

O TRÁFICO DE DROGAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ANÁLISE CRÍTICA

DRUG TRAFFICKING IN THE LEGAL PRECEDENTS OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: A CRITICAL ANALYSIS

Juarez Cirino dos Santos

Professor de Direito Penal da UFPR.

Presidente do Instituto de Criminologia e Política Criminal. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3590883518608901>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5135-523X>

juarezcirinodossantos@gmail.com

Maurício Stegemann Dieter

Pós-Doutor pela UERJ. Professor Doutor de Criminologia e Direito Penal na USP. Doutor pela UFPR com estágio de pesquisa doutoral na Hamburg

Universität. Mestre em Direito do Estado pela UFPR.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7476961188824155>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8444-3922>

mauriciodieter@usp.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.8350295>

Resumo: Uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tráfico de drogas pode contribuir para racionalizar processos criminais responsáveis por 28% da população carcerária do País. Em prisões por tráfico de drogas com flagrante preparado, a permutabilidade da ação de vender imputada na denúncia, pelas ações típicas de ter em depósito, guardar, transportar ou trazer consigo drogas, além de artifício para contornar a Súmula 145/STF, desconsidera divergências de tipo subjetivo das ações permutadas, porque essas ações contêm o elemento subjetivo especial da finalidade de consumo pessoal (art. 28), ou de comercialização (art. 33) da Lei de Drogas. Mais ainda, a rejeição do princípio da insignificância porque o tráfico de drogas seria crime formal, ou de simples atividade, parece incompatível com a relevância atribuída à quantidade de drogas para configurar o tráfico e excluir o consumo pessoal, que mostra o tráfico como crime de resultado. E a negação do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º) com base em inquéritos policiais e ações penais em curso também conflita com a Súmula 444/STJ, que proíbe tanto aumentar a pena, quanto evitar a redução da pena, situações processuais de igual significado prático. Finalmente, um giro pela Criminologia revela o fracasso da política punitivista sobre drogas: uma pesquisa de Dan Werb, no período de 1990 a 2010, constatou aumento da quantidade e da pureza das drogas no mercado internacional, assim como redução do preço da droga para o consumidor, apesar dos bilhões de dólares investidos na política proibicionista e da insuportável destruição da vida de jovens negros pobres das periferias urbanas.

Palavras-chave: Criminologia; Política de drogas; Proibicionismo; Jurisprudência; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: An analysis of the Superior Court of Justice legal precedents about drug trafficking can contribute to the rationalization of criminal procedures responsible for 28% of Brazil's prison population. In arrests for drug trafficking sting operations, the interchangeability of the action of selling charged in the indictment, for the typical actions of having in deposit, storing, transporting or bringing drugs with them, besides being an artifice to circumvent Precedent 145/STF, disregards differences in the subjective type of the interchanged actions, because these actions contain the special subjective element of the purpose of personal consumption (art. 28), or commercialization (art. 33) of the Drug Law. Moreover, by rejecting principle of insignificance because drug trafficking is considered a formal crime, to which charges are brought by the mere activity, it creates an incompatibility with the importance given to drug quantity in the differentiation between drug trafficking and personal consumption, which indicates that drug trafficking is not a formal crime, but rather requires an outcome. Furthermore, denying privileged trafficking (art. 33, § 4º) based on investigations or ongoing criminal procedures is contradictory with the legal precedent of the Precedent 444/STJ, which prohibits increase or prevents reduction of prison time in sentencing, with equal practical significance. Lastly, criminology reveals the failure of punitive drug policy: Dan Werb's research indicates an increase in drug purity and quantity, as well as a price reduction for the drug user in international markets between 1990 and 2010, despite the billions of dollars invested in prohibition policy and the unbearable destruction of young black men's lives on poor urban areas.

Keywords: Criminology; Drug policy; Prohibition; Legal precedent; Superior Court of Justice.

1. Introdução

Pesquisar a configuração típica do crime de *tráfico de drogas* na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o objetivo de identificar os significados semânticos e as construções

sintáticas dos processos psíquicos dos Ministros da área penal, que determinam (i) a aplicação preferencial das *modalidades típicas graves* do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas,¹ e (ii) a correspondente resistência dogmática contra as *formas privilegiadas* do art. 33, §4º

(Dal Santo, 2020), ou a aplicação parcimoniosa das modalidades típicas leves do *consumo pessoal de drogas* do art. 28, do mesmo Diploma Legal,² no julgamento de recursos especiais e de *habeas corpus* de sua competência, considerando a poderosa influência dos conceitos jurídicos e das tendências político-criminais dominantes na jurisprudência do Tribunal da Cidadania sobre as instâncias ordinárias do Poder Judiciário, pode ajudar a esclarecer o altíssimo percentual de condenações rigorosas do Sistema de Justiça Criminal em matéria de drogas, responsável por nada menos que 28% da população carcerária brasileira (Dal Santo, 2020). As decisões selecionadas para análise são representativas da jurisprudência dominante do STJ sobre tráfico de drogas.³

2. Prisão por tráfico de drogas em flagrante preparado

2.1. Um fato recente de ilegal flagrante preparado

Denúncia anônima sobre comércio de drogas desloca policiais para a frente da residência do acusado, onde se apresentam como usuários, simulam o desejo de adquirir drogas, o acusado confirma a posse de droga e os policiais, após visualizarem um plástico com maconha na grama, dão voz de prisão ao acusado por tráfico de drogas.⁴

2.2. Decisões diferentes do mesmo caso

O acusado foi **condenado em 1º grau** por tráfico de drogas, com pena de **5 anos de reclusão** e 500 dias-multa; foi **absolvido no TJ/GO** por ausência de prova de posse de maconha para comercialização, nulidade da prova por flagrante preparado (Súmula 145/STF) e impossibilidade de tráfico pela pequena quantidade de drogas (27,64 g de maconha); enfim, foi **condenado no STJ** à pena de **1,8 ano de reclusão**, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direito, **porque** (i) o flagrante seria válido na modalidade típica da **conduta preexistente** de *ter em depósito* ou de *guardar* drogas, consumada antes da atuação policial — não na modalidade típica de *vender* droga imputada na denúncia, excluída pelo flagrante preparado — e (ii) o tráfico de drogas seria crime (a) de *múltiplas condutas*, (b) de natureza *formal e permanente*, que se consuma pela *simples atividade*, excluindo a comprovação de *finalidades* ou de *intenções* especiais.

2.3. Crítica da adequação típica da conduta

A conduta preexistente de *ter em depósito* ou de *guardar* drogas aparece no contexto de um *concurso aparente de leis penais*, porque está prevista em dois tipos legais da Lei 11.343/06: no art. 33, que define o tipo de *tráfico*; e no art. 28, que define o tipo de *uso pessoal de drogas*. O dilema de interpretação é óbvio: como saber se a conduta preexistente de *ter em depósito* ou de *guardar* drogas é subsumível no art. 33, como tráfico de drogas, ou no art. 28, como uso pessoal de drogas?

O concurso aparente é resolvido pelo critério da *especialidade*: o tipo especial (art. 28) exclui o tipo geral (art. 33), porque contém todos os caracteres do tipo geral e mais alguns caracteres especiais, que afastam o tipo geral, segundo o princípio *lex specialis derogat legi generali* (Jescheck; Weigend, 1996; Santos, 2022, p. 447). Assim, **se** não existe indicação probatória da ação de *ter em depósito* ou de *guardar* droga para *comercialização*, **então** o tipo especial menos grave (art. 28) exclui o tipo geral mais grave (art. 33) da Lei de Drogas. Logo, a opção judicial de subsunção da conduta preexistente no tipo legal mais grave do art. 33, ignorando idêntica conduta no tipo legal menos grave do art. 28, infringe o princípio

da especialidade, o mais importante critério do concurso aparente de tipos penais.

2.4. Crítica da permutabilidade de condutas distintas

Existe descoincidência nas dimensões psíquicas entre (i) a modalidade típica de *vender* droga e (ii) a modalidade típica de *ter em depósito* ou de *guardar* droga para *consumo pessoal*, assim demonstrada: i) a modalidade típica de *vender* droga realiza a ação social de *comercialização* exclusivamente pelo **dolo**, porque a finalidade de *comercializar* está implícita na ação de *vender* a droga; ii) ao contrário, a modalidade típica de *ter em depósito* ou de *guardar* drogas exige (a) o elemento geral do **dolo**, como vontade consciente de realizar a ação típica descrita nos verbos, e (b) o **elemento subjetivo especial** definido pela *intenção* ou pela *finalidade* atribuída à ação, indispensável para saber se a ação descrita tem por finalidade **vender** (art. 33) ou **consumir** drogas (art. 28). O elemento subjetivo especial da *intenção* ou da *finalidade* psíquica (i) de *consumo pessoal* ou (ii) de *comercialização* atribuída à ação de *ter em depósito* ou de *guardar* drogas, é **imprescindível** para decidir se o tipo de crime imputável configura o tipo legal do art. 28, ou o tipo legal do art. 33, da Lei 11.343/06 — uma consequência inevitável da previsão das mesmas ações em tipos legais distintos. Logo, a descoincidência subjetiva entre a modalidade típica de *vender* drogas e as modalidades típicas de *ter em depósito* ou de *guardar* drogas, não admite a pura e simples permutabilidade daquela ação por estas — na verdade, uma alternativa punitivista para contornar as consequências da Súmula 145, do Supremo Tribunal Federal.

2.5. Crítica da natureza do crime de tráfico de drogas

A jurisprudência do STJ tem afirmado que o *tráfico de drogas* seria crime formal, plurinuclear, de simples atividade, que **não exige comprovação** da *finalidade* de comercialização. Essa tese, repetida na jurisprudência do STJ, não resiste à análise.

Primeiro, a tese de constituir *crime formal* ou de *simples atividade* é incompatível com a relevância atribuída à **quantidade de drogas** para definir o fato como ação de *tráfico de drogas* ou como ação de *consumo pessoal* — logo, **se** a ação típica não se configura pela simples realização da ação, mas depende da **quantidade de drogas** objeto da ação realizada, **então** a ação típica não constitui crime formal ou de simples atividade, mas **crime de resultado**.

Segundo, a tese de constituir crime *plurinuclear*, de condutas *múltiplas*, (i) não dispensa a imputação de *ações típicas específicas* na denúncia e (ii) não admite a **permuta** da ação específica imputada na denúncia por outra ação típica **reconhecida na sentença ou acórdão** — entre as múltiplas ações de um crime plurinuclear —, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Terceiro, a tese da *desnecessidade de comprovação* do elemento subjetivo especial da *finalidade* ou da *intenção* de comercializar ou de consumir drogas *tidas em depósito* ou *guardadas* mutila a estrutura dogmática do tipo de injusto: nas ações de *ter em depósito* ou de *guardar* drogas (objetos da permutabilidade punitiva discutida na decisão do STJ), a comprovação da *finalidade* ou da *intenção* de comercialização constitui uma **questão de fato**, pertencente ao tipo subjetivo da modalidade típica imputada, existente no psiquismo do autor, que **deve ser demonstrada** pelos meios de prova admissíveis, sob pena de punição sem comprovação da tipicidade do fato.

Em conclusão: as teses do STJ sobre (i) a natureza formal ou de simples atividade do crime de *tráfico de drogas*, (ii) sobre a *permutabilidade judicial* da ação imputada na denúncia em crimes de *múltiplas condutas*, ou (iii) sobre a desnecessidade de prova da *finalidade* ou da *intenção* especial nas ações definidas como tráfico de drogas, são inconsistentes e, portanto, demandam revisão.

2.6. O princípio *in dubio pro reo* como regra de avaliação da prova

Na pior das hipóteses, o conjunto dos argumentos sobre tipicidade objetiva ou tipicidade subjetiva das ações imputadas, ou sobre permutabilidade de ações típicas diferentes, ou sobre desnecessidade de prova da *intenção* ou da *finalidade* das ações típicas de *ter em depósito* ou de *guardar* drogas, parece suficiente para fundamentar uma **dúvida razoável** nos processos intelectuais do julgador, capaz de excluir condenações criminais. No limite, a decisão do STJ poderia configurar uma proibida interpretação *in malam partem*, por força de criticável imputação automática de uma forma típica mais grave, com violação da regra de avaliação da prova definida pelo princípio universal do *in dubio pro reo* — ou seja, na dúvida entre o tipo mais grave e o tipo menos grave, o princípio *in dubio pro reo* impõe a imputação do tipo menos grave (Santos, 2022, p. 677).

2.7. A extensão dos argumentos para hipóteses semelhantes

Decisões iguais do STJ em hipóteses semelhantes de flagrante preparado são frequentes, por exemplo: permuta da ação de *venda de droga* pela ação de *transportar* ou de *trazer consigo* droga de Foz do Iguaçu/PR para São Paulo/SP, com o comparecimento de policiais à residência do acusado para induzi-lo à venda de drogas e efetuar a prisão em flagrante por tráfico de drogas.⁵

Todos os argumentos de crítica ao julgamento do STJ na decisão anterior são aplicáveis ao julgamento da nova hipótese, com a simples mudança das ações objeto da permuta: no lugar das ações de *ter em depósito* ou de *guardar* drogas da decisão anterior, aparecem as ações de *transportar* e de *trazer consigo* drogas da nova decisão. Assim, valem os argumentos sobre (a) a adequação típica da conduta, (b) a permutabilidade de ações típicas diferentes, (c) a desnecessidade de verificar a *finalidade* ou a *intenção* de comercializar ou de consumir drogas *transportadas* ou *trazidas consigo* e (d) o princípio *in dubio pro reo* como regra de avaliação da prova.

2.8. Outro exemplo didático: a tipicidade de importação de 45 sementes de maconha

Decisão monocrática do Relator em REsp no STJ deu provimento ao recurso do Ministério Público Federal para (i) considerar típica a ação de importação clandestina de 45 sementes de maconha, que teria configurado o tipo do art. 33, § 1º, I da Lei 11.343/2006 e (ii) excluir o *princípio da insignificância* pela atribuída natureza de *perigo abstrato* ou *presumido* do tráfico de drogas.⁶ A decisão é criticável porque (i) desconsidera o elemento subjetivo especial da ação de *importar* droga e (ii) rejeita o *princípio da insignificância* em crimes de resultado.

2.8.1. A questão do elemento subjetivo do tipo

A ação de *importar*, como a maioria das ações descritas no art. 33, da Lei de Drogas — com exceção das ações de *vender* e de *expor à venda*, em que a finalidade de *comercializar* é inerente à ação —, só adquire sentido inequívoco mediante o elemento subjetivo especial atribuído à ação de importação: afinal, trata-se de *importar* para (i) a

finalidade de *comercializar* a substância psicoativa produzida pelas sementes, ou para (ii) a finalidade de *uso pessoal* da substância psicoativa produzida? O tipo subjetivo do tráfico de droga, na modalidade de *importar*, além do elemento geral do dolo, realizado na ação imputada, exige o elemento subjetivo especial da *finalidade* de *comercializar* a droga — um elemento psíquico existente como matéria de fato, que deve ser provado como qualquer elemento típico.

2.8.2. A suposta inadmissibilidade do princípio da insignificância

A rejeição do *princípio da insignificância* se baseia na definição do tráfico de droga como crime *formal*, de *perigo abstrato* ou *presumido*, ou de *simples atividade* — uma definição equivocada conforme indicam dois argumentos: a) primeiro, a relevância objetiva da *quantidade de droga* para a **graduabilidade do injusto** do crime de tráfico de drogas, mensurável na pena aplicada; b) segundo, a *finalidade* atribuída à ação de *importar* deve existir no psiquismo do autor, mas a **objetivação** desse elemento subjetivo especial produz efeitos reais no mundo da vida, que definem o tráfico de drogas como **crime de resultado**, com a consequência de esvaziar o conceito de crime de perigo abstrato, ou presumido, ou de simples atividade, ainda dominante na jurisprudência.

3. Tráfico privilegiado

3.1. Rejeição do privilégio por inquéritos policiais e ações penais em curso

A jurisprudência do STJ sobre **tráfico privilegiado**, firmada por decisão da Terceira Seção da Corte Especial,⁷ tem recusado reduzir a pena, na forma do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com base na existência (i) de *inquéritos policiais* e (ii) de *ações penais em curso*, que indicariam *dedicação a atividades criminosas* — também demonstrada pela *quantidade de drogas* (452 trouxinhas de cocaína), pela *forma de acondicionamento* da droga e pela *apreensão de petrechos* de produção de substâncias ilícitas —, somente excluída pelo *exame da prova*, impossível na via estreita do habeas corpus.⁸ A decisão parece criticável pelas questões abaixo expostas.

3.1.1. Inquéritos policiais e ações penais impedem redução da pena?

O argumento sobre *inquéritos policiais* e sobre *ações penais em curso* para excluir a redução da pena, conflita com a Súmula 444 do STJ, que proíbe o uso de *inquéritos policiais* ou de *ações penais em curso* para agravar a pena.⁹ A decisão do STJ infringe a Súmula 444, porque fundada em distinção artificial de conceitos equivalentes: a **proibição** da súmula incide tanto sobre o uso de *inquéritos policiais* ou de *ações penais em curso* (i) para **umentar** a pena, (ii) quanto para **evitar a redução** da pena. Em ambas as hipóteses ocorre a vedada **agravação da pena**, porque *inquéritos policiais* e *ações penais em curso* — que **nada valem** para a Súmula 444 —, **valem tudo** para impedir a redução da pena, segundo a tese do Acórdão — que também lesiona o princípio constitucional da *presunção de inocência* (Bueno de Carvalho; Carvalho, 2002, p. 49-50; Santos, 2022, p. 558; Suannes, 1999, p. 235). O argumento sobre a **equivalência jurídica** da proibição (i) de *umentar a pena* e (ii) evitar a redução da pena, contido na súmula do STJ, é suficiente para garantir o privilégio do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas.

3.1.2. A quantidade de drogas pode graduar o injusto do tráfico de drogas?

Os argumentos sobre (i) a *quantidade de drogas* (452 trouxinhas

de cocaína), (ii) a *forma de acondicionamento* da droga, (iii) a *apreensão de petrechos* de produção de drogas, estão em **contradição** com a definição do tráfico de drogas como crime *formal*, de *perigo abstrato*, ou de *simples atividade*, próprias da jurisprudência do STJ. A demonstração é simples: **se** a *quantidade de drogas* é relevante para o **conteúdo de injusto**, aumentando ou reduzindo a gravidade do fato, **então** o tráfico de drogas (i) é um **crime de resultado**, porque a quantidade da droga condiciona a extensão do **tipo de injusto**, assim como (ii) é um crime de **natureza concreta**, por força da relevância de detalhes relacionados à *forma de acondicionamento* das drogas, ou à apreensão de *petrechos de produção de drogas* etc.

3.1.3. Avanço da jurisprudência para graduar o injusto de tráfico de drogas?

Na jurisprudência do STJ, a relevância da **quantidade de droga** parece um avanço real na direção da **graduabilidade do injusto do tráfico de drogas**, com consequências práticas notáveis: **se** a *quantidade de droga* é relevante para o conteúdo de injusto do tráfico de drogas, porque agrava a pena aplicada, **então** também deve ser relevante para **reduzir a pena**, ou para **excluir a pena**, por aplicação do *princípio da insignificância* da lesão do bem jurídico — em plena contradição com as teses de crime *formal*, de *perigo abstrato*, ou de *simples atividade* da jurisprudência do STJ. Em conclusão, a tese do acórdão e a jurisprudência da Terceira Seção do STJ precisam ser revistas, porque estão em contradição com a Súmula 444/STJ e com a natureza graduável do injusto do tráfico de drogas.

3.1.4. O reexame de prova é necessário para reduzir, mas não para aumentar a pena?

Na decisão do STJ, a necessidade de *reexame da prova* para demonstrar que o recorrente *não se dedica à atividade criminosa* não parece convincente: **se** a valoração jurídica sobre os elementos *comprovados da quantidade de drogas* (com o acondicionamento e os petrechos de fabricação de drogas) **permite agravação da pena**, sem necessidade de reexame da prova, **então** idêntica valoração jurídica sobre a *comprovada quantidade de drogas* (mais acondicionamento e petrechos) **pode permitir redução da pena**, sem necessidade de reexame da prova.

3.2. Rejeição do privilégio por ações penais em curso e quantidade da droga?

Decisão mais recente do STJ também recusou reduzir a pena, na forma do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pela existência (i) de *ações penais em curso* e (ii) de *razoável quantidade de drogas* (mais caderno de anotações, rádio e dinheiro), que indicaria *habitualidade no tráfico* —, somente excluída pelo *exame da prova*, impossível na via estreita do habeas corpus.¹⁰

3.2.1. Ações penais em curso podem impedir a redução da pena?

Os argumentos sobre *ações penais em curso* do **item 3.1.1.** são igualmente aplicáveis à nova decisão: a) primeiro, por contradição com a Súmula 444/STJ, porque existe equivalência jurídica entre proibir **aumento de pena** e proibir **redução da pena**, como formas vedadas de concreta **agravação da pena**; b) segundo, por clara lesão ao princípio constitucional da presunção de inocência (Bueno de Carvalho; Carvalho, 2002, p. 49-50; Santos, 2022, p. 558; Suannes, 1999, p. 235).

3.2.2. A relevância da razoável quantidade de drogas modifica o injusto do tráfico de drogas?

Como se sabe, o dado isolado da *quantidade de drogas* é insuficiente para determinar o tipo de crime, mas o uso do conceito de *razoável quantidade de drogas* para inferir *habitualidade no tráfico* está em contradição com o conceito de tráfico de drogas como crime formal, de perigo abstrato, ou de simples atividade na jurisprudência do STJ: afinal, **se** a *quantidade de drogas* — com os detalhes citados — é relevante para a **gradação do injusto**, aumentando ou reduzindo a gravidade do fato, **então** o tráfico de drogas é um crime de **resultado**, com plena incidência do *princípio da insignificância* da lesão do bem jurídico, como conceito excludente da tipicidade do fato. Em conclusão, os argumentos do **item 3.1.2.** também são aplicáveis à nova decisão do STJ, e a tese do acórdão precisa ser revista, porque está em contradição com a Súmula 444/STJ e com a natureza **graduável** do injusto de tráfico de drogas.

4. Considerações finais: a lucidez de um giro criminológico

Este artigo foi escrito pensando no significado objetivo das percepções e atitudes dos Ministros do STJ, conforme aparecem na linguagem dos votos ou dos acórdãos selecionados, responsáveis pela quantidade e qualidade das condenações criminais em matéria de *tráfico de drogas* no Brasil. É urgente uma reflexão séria sobre os problemas sociais de teorias jurídicas erigidas em concepções político-criminais conservadoras e punitivistas, que reprimem a população jovem, pobre e negra da periferia do sistema capitalista neoliberal contemporâneo. A consciência de que a maior parte da população carcerária (53%) provém de condenações por tráfico de drogas (28%) e por roubos e furtos (25%) — taxa também influenciada pela *criminalidade de aquisição* (de droga) — em um País de maioria negra e pobre originária de uma economia colonial escravista, situado na periferia dependente do sistema imperialista hegemônico pelas economias centrais dos EUA e da Europa, em que negros e pardos constituem 64% da população prisional e 76,2% das vítimas da letalidade policial (Dal Santo, 2020, p. 111 e 125), não pode ser indiferente à sensibilidade humana dos cultos Ministros do STJ.

A política punitivista do sistema capitalista globalizado define droga como **problema de polícia**, enfrentado com prisões de traficantes e apreensões de substâncias entorpecentes em todo Mundo — uma política irracional e contraprodutiva, segundo a crítica científica. Mais do que nunca, Juízes e Tribunais precisam saber que essa irracional política repressiva é também ineficaz, como demonstra recente pesquisa empírica internacional de Dan Werb *et al.*, com a contribuição de 50 colaboradores, abrangendo o período de 1990 a 2010 (publicada em 2013), com o objetivo de avaliar o preço e a pureza das drogas ilegais e o impacto das intervenções oficiais para redução do suprimento/oferta de drogas ilegais: a) nos EUA, no período de 1990 a 2007, os preços de mercado foram reduzidos na proporção de 81% para a heroína, de 80% para a cocaína e de 86% para a cannabis, enquanto a pureza das drogas aumentou na proporção de 60% para a heroína, de 11% para a cocaína e de 161% para a cannabis; b) na Europa, no mesmo período, os preços de mercado foram reduzidos na proporção de 74% para os opiáceos e de 51% para a cocaína. Finalmente, nos mesmos períodos, ocorreu ampliação do volume de drogas ilegais apreendidas nas regiões de produção e nos mercados domésticos de comércio e consumo (Scheerer, 2018; Werb, et al., 2013). Os resultados da pesquisa são o mais contundente libelo contra a política proibicionista: a pesquisa constatou a ampliação dos investimentos e dos esforços oficiais para redução do suprimento global de drogas ilegais, por um lado, e a ampliação da quantidade e da qualidade das drogas ilegais,

com redução do preço no mercado internacional, por outro lado.”

Em síntese, a pesquisa revela o fracasso do controle do mercado de drogas ilegais, demonstrando que a política de proibição das drogas é uma estratégia inútil. Além disso, um dos efeitos inevitáveis da política proibitiva é a destruição da saúde e da vida do povo:

a maioria das drogas é adquirida nas ruas dos centros urbanos, em condições de desconhecimento da qualidade das drogas pelo consumidor. Afinal, se a qualidade das drogas consumidas não pode ser controlada pelo Estado, então danos à saúde ou a morte de usuários são resultados inevitáveis (Karam, 2014, p. 281).

Notas

- 1 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
- 2 Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.
§ 1º. Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.
- 3 Grande parte dos argumentos deste artigo foram apresentados no Encontro *Regra das Arcadas*, realizado no dia 19 de maio de 2023, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, coordenado pelo Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais/CPECC e sob a Curadoria do Prof. Dr. Maurício Stegemann Dieter, entre professores e profissionais do Sistema de Justiça Criminal especialmente convidados e o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da 5ª Turma do STJ, sobre temas (i) de tipicidade nos crimes da Lei de Drogas e (ii) de requisitos do tráfico privilegiado.
- 4 Ver o AgRg em Ag/REsp n. 2.266.035/GO, DJe 28/02/23, no essencial assim ementado: “1. Não se pode falar em flagrante preparado quando a atividade policial não provoca nem induz o cometimento do crime, sobretudo em relação ao tipo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que é de ação múltipla, consumando-se, no presente caso, já pela conduta preexistente de ter em depósito substância entorpecente. Precedentes. 2. No caso dos autos, embora os policiais tenham simulado a compra das drogas e a transação não haver se consumado em razão da prisão em flagrante do acusado, o certo é que, antes mesmo do referido fato, o crime de tráfico já havia se consumado em razão de o réu ter em depósito a droga apreendida. Com efeito, em momento algum, os agentes induziram ou instigaram o envolvido a guardar ou ter em depósito o referido entorpecente, tratando-se de infração penal de natureza permanente, cuja consumação se iniciou antes mesmo da atuação policial.”
- 5 Ver o AgRg no Ag/REsp n. 1.954.924/SP, DJe 03/11/2021, no essencial assim ementado: “1. Não se pode falar em flagrante preparado quando a atividade policial não provoca nem induz o cometimento do crime, sobretudo em relação ao tipo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que é de ação múltipla, consumando-se, no presente caso, já pela conduta preexistente de transportar e trazer consigo a substância entorpecente. 2. [...] Com efeito, em momento algum, os agentes induziram ou instigaram o envolvido a guardar ou ter em depósito o referido entorpecente, tratando-se de infração penal de natureza permanente, cuja consumação se iniciou

antes mesmo da atuação policial.”

- 6 Ver o AgRg no REsp n. 1.733.645/SP, DJe 15/06/2018, no essencial assim ementado: “2. A jurisprudência majoritária 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. 11.343/2006.3. Prevalece na Quinta Turma deste 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. Precedentes.”
- 7 Ver EREsp n. 1.431.091/SP, julgado pela Terceira Seção em 14/12/2016.
- 8 A decisão no AgRg em Agravo em REsp n. 1.932.460, DJe de 03/11/2021, está assim ementada: “2. A jurisprudência firmada pela Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, é no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas. Precedentes. [...] 4. No caso concreto, as instâncias de origem concluíram pela dedicação do recorrente à atividade criminosa, considerando não apenas a existência de ação penal em curso, mas também a quantidade da droga apreendida (452 trouxinhas de cocaína), a forma como estavam acondicionadas, além da apreensão de petrechos para a produção das substâncias ilícitas. 5. Ademais, mesmo que assim não fosse, para se acolher a tese de que o agravante não se dedica a atividade criminosa, para fazer incidir o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como requer a parte recorrente, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável a incidência da Súmula 7/STJ.”
- 9 Súmula 444/STJ “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais para agravar a pena base.”
- 10 A ementa da decisão no AgRg no HC 745.115/SC, DJe 13/06/2022, pode ser assim resumida: “No caso, além da existência de ação penal em curso contra o paciente, a Corte local manteve a não aplicação do redutor com base em elementos concretos e idôneos indicativos da habitualidade do paciente na traficância, como a apreensão de razoável quantidade de drogas acompanhadas de cadernos com anotações sobre o tráfico, rádio comunicador e dinheiro. Entendimento em sentido contrário demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*. Precedentes.”
- 11 O criminólogo Scherer (2018), comentando a pesquisa, emite um juízo definitivo: “Apesar de gastar trilhões e trilhões de dólares, a oferta de droga cresceu consideravelmente para maconha, cocaína, metanfetamina, *ecstasy*, tudo. Ao invés de menos droga tem havido mais drogas entre 1990 e 2010. [...] Tem havido mais drogas, drogas mais puras e elas ficaram mais baratas, apesar dos bilhões e trilhões de dólares investidos no combate às drogas. [...] Não há indicação de que mesmo gastando todo dinheiro do mundo nós chegaríamos ao resultado desejado pela proibição.”

Referências

BRASIL. *Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 18 set. 2023.

BUENO DE CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 10. ed. 2022.

DAL SANTO, Luiz Felipe Oliveira. *A punição na Brasil: crítica do giro punitivo*. 2020. Dissertação (Mestrado) – FACULDADE, UNIVERSIDADE, CIDADE, 2020.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch Des Strafrechts*: Allgemeiner

Teil. Berlin: Duncker & Humblot: 1996.

KARAM, Maria Lucia. “Guerra às drogas” e saúde: os danos provocados pela proibição. In: LOPES, Lucília Elias; BATISTA, Vera Malaguti (Orgs.). *Atendendo na guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o crack*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 281.

SCHEERER, Sebastian. Limites sociais e legais da reforma da legislação de drogas. In: *O Criminólogo alemão: uma jornada com Sebastian Scheerer*. Tradução: Amós Caldeira. Revisão: Ricardo Genelhú. São Paulo: USP, 2018. p. 281.

SUANNES, Adauto Alonso. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

WERB, Dan; KERR, Thomas; NOSYK, Bohdan; STRATHDEE, Steffanie; MONTANER, Julio; WOOD, Evan. The temporal relationship between drug supply indicators: an audit of international government surveillance systems. *British Medical Journal*, v. 3, 003077, 2013. <https://doi.org/10.1136/bmjopen-2013-003077>

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

MAURÍCIO STEGEMANN DIETER, D. M.; CIRINO DOS SANTOS, D. J. O tráfico de drogas na jurisprudência do Superior Tribunal De Justiça: análise crítica. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v.

31, n. 371, [s.d.]. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.8350295>. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/739. Acesso em: 22 set. 2023.

Autores convidados