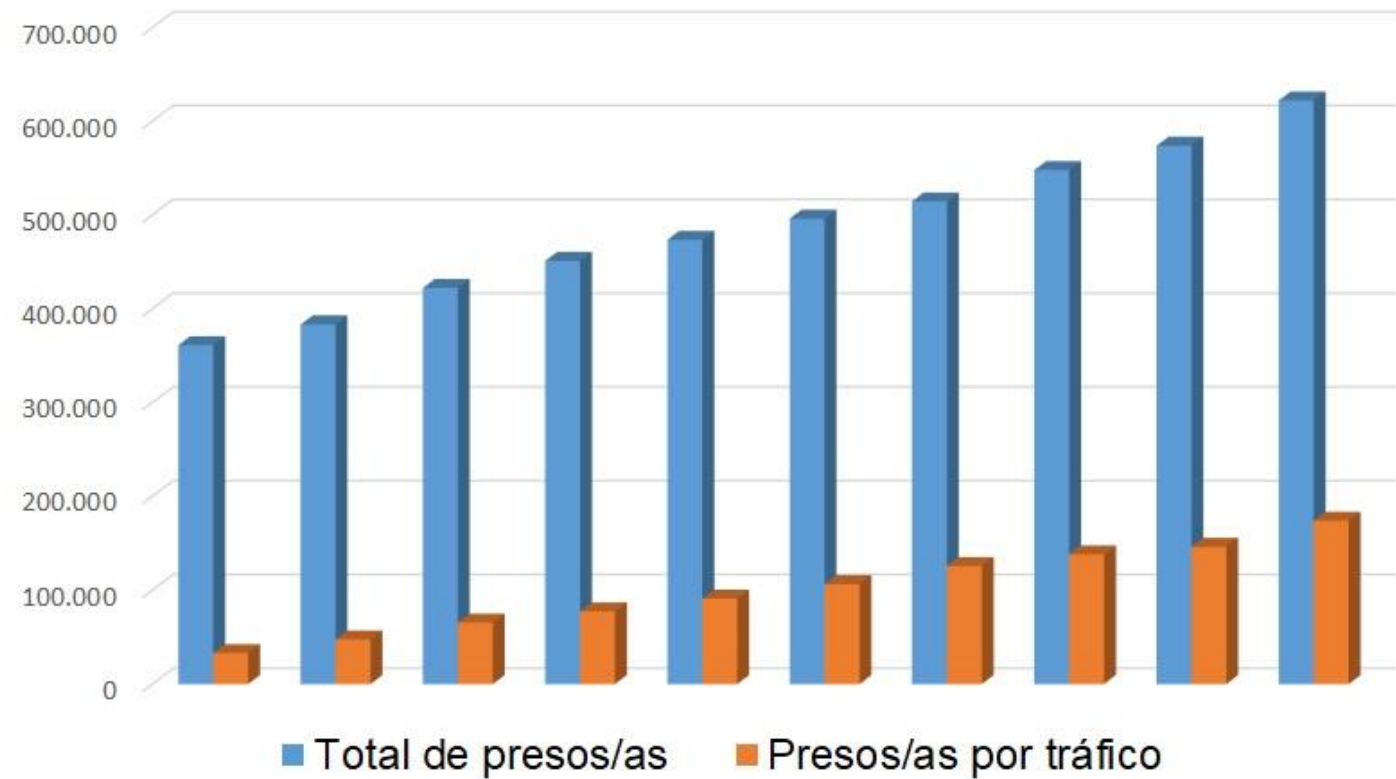
Lei de Drogas é o principal vetor encarcerador

“Importante notar o grande número de pessoas presas por **crimes não violentos**, a começar pela expressiva participação de crimes de **tráfico de drogas**, categoria apontada como [...] a principal responsável pelo **aumento exponencial das taxas de encarceramento** no país e que compõe o maior número de pessoas presas”

Fonte: Infopen, MJ, 2014



Prisões - Brasil: 2005-2014



Ano	Total de presos/as	Presos/as por tráfico	%
2005	361.402	32.880	9,10
2006	383.480	47.472	12,38
2007	422.373	65.494	15,50
2008	451.219	77.371	17,50
2009	473.626	91.037	19,22
2010	496.251	106.491	21,46
2011	514.582	125.744	24,43
2012	548.003	138.198	25,21
2013	574.027	146.276	25,48
2014	622.202	174.216	28



Presunção de tráfico

A pessoa flagrada com drogas ilegais passa a ter o ônus de provar que traficante não é.



Lei nº 11.343, art. 28

Art. 28: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouzer consigo, para consumo pessoal, drogas [...] será submetido às seguintes penas: [...]”.



Lei nº 11.343, 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”.



Lei nº 11.343, art. 33

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”



Lei nº 11.343, art. 33

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

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



Lei nº 11.343, art. 33

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

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



Lei nº 11.343, art. 33

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



Excesso punitivo: interpretação desconforme a Constituição

Tendência de enquadrar como tráfico casos de mero porte para consumo pessoal - capitulação como tráfico é a regra em situações envolvendo a posse de drogas (presunção de tráfico)

Supervalorização do depoimento policial (em especial sobre a finalidade) na formação da convicção judicial



Excesso punitivo: interpretação desconforme a Constituição

Quantidade como critério definidor da tipicidade:

Contraditoriamente, não é possível definir padrões quantitativos a partir da jurisprudência, em função das diferentes formas de interpretação dos juízes a respeito desse tema: critério objetivo baseado em quantidades?

Votos: Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luis Roberto Barroso



“É preciso operacionalizar uma mudança radical nos chamados **pontos-cegos da legislação antidrogas**. Não se pode mais aguardar que a situação política do Brasil melhore e/ou a sua economia entre nos trilhos, pois os danos gerados pela **quantidade enorme de pessoas provisoriamente presas**, em face do **número gigantesco de processos em andamento** e por **condenações inadequadas para a realidade**, levarão a um irrecuperável estrago na estrutura jurídico-penal”.

Trecho do artigo “A droga da lei de drogas”

de Guilherme de Souza Nucci,
desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo



“O primeiro fator a ser levado em conta diz respeito à **diferença entre traficante e usuário**, algo que a lei atual tangencia, deixando o critério diversificador em mãos dos operadores do direito. (...) Outro fator curioso, para não dizer desastroso, é a **abissal diferença de visões entre magistrados**: para uns, carregar 2 gramas de maconha é, sem dúvida, tráfico ilícito de drogas; para outros, por óbvio, é consumo pessoal; para terceiros, cuida-se de insignificância, logo, atípico. Não é preciso registrar que a primeira ideia é a franca vencedora na avaliação judicial.”

Trecho do artigo “A droga da lei de drogas”

de Guilherme de Souza Nucci,
desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo



“Em outros termos, o crime previsto no artigo 33 deve conter uma finalidade especial: para o fim de comercializar, negociar, transmitir a terceiros, mesmo sem fim lucrativo imediato. Afinal, traficante não vive de caridade; as drogas são dadas a certas pessoas, num primeiro instante, para viciá-las; depois, tudo é cobrado. Traficante de drogas é pessoa abastada economicamente, podendo adquirir imóveis, móveis e, principalmente, armas pesadas.

Do outro lado, está o consumidor, que deveria simplesmente ser assim considerado, quando o Estado-acusação não conseguir demonstrar a finalidade do transporte de droga para transferência a terceiros.

Trecho do artigo “A droga da lei de drogas”

**de Guilherme de Souza Nucci,
desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo**



“Nesse prisma, quem carrega consigo 2 gramas é, em primeiro plano, consumidor; somente se essa presunção se desfizer (presunção relativa), pode-se acusá-lo de tráfico. Há quem diga não existir essa inversão do ônus da prova. Sugiro a quem assim pense uma consulta na jurisprudência nacional – o que já fizemos – encontrando vários julgados com expressa menção à referida inversão, pois o elemento subjetivo específico concentra-se no artigo 28 – e não no artigo 33 – demonstrado na expressão para consumo pessoal;”

Trecho do artigo “A droga da lei de drogas”

**de Guilherme de Souza Nucci,
desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo**



“Por mais que, num primeiro momento, pareça uma reforma para engessar a atividade judicial, antes assim do que vislumbrar as imensas diferenças de critérios capazes de apontar o tráfico de drogas, para uns juízes e consumo para outros. É fundamental que o Legislativo estabeleça uma quantidade para o porte de cada espécie de drogas, a fim de que se possa presumir (presunção relativa) o caráter de consumidor de quem a carrega consigo. Outros países assim fizeram, variando de 20g de maconha até 200g da mesma droga. Nada impede que o portador de 20g seja um traficante, travestido de usuário, motivo pelo qual, desmascarado pelas provas efetivamente produzidas nos autos – e não pelo achismo de qualquer operador do direito – assim será condenado.”

Trecho do artigo “A droga da lei de drogas”

**de Guilherme de Souza Nucci,
desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo**



Critério definidor da tipicidade: a regra do ônus da prova

- Pontos cegos da lei ou cegueira hermenêutica deliberada?
- Voto – Min. Gilmar Mendes no RE 635.659: interpretação do art. 33 da Lei nº 11.343/06 conforme a Constituição

**o tipo penal do tráfico de drogas pressupõe, de forma implícita,
a finalidade diversa do consumo pessoal;**

“a presunção de não culpabilidade – art. 5º, LVII, da CF – não tolera que a finalidade diversa do consumo pessoal seja legalmente presumida”;

Relativização do valor probatório do depoimento policial.



Voto: Min. Gilmar Mendes no RE 635.569

“A norma do art. 28 da Lei 11.343/2006 é construída como uma regra especial em relação ao art. 33. **Contém os mesmos elementos do tráfico e acrescenta mais um – a finalidade de consumo pessoal.** Disso resulta a impressão – falsa – de que a demonstração da finalidade é ônus da defesa. À acusação não seria necessário demonstrar qualquer finalidade para enquadramento no tráfico pela singela razão de que o tipo penal não enuncia finalidade. Em verdade, a legislação usou a forma mais simples de construir as figuras, do ponto de vista linguístico, mas não a que permite sua mais direta interpretação. **A presunção de não culpabilidade, artigo 5º, LVII, da Constituição Federal (3), não tolera que a finalidade diversa do consumo pessoal seja legalmente presumida. (...)**”



Voto: Min. Gilmar Mendes no RE 635.569

“Seria incompatível com a presunção de não-culpabilidade transferir o ônus da prova em desfavor do acusado nesse ponto. Dessa forma, a melhor leitura é de que **o tipo penal do tráfico de drogas pressupõe, de forma implícita, a finalidade diversa do consumo pessoal. Sua demonstração é ônus da acusação.**”



Necessidade de reconstitucionalizar a aplicação da Lei de Drogas

- Súmula 528/STJ
- Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional.





Obrigado.

cristiano.maronna@ibccrim.org.br
cristiano@pbpd.org.br

