

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

FELIPE FIGUEIREDO GONÇALVES DA SILVA

**"NÃO COMPRE, PLANTE"?**  
A tipificação penal das situações de cultivo de canábis  
pelo Tribunal de Justiça de São Paulo

SÃO PAULO  
2016

FELIPE FIGUEIREDO GONÇALVES DA SILVA

**"NÃO COMPRE, PLANTE"?**

A tipificação penal das situações de cultivo de canábis  
pelo Tribunal de Justiça de São Paulo

Dissertação apresentada à Escola de Direito de  
São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como  
requisito para a obtenção do Título de Mestre  
em Direito e Desenvolvimento.

Campo de conhecimento: Instituições do Estado  
Democrático de Direito e Desenvolvimento  
Político e Social.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Maíra Rocha Machado

SÃO PAULO  
2016

Silva, Felipe Figueiredo Gonçalves da.

“Não compre, plante”? A tipificação penal das situações de cultivo de canábis pelo Tribunal de Justiça de São Paulo / Felipe Figueiredo Gonçalves da Silva. - 2016. 255f.

Orientador: Maíra Rocha Machado

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Drogas - Legislação. 2. Maconha - Cultivo. 3. Brasil. [Lei de drogas (2006)]. 4. Drogas – Descriminalização - Brasil. I. Machado, Maíra Rocha. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 343.57(81)

FELIPE FIGUEIREDO GONÇALVES DA SILVA

**"NÃO COMPRE, PLANTE"?**

A tipificação penal das situações de cultivo de canábis  
pelo Tribunal de Justiça de São Paulo

Dissertação apresentada à Escola de Direito de  
São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como  
requisito para a obtenção do Título de Mestre  
em Direito e Desenvolvimento.

Campo de conhecimento: Instituições do Estado  
Democrático de Direito e Desenvolvimento  
Político e Social.

Data de aprovação:

\_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca examinadora

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Maíra Rocha Machado  
(Orientadora)  
FGV DIREITO SP

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Mariângela Gomes  
Universidade de São Paulo (USP)

---

Prof. Dr. Cristiano Maronna  
Universidade de São Paulo (USP)

Esta pesquisa foi realizada com o apoio da Bolsa Mário Henrique Simonsen, oferecida pela Fundação Getulio Vargas. Agradeço a oportunidade e a confiança em mim depositadas. Certamente sem a bolsa de estudos a realização deste trabalho não seria possível.

*Para Sandra Eli e Paulo Cesar, por quem serei eternamente grato e a quem por toda vida entregarei o meu amor.*

## AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer ao meu pai, Paulo Cesar, e à minha mãe, Sandra Eli, pelo amor incomensurável e pelo suporte incondicional em todos meus vinte e seis anos de existência. Esta pesquisa não existiria se não fosse por vocês.

Pai, mãe, palavras jamais serão capazes de traduzir o meu amor por vocês. Há um trecho do meu poema predileto – Tabacaria, de Álvaro de Campos – que sempre me intrigou: “Que sei eu do que serei, eu que não sei o que sou?”. A essa pergunta não sei o que responder, mas a vocês sei o que dizer. Sem vocês, não sou.

Escolhi apresentar as escolhas e os caminhos deste trabalho sempre conjugando os verbos na primeira pessoa do plural. Embora esta seja a minha dissertação de mestrado, referi-me a este trabalho como “nosso” por uma razão particularmente especial. Tive o privilégio de ser orientado pela Prof<sup>ª</sup> Dra. Maíra Rocha Machado, que me acompanhou nessa jornada e me ajudou a despertar o melhor de mim na construção desta pesquisa.

Uma das lições mais importantes que tiro da minha orientação durante o Mestrado é a de que o conhecimento se constrói coletivamente. E para isso é preciso coragem. Coragem para se expor, coragem para errar, coragem para tentar. Eu não teria tido a coragem de enfrentar essa jornada acadêmica não fosse pela admiração que tenho pela Prof<sup>ª</sup> Maíra.

Gostaria também de agradecer à Prof<sup>ª</sup> Dra. Marta Rodriguez Machado, da FGV DIREITO SP, que desde 2009 tem constantemente me desafiado a me tornar a melhor versão de mim mesmo. Minha decisão de ingressar no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito e Desenvolvimento foi tomada durante um encontro que tive com a Prof<sup>ª</sup> Marta na lanchonete da FGV DIREITO SP, em meados de 2013. Desde então tenho tido também o privilégio de tê-la em minha vida como professora e amiga.

Ainda entre os professores da FGV DIREITO SP, gostaria de agradecer ao Prof. Dimitri Dimoulis por todas as valiosas contribuições desde que o conheci, em 2007. Felizmente tive a oportunidade de discutir meu projeto e os resultados da pesquisa com o Prof. Dimitri. Entre um café e uma piada, certamente suas contribuições para este trabalho são preciosas.

Durante a realização deste trabalho contei com sessões de *sparring* intelectual junto a grandes amigos juristas. Em especial, gostaria de agradecer à minha mais que querida amiga,

irmã que a vida me deu, Nathalia Macruz, e aos meus queridos amigos Leandro Moreira, Lucas Garcez e Miguel Nicacio, pelos diálogos sempre engrandecedores que tivemos.

Por fim, dentre os vários amigos que contribuíram para a realização desta pesquisa, gostaria de agradecer especialmente a quatro irmãos que também a vida me deu: Oswaldo Maestro, André Prata, Vitor Pardo e Mariana Maria. Foram muitos os diálogos, maiores ainda os debates. Cada um de vocês contribuiu para que eu construísse as minhas ambições para este trabalho e me ajudou seguir em frente nos momentos mais tortuosos dessa minha jornada.

*Rather than love, than money, than fame, give me truth.*

(Henry David Thoreau)

São Paulo, 13 de março de 2016.



## RESUMO

A Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas) instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e criou as diretrizes para a política de drogas brasileira. Dentre o conjunto de medidas trazidas pela lei em seu dispositivo criminal está a criação de um tipo penal específico de cultivo de plantas para produção de drogas para consumo pessoal (art. 28, §1º). O plantio para consumo recebe o mesmo tratamento jurídico-penal que o porte para consumo (art. 28), sendo previstas sanções alternativas à privação de liberdade. O §2º do art. 28 da Lei de Drogas estabelece os critérios que as autoridades competentes do sistema de justiça criminal deverão considerar na tipificação penal das situações de cultivo.

Este trabalho se debruça sobre a tipificação penal de situações de cultivo de canábis em acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo. A problemática de pesquisa aqui desenvolvida discute especificamente quais são os argumentos e como eles são apresentados nas decisões para justificar a determinação de que uma situação de cultivo é para fins de tráfico ou de consumo pessoal. O trabalho busca identificar como os critérios do §2º do art. 28 da Lei de Drogas são apresentados na fundamentação de decisões judiciais em que se discute na esfera criminal se uma situação de cultivo é para “consumo pessoal” ou “destinada a terceiros”. Uma pergunta central norteia a pesquisa realizada: quais os elementos e de que forma eles são utilizados nas decisões analisadas para tipificação do plantio para consumo pessoal (art. 28, §1º, da Lei de Drogas) e do plantio destinado a fornecer drogas a terceiros (art. 33, §1º, II)?

Para enfrentar a problemática de pesquisa utilizamos a ferramenta de busca de acórdãos disponibilizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo. Foram analisados 135 acórdãos do TJSP que enfrentam diretamente a controvérsia relativa à tipificação penal de situações de cultivo de canábis. Os acórdãos foram proferidos entre os anos de 1998 e 2014 e foram selecionados segundo os critérios especificados no capítulo metodológico da dissertação. Os resultados quantitativos da pesquisa dizem respeito às informações gerais dos processos, elementos de prova mencionados nos acórdãos, características das situações de cultivo e fundamentação da tipificação penal.

A discussão qualitativa sobre os resultados da pesquisa é promovida em quatro frentes: (i) interpretação e valoração da quantidade de drogas; (ii) antecedentes criminais, circunstâncias da prisão e do agente; (iii) materiais de venda e outros elementos relevantes na tipificação penal; e (iv) características do conjunto probatório. As questões discutidas nestas frentes circunscrevem o problema de pesquisa e é a partir delas que é feita a análise apresentada neste trabalho.

Esperamos conseguir contribuir para melhor compreensão (i) da determinação da finalidade do cultivo e (ii) das implicações jurídicas que decorrem da opção legislativa pela não utilização de critérios quantitativos na definição dos crimes de tráfico de drogas e plantio para consumo.

**PALAVRAS-CHAVE:** cultivo de *Cannabis*; consumo pessoal; tráfico de drogas; dolo de tráfico; tipificação penal; pesquisa de jurisprudência no TJ/SP.

## ABSTRACT

Brazilian Law n. 11.343 published in august of 2006 (Drug Law) creates the National System of Drug Public Policy and establishes the guidelines for the Brazilian drug policy. The Drug Law proposes an integrated approach to the drug problem grounded in two major pillars: prevention of drug use and repression of drug trafficking. Among the measures taken by the Law lies the creation of a specific criminal offence called “growing for self-consumption” (art. 28, §1). This measure was well seen by the anti-prohibition movements and criminal scholars in general. “Growing for personal consumption” receives the same criminal treatment as “possession with intent to consume”, with criminal sanctions composed of alternative measures to imprisonment. Art. 28 §2 of the Drug Law poses the criteria that should be used by the criminal justice system’s competent authorities to perform the criminal classification of conducts under its scope.

This research is dedicated to the study of criminal classification of *Cannabis* crops in São Paulo’s Justice Court. The study focuses the arguments presented by the judges and their use in the decisions to justify the classification of a crop as being for personal use or with intent to sell. We seek to identify in which ways the criteria presented in Art. 28, §2 of Brazilian Drug Law are posed on the justification of the judicial rulings. One main question drives this research: what are the elements and how are they used in the criminal classification of *Cannabis* crops?

To address the core questions the research was developed through a judicial decision research in the electronic repertoire of São Paulo’s Justice Court. The research analyses 135 decisions delivered by the court in which the grower’s intention is explicitly discussed in the context of criminal classification. The decisions studied were taken between 1998 and 2014 and were selected in accordance to the criteria established throughout this dissertation. The quantitative results of the empirical research are related to the general features of the procedures, evidences referred in the decisions, characteristics of the crops and justification of the criminal classification.

The qualitative discussion of the research’s results is posed in four blocks: (i) interpretation and assessment of the notion of drug quantity; (ii) criminal records, circumstances of the arrest and characteristics of the agent; (iii) sale’s material and other elements relevant for criminal classification; (iv) features of the evidentiary repertoire of the criminal procedures.

We expect to contribute to a better understanding of (i) the determination of intention in cases involving *Cannabis* cultivation and (ii) the legal consequences that stem from the legislative choice not to use threshold quantities standards for determining personal use and trafficking.

**KEYWORDS:** *Cannabis* grow; personal consumption; drug trafficking; specific intent; criminal classification; jurisprudence research in São Paulo Justice Court..

## SUMÁRIO

|  |            |
|--|------------|
| <b>1. Introdução .....</b>   | <b>1</b>   |
| <b>2. Construindo a Pesquisa: Problema, Métodos e Fontes .....</b>   | <b>16</b>  |
| 2.1 Construindo o Problema de Pesquisa .....   | 17         |
| 2.2 O Problema de Pesquisa .....   | 22         |
| 2.3 Métodos: de onde viemos e para onde iremos .....   | 24         |
| 2.3.1 Selecionando as decisões .....   | 30         |
| 2.3.2 Filtrando as decisões .....  | 34         |
| 2.3.3 Lendo e produzindo informações a partir das decisões .....   | 35         |
| 2.3.4 Dois recortes importantes: cultivo para fins terapêuticos<br>e cultivo para fins ritualísticos ..... | 39         |
| 2.4 Por onde navegamos? As fontes da pesquisa .....  | 42         |
| <b>3. Algumas considerações sobre a <i>Cannabis</i> .....</b>  | <b>47</b>  |
| 3.1 A planta .....   | 47         |
| 3.1.1 Taxonomia da <i>Cannabis</i> .....   | 50         |
| 3.2 O consumo da planta .....  | 52         |
| 3.3 O cultivo da planta .....  | 54         |
| <b>4. Resultados da pesquisa empírica .....</b>  | <b>58</b>  |
| 4.1 Algumas considerações sobre os acórdãos anteriores à<br>Lei nº 11.343/06 .....                         | 65         |
| 4.2 Algumas considerações sobre os acórdãos posteriores à<br>Lei nº 11.343/06 .....                        | 68         |
| 4.3 Informações gerais sobre os acórdãos do universo de análise .....                                      | 71         |
| 4.4 Um banco de dados único: perfil por resultado do acórdão .....   | 83         |
| 4.4.1 As absolvições .....   | 83         |
| 4.4.1.1 Os fundamentos das absolvições .....   | 86         |
| 4.4.2 As condenações por violação ao art. 28, §1º, da Lei nº 11.343/06<br>(plantio para consumo) .....     | 88         |
| 4.4.2.1 Fundamentação nos casos de plantio para fins de consumo .....                                      | 91         |
| 4.4.3 As condenações por violação ao art. 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06<br>(plantio para tráfico) ..... | 94         |
| 4.4.3.1 Fundamentação nos casos de plantio para tráfico .....  | 99         |
| <b>5. A fundamentação da tipificação do plantio de canábis: definindo<br/>a finalidade do cultivo.....</b> | <b>102</b> |
| 5.1 De que quantidade estamos falando? .....   | 106        |
| 5.1.1 Concretizando a noção de <i>quantidade</i> no universo de análise .....                              | 109        |
| 5.1.2 O sexo das plantas de canábis .....  | 116        |
| 5.1.3 Capacidade produtiva e condições ecológicas do cultivo .....   | 123        |
| 5.1.4 Quantidade e os elementos objetivo e subjetivo<br>dos delitos de cultivo .....                       | 128        |

|   |            |
|---|------------|
| 5.2 Condições em que se desenvolveu a ação, antecedentes, circunstâncias e<br>conduta do agente ..... | 135        |
| 5.2.1 Conduta do agente e o direito à não-incriminação .....  | 141        |
| 5.3 Materiais apreendidos .....   | 144        |
| 5.4 O conjunto probatório .....   | 150        |
| 5.4.1 Prova indiciária e induções .....   | 152        |
| 5.4.2 Depoimento dos policiais .....  | 157        |
| 5.4.3 Presunção de tráfico e inversão do ônus da prova .....  | 165        |
| <b>6. Conclusão: por vinhos novos em garrafas novas .....</b>   | <b>168</b> |
| 6.1 Os contornos da nossa peça dentro deste imenso mosaico .....                                      | 172        |
| 6.2 Para que isto importa, afinal? .....  | 175        |
| 6.2.1 Um fundamento a menos para a absolvição .....   | 176        |
| 6.2.2 Um problema resolvido, muitos outros evidenciados .....   | 177        |
| 6.2.3 Vinhos novos em garrafas velhas: o papel da dogmática penal .....                               | 178        |
| 6.3 Estabelecendo diálogos em tempos de mudança... ..   | 180        |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>   | <b>182</b> |
| <b>APÊNDICES .....</b>  | <b>209</b> |
| <b>ANEXO I .....</b>  | <b>222</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

“Então saiba, meu irmão o porquê não legalizam não  
Eles precisam que alguns de nós virem ladrões  
Cumpadi, não suba o morro se você não se garante  
Como conseguir então?  
Não compre, plante!”  
(Planet Hemp)

No dia primeiro de abril de 1995 a banda brasileira Planet Hemp lançava pela gravadora Sony Music Brasil o seu álbum de estreia, “Usuário”. Logo na primeira faixa do disco o grupo escancarava a todos seu viés e uma das mais polêmicas mensagens que seriam defendidas em sua carreira: “Não compre, plante!”. O título da faixa cunhou a expressão que veio a ser adotada como lema pelos cultivadores de canábis e defensores da descriminalização do consumo da planta no Brasil.

Em 9 de novembro de 1997 começaria a primeira batalha jurídica da banda contra a criminalização da maconha no Brasil. O cenário era uma casa de shows em Brasília. Aos gritos de “Legalize já, legalize já, uma erva natural não pode te prejudicar”, o Planet Hemp encerrava mais uma de suas apresentações. Tão logo os integrantes da banda retornaram ao camarim foram surpreendidos por vinte policiais civis da Coordenação de Polícia Especializada (CPE/DF): “Vocês estão presos em flagrante por apologia ao uso de entorpecentes. Lei Antitóxico, artigo 12, parágrafo 2º, inciso 3”<sup>1</sup>.

Desde sua criação, em 1993, a banda Planet Hemp defendeu publicamente a descriminalização do consumo e do plantio de canábis no Brasil. A missão do grupo parece nunca ter se restringido à produção musical. A prisão de todos seus integrantes em novembro de 1997 fez com que muitos ativistas, políticos, advogados, artistas e ONGs saíssem em defesa grupo. Mais que isso, a prisão acendeu as primeiras chamas do debate público sobre a política de controle da canábis e forneceu os primeiros pilares sobre os quais a militância antiproibicionista brasileira iria se constituir.

A concepção de *proibicionismo* que permeará este trabalho é apresentada por Carneiro (2002: 126) da seguinte maneira: “a ilicitude em torno de certas mercadorias

---

<sup>1</sup> Relato apresentado pelo vocalista da banda, Marcelo Maldonado Peixoto, o Marcelo D2, à Revista Veja em novembro de 1997. A reportagem está disponível em: [http://veja.abril.com.br/191197/p\\_124.html](http://veja.abril.com.br/191197/p_124.html) - Acesso: 22/11/2014.

tradicionalmente importantes no comércio constitui-se num fenômeno singular do ponto de vista jurídico, econômico e moral, e tem sido característica do século XX, sob a denominação de ‘proibicionismo’”.

Proibicionismo, nessa acepção geral, é uma estratégia de controle estatal de determinadas condutas calcada na proibição e na previsão de punições duras para o seu descumprimento. A proibição é, neste sentido, a linguagem pela qual o Estado operacionaliza sua estratégia de controle. No contexto específico deste trabalho, proibicionismo será entendido como a estratégia de criminalização do consumo e comércio de drogas (SODELLI, 2010: 638), que também ficou conhecida como “guerra às drogas” (CHEPESIU, 1999; BECKETT & SASSON, 2004: 61-65)<sup>2</sup>.

Esta pesquisa se debruça sobre um aspecto específico da política de drogas brasileira: a tipificação penal do cultivo de plantas destinadas à produção de drogas.

A criminalização das condutas relacionadas ao uso e à comercialização de drogas<sup>3</sup> é certamente um dos temas mais polêmicos enfrentados pela dogmática penal e pelos formuladores de políticas públicas criminais. Muito embora não seja inédita, a problemática das drogas está no epicentro da discussão sobre inclusão social e efetivação dos direitos humanos<sup>4</sup>.

De acordo com as informações divulgadas pelo Ministério da Justiça no relatório do InfoPen<sup>5</sup>, em dezembro de 2012<sup>6</sup>, havia 131.368 indivíduos presos por tráfico de drogas no

---

<sup>2</sup> Para mais informações sobre o paradigma proibicionista nas políticas de drogas, cf.: ESCOHOTADO, 1989; CARNEIRO, 2002: 115-128; KARAM, 2009; WEIGERT, 2010; ACSELRAD, 2011: 29-49; FIORE, 2012.

<sup>3</sup> Para fins deste projeto, a definição de *drogas* é dada pelo parágrafo único do art. 1º da Lei de Drogas, que dispõe: “Art. 1º (...) Parágrafo Único. 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”.

<sup>4</sup> Cf. BOITEUX, 2009: 20-31.

<sup>5</sup> O Infopen “é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos penais, que sintetiza informações sobre as unidades e a população prisional” (INFOPEN, 2014: 9). O Infopen é produzido no âmbito do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, e desde 2000 é apresentado na forma de relatórios consolidados com informações sobre o sistema penitenciário do país. Entre 2004 e 2012 os relatórios foram produzidos a partir da mesma metodologia de coleta de dados (INFOPEN, 2014: 9). Entre 2006 e 2012 os relatórios foram disponibilizados semestralmente, sendo que a partir de 2008 houve uma mudança no formato do relatório. Não foram publicados relatórios entre janeiro de 2013 e junho de 2014. Em junho de 2014 foi divulgado o último relatório do Infopen, que foi complementado pelo Depen em junho de 2015. No relatório há a indicação de que a interrupção na publicação dos relatórios em 2013 e 2014 se deveu a uma decisão de promover algumas alterações na metodologia de coleta das informações. Segundo consta do relatório “a alteração na metodologia do Infopen se insere em um conjunto de esforços do Departamento em aliar os avanços tecnológicos e informacionais ao aprimoramento das políticas de execução penal” (INFOPEN, 2014: 8). Muito embora tenham sido significativas as mudanças metodológicas, sobretudo na forma de padronização das informações a serem preenchidas, os dados sobre o sistema penitenciário estadual continuam a ser fornecidos pelos Estados-membro. Além disso, a metodologia empregada para o relatório de 2014 não possui nenhum mecanismo de

país. Isto representa aproximadamente 24% dos 548.003 presos que compõem a população carcerária total do país. O Infopen especifica quarenta e dois tipos penais diferentes que capitulam as condutas dos presos no sistema penitenciário brasileiro, sendo que apenas um deles - o tráfico de drogas - é responsável por aproximadamente 24% do encarceramento total do país.

A evolução do número de presos por tráfico desde a promulgação da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) também chama atenção: em dezembro de 2006 eram 45.133 presos por tráfico de drogas e em dezembro de 2012 o número de presos subiu para 131.368. Entre dezembro de 2006 e dezembro de 2012, portanto, aumentou em 191% o número de presos por tráfico de drogas. No mesmo período (2006-2012), a população carcerária total brasileira evoluiu de 380.634 presos para 548.003, representando um crescimento de 43,97%.

Em dezembro de 2006, o tipo penal<sup>7</sup> responsável pela maior parcela do encarceramento total do país era o roubo qualificado (art. 157, §2º, CP), responsável por 17,80% dos presos no país. No período (dez/2006) os presos por tráfico representavam 11,85% do total de presos. Entre dezembro de 2006 e dezembro de 2012 o número de presos por roubo qualificado cresceu 44,31%, seguindo a mesma proporção do crescimento total da população prisional brasileira (que foi de 43,97%). Já em dezembro de 2012, o tipo penal responsável pela maior parcela do encarceramento total do país era o tráfico de drogas (art.

---

contra verificação das informações que permita aos operadores do Infopen checar a consistência dos dados prestados (INFOPEN, 2014: 10). O Depen informou no relatório de 2014 que o estado de São Paulo não forneceu informações, de modo que “apesar da relevância para o diagnóstico prisional nacional, ficaram de fora do presente relatório” (INFOPEN, 2014: 9-10). Por conta disso, as informações sobre São Paulo no relatório de 2014 foram obtidas a partir dos relatórios disponibilizados no sítio eletrônico da Secretaria de Administração Penitenciária do estado (INFOPEN, 2014: 10). Em razão destas questões optamos por utilizar as informações produzidas no período entre 2006 e 2012, já que os relatórios do Infopen foram produzidos a partir da mesma metodologia. Algumas das informações do relatório do Infopen de 2014 são inconsistentes com as informações históricas produzidas desde a criação do Infopen. O relatório de 2014 indica, por exemplo, que em junho de 2014 havia um total de 66.313 pessoas presas no Brasil por tráfico de drogas (incluindo tráfico internacional) e associação para o tráfico. Este número é muito inferior ao total de presos por tráfico e associação indicados no relatório de 2012 (131.368 presos). Uma hipótese que podemos levantar sobre a discrepância das informações está relacionada à alteração na metodologia de coleta dos dados e de apresentação do relatório. O relatório do Infopen 2014 está disponível no link: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>. Acesso: 08/02/2016.

<sup>6</sup> O relatório do Infopen de dezembro de 2012 está disponível no link: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7BC37B2AE9%2D4C68%2D4006%2D8B16%2D24D28407509C%7D%3B&UIParUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>. Acesso: 22/06/2014.

<sup>7</sup> Sobre a definição de tipo penal, Cf. JAKOBS, 1997: 184-187; ARÁN & CONDE, 2000: 301; ROXIN, 2007: 279; 304-306.

33 da Lei de Drogas), com 23,97% do total de presos no país, enquanto o encarceramento por roubo qualificado representava 17,85% do total de presos.

Os dados do Infopen, portanto, indicam que o crescimento do número de presos por tráfico de drogas no período de dez/2006 a dez/2012 foi substancialmente maior que o crescimento do número total de presos no sistema penitenciário brasileiro<sup>8</sup>.

É possível afirmar que a promulgação da lei influenciou de alguma forma a atuação das instituições do sistema de justiça criminal<sup>9</sup>. A conexão entre as variáveis – promulgação da lei e atuação do sistema de justiça criminal – está longe de ser simples e causal. Importa para o presente trabalho estabelecer se e como as variáveis se relacionam, com o intuito de compreender especificamente um aspecto específico da Lei nº 11.343/06.

Apesar do aumento no número de presos por tráfico de drogas, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)<sup>10</sup> afirma que, também no período entre 2006 e 2012, as taxas gerais de consumo de drogas no país e no mundo permaneceram estáveis. O relatório do UNODC sinaliza o sopro de novos ventos no sentido da reformulação do modelo atual de controle de drogas: há o reconhecimento de que a estratégia da guerra às drogas não se mostrou empiricamente eficiente no controle do consumo ou da comercialização de substâncias ilícitas, indicando que é necessário rever as estruturas da política de drogas estabelecida no âmbito da ONU.

---

<sup>8</sup> Neste mesmo período, roubo qualificado, que em dez/2006 era o tipo penal individualmente responsável pela maior parcela do encarceramento total, cresceu 44,31%, à mesma proporção de crescimento do número total de presos no país. Em 2006 os presos por roubo qualificado representavam 17,80% da população prisional brasileira e o tipo penal era o que representava a maior parcela individualmente considerada do encarceramento total no país. Em 2012 o número de presos por roubo qualificado cresceu à mesma proporção que o crescimento da população prisional total e continuou a representar 17,85% da população prisional. Já os presos por tráfico de drogas cresceram de 45.133 para 131.368 (191%) e passaram a representar 23,97% da população prisional total, razão pela qual o tráfico, individualmente considerado, passou a ser o responsável pela maior parte do número total de presos no país.

<sup>9</sup> Concebemos o sistema de justiça criminal como sendo composto pelas seguintes instituições: polícias (Civil, Militar e Federal), Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Judiciário e Sistema Carcerário, estes últimos em nível estadual e federal (ADORNO, 1995; DE LIMA, 2004: 60; RIBEIRO & SILVA, 2010: 15).

<sup>10</sup> O United Nations Office on Drug and Crime – UNODC – é o escritório da ONU responsável pelo monitoramento da eficácia das políticas de drogas no mundo. Anualmente o UNODC divulga um relatório com as informações e estatísticas dos países relativas ao consumo, produção e distribuição de drogas. Em maio de 2013 foi divulgado o Relatório Mundial de Drogas, que constatou: “*On the whole, the global drug use situation has remained stable. While there has been some increase in the estimated total number of users of any illicit substance, estimates show that the number of drug users with dependence or drug use disorders has remained stable.*” O relatório encontra-se disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/06/26-world-drug-report-notes-stability-in-use-of-traditional-drugs-and-points-to-alarming-rise-in-new-psychoactive-substances.html>. Acesso em 29/08/2013.



O International Narcotics Control Board (INCB)<sup>11</sup> publicou seu relatório para o ano de 2013<sup>12</sup> com a recomendação para que os Estados invistam mais em prevenção e tratamento de abuso de drogas como forma mais eficiente de controle (INCB, 2014: 93-96). Em 2014 a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi além e no relatório “Consolidated Guidelines on HIV Prevention, Diagnosis, Treatment and Care for Key Populations”<sup>13</sup>, publicado em julho de 2014, recomendou a descriminalização de drogas como uma medida útil de saúde pública que pode favorecer o exercício de direitos fundamentais por parte da população vulnerável (OMS, 2014: 93-94).

No Brasil, a criminalização como medida central de controle de drogas estabelecida no âmbito da ONU<sup>14</sup> foi mantida pela Lei nº 11.343/06. A lei promoveu alterações importantes no tratamento da questão<sup>15</sup>. Dentre as diversas inovações trazidas, a Lei de Drogas: (i) previu a *descarcerização* (GRECO, 2009: 54; CARVALHO, 2010: 119)<sup>16</sup> da conduta de porte para consumo próprio, estabelecendo em seu art. 28 um tipo penal que não

<sup>11</sup> O Comitê Internacional de Controle de Drogas (INCB) é o órgão permanente da Organização das Nações Unidas responsável pelo monitoramento internacional da política de drogas estabelecida no âmbito da Convenção Única sobre drogas de 1961, assinada em Nova Iorque. Nos termos da Convenção, o INCB é o órgão responsável por acompanhar a implementação pelos Estados-membro das medidas estabelecidas no âmbito internacional para controle do consumo e circulação de drogas ilícitas.

<sup>12</sup> INCB, Report of the International Narcotics Control Board for 2013. New York: United Nations, Jan. 2014, disponível em: [http://www.unis.unvienna.org/unis/protected/AR\\_2013\\_E.pdf](http://www.unis.unvienna.org/unis/protected/AR_2013_E.pdf). Acesso: 22/09/2014.

<sup>13</sup> World Health Organisation (WHO). Consolidated Guidelines on HIV Prevention, Diagnosis, Treatment and Care for Key Populations. Geneva: United Nations, Jul. 2014, disponível em: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/128048/1/9789241507431\\_eng.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/128048/1/9789241507431_eng.pdf?ua=1)

<sup>14</sup> Desde a aprovação no âmbito da Organização das Nações Unidas da Convenção Única sobre Entorpecentes, em Nova Iorque em 1961, estabeleceu-se o paradigma proibicionista mundial nas políticas públicas sobre drogas, com um complexo sistema internacional de controle do consumo e da produção de drogas. Em especial, o Artigo 22, 1, a), da Convenção prevê no centro da política de controle do uso e comércio de drogas a estratégia de criminalização de ambas as condutas, com previsão de penas de prisão para os casos graves de tráfico

<sup>15</sup> A Lei de Drogas possui três grandes pilares institucionais: prevenção ao uso, repressão ao uso e tráfico e medicalização dos dependentes (CARVALHO, 2010: 14-15; BIZZOTO, et. ali., 2010: 2-5). Esta pesquisa focaliza um aspecto bem específico dentro do pilar repressivo da lei: os tipos penais relativos ao cultivo de plantas para preparação de drogas.

<sup>16</sup> Parte da doutrina refere-se à “despenalização” e à “descriminalização” do porte/plantio para consumo na Lei de Drogas (BIZZOTO, et. ali., 2010: 44; FERRARI, et. ali, 2012: 7-16. Entendemos que a melhor conceituação da estratégia legislativa é dada pela palavra *descarcerização*. Não se trata de *descriminalização* porque a Lei de Drogas expressamente denomina o porte para consumo e o plantio para consumo como *crimes*. O regime jurídico do cultivo e da posse de drogas está inserido no capítulo III da lei, cujo nome é “Dos Crimes e das Penas”. Ou seja, o usuário ainda está submetido ao controle pelas instituições do sistema de justiça criminal porque a lei expressamente determina que assim o seja. Também não entendemos ser o caso da *despenalização* porque a Lei de Drogas prevê penas alternativas à prisão como sanção pelas infrações penais tipificadas. Muito embora o art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914/41 defina *crime* como sendo “a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”, entendemos que é perfeitamente possível que lei posterior revogue parcialmente ou complemente os termos de lei anterior (*lex specialis derogat lex generalis*) (BOBBIO, 1992; ALEX, 2003). Assim, entendemos que a palavra *descarcerização* (GRECO, 2009: 54; CARVALHO, 2010: 119) descreve mais propriamente essa estratégia legislativa implementada na Lei de Drogas. Sobre a distinção entre os termos *legalização*, *despenalização* e *descriminalização*, cf.: HUGHES & STEVENS, 2010: 999-1001.

prevê pena de prisão<sup>17</sup>; (ii) tipificou o plantio para consumo próprio, com tratamento jurídico penal equiparado ao do usuário de drogas, sem previsão de pena de prisão (art. 28, §1º); e (iii) tipificou a figura do consumo compartilhado de droga, com previsão de pena de prisão de seis meses a um ano (art. 33, § 3º).

Em contraposição, o art. 33 da Lei de Drogas sinalizou o endurecimento da repressão ao comércio ilícito, com aumento da pena mínima do crime de tráfico de drogas de 3 para 5 anos de reclusão e manutenção da pena máxima de 15 anos (LAZARINI, 2009: 1675).

A redação dos artigos 28<sup>18</sup> e 33<sup>19</sup> da Lei nº 11.343/06 manteve a imensa dificuldade de diferenciação das condutas que compõem os núcleos dos dois tipos penais. Os

---

<sup>17</sup> O art. 28 da Lei de Drogas prevê como penas a serem aplicadas: (i) advertência sobre os efeitos das drogas; (ii) prestação de serviços comunitários; e (iii) medidas educativas.

<sup>18</sup> “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.

§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.

§3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

<sup>19</sup> “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

dispositivos foram redigidos de forma praticamente idêntica aos artigos 12 e 16 da Lei nº 6.368/76, mantendo os mesmos verbos que descrevem os núcleos dos tipos penais de tráfico de drogas e uso pessoal.

Além disso, a Lei de Drogas também praticamente repetiu os parâmetros que devem ser utilizados pelas autoridades do sistema de justiça criminal na tipificação das condutas de tráfico, porte e plantio de drogas. O §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06 estabelece que “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”<sup>20</sup>. Os elementos referidos no dispositivo são os mesmos constantes do art. 37<sup>21</sup> da Lei nº 6.368/76, acrescidos da expressão “circunstâncias pessoais e sociais do agente”.

Esta pesquisa investiga como é fundamentada a tipificação penal de situações de cultivo de canábis em acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo. A problemática de pesquisa aqui desenvolvida discute especificamente quais são os argumentos e como eles são apresentados nas decisões para justificar a determinação de que uma situação de cultivo é para fins de tráfico ou de consumo pessoal.

Embora a Lei nº 11.343/06 refira-se em abstrato a “*plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica*”, no Brasil a discussão sobre plantio ilícitos é praticamente inteira a respeito da

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

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

§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.

§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.”

<sup>20</sup> Muito embora o §2º do art. 28 refira-se apenas à figura do juiz, a tipificação penal é também realizada por ao menos três outros agentes do sistema de justiça criminal: o policial responsável pela ocorrência, o delegado de polícia e o promotor, que decide sobre o oferecimento da denúncia. Estes atores possuem competências específicas que incluem poderes de decidir sobre a capitulação penal das condutas no exercício de duas funções.

<sup>21</sup> “Art. 37. Para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Parágrafo único. A autoridade deverá justificar em despacho fundamentado, as razões que a levaram a classificação legal do fato, mencionando concretamente as circunstâncias referidas neste artigo, sem prejuízo de posterior alteração da classificação pelo Ministério Público ou pelo juiz.”

canábis. Praticamente porque é impossível afirmar que não há nenhum caso no país de plantio de outro tipo de vegetal destinado à preparação de outras drogas – um plantio de *coca*, por exemplo. Ao contrário: recentemente a mídia tem noticiado a existência de plantações de *coca* encontradas na região amazônica, sobretudo perto da fronteira com o Peru<sup>22</sup>, indicando que talvez esta seja uma questão que pode chegar ao Judiciário a qualquer momento.

É possível apresentar a pesquisa de forma simples, capaz de ser compreendida por alguém que ouve pela primeira vez no caminho de uma reunião, como sugere Booth (2008: 26): estamos estudando decisões judiciais sobre plantio de canábis para entender de que forma os magistrados diferenciam as figuras do usuário e do traficante nos casos de cultivo de canábis. Pretendemos, assim (i) identificar quais são os elementos considerados relevantes para a qualificação jurídica do usuário e do traficante nos casos de cultivo e (ii) de que forma eles são utilizados na fundamentação das decisões. Esperamos conseguir contribuir para melhor compreensão (i) da determinação da finalidade do cultivo à luz dos dispositivos da Lei de Drogas e (ii) das implicações jurídicas que decorrem da opção legislativa pela não utilização de critérios quantitativos na definição dos crimes de tráfico de drogas e plantio para consumo.

Espera-se que esta pesquisa contribua tanto para a literatura acadêmica quanto “para o mundo”, como sugerem Epstein e King (2013: 76). No que diz respeito à literatura acadêmica, as contribuições desta pesquisa decorrem não só da formulação de “uma pergunta que a comunidade jurídica possa ver como importante, mas que nenhum outro acadêmico abordou” (EPSTEIN & KING, 2013: 76), mas também do tratamento diferenciado dado a uma problemática que os juristas brasileiros discutem desde 1976, quando foi promulgada a primeira lei federal que estabeleceu uma política criminal específica para as drogas.

A forma como a problemática desta pesquisa é enfrentada possibilita a produção de informações que dialogam tanto com a dogmática penal quanto com a literatura sobre modelos de controle de drogas.

A pesquisa se debruça sobre a motivação de decisões judiciais que tipificam situações de cultivo de canábis. Muito embora a lei preveja os grandes parâmetros e critérios

---

<sup>22</sup> Neste sentido, cf.: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/12/exercito-teme-que-plantacao-de-coca-do-peru-transborde-para-o-brasil.html>; <http://amazoniareal.com.br/plantios-de-coca-ameacam-floresta-amazonica-na-fronteira-do-brasil/>; [http://acritica.uol.com.br/noticias/Manaus-amazonas-amazonia\\_0\\_771522849.html](http://acritica.uol.com.br/noticias/Manaus-amazonas-amazonia_0_771522849.html)

que nortearão (ou que devem nortear?) a formação da convicção do magistrado, eles são dotados de altíssimo grau de abstração. Além disso, por ora esta questão específica ainda não tem sido discutida a fundo na doutrina penal<sup>23</sup>.

Compreendendo-se a dogmática como tecnologia para o exercício do poder soberano e como instrumento de controle (RODRIGUEZ et ali., 2012: 75-76), os resultados quantitativos e qualitativos da pesquisa podem contribuir para a produção de conhecimento no campo da dogmática penal em ao menos três aspectos.

Em primeiro lugar, pode contribuir para a compreensão de como a tipificação penal do cultivo para consumo próprio é apresentada nas decisões judiciais. A tarefa aqui pretendida é, nesse aspecto, bipartida. Em um primeiro momento pretende-se identificar quais elementos são concretamente utilizados pelo tribunal para definir o plantio para fins de consumo, na perspectiva do Tribunal de Justiça de São Paulo. Observaremos aqui não apenas os elementos positivados no §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06<sup>24</sup>, mas também quaisquer outros que possam aparecer na fundamentação<sup>25</sup> dos acórdãos para a tipificação penal.

Além da identificação dos elementos mencionados nas decisões, buscamos também identificar como eles são fundamentados e aplicados quando da tipificação dos casos de

---

<sup>23</sup> Para realização desta pesquisa consultamos todos os autores que foram mencionados nos acórdãos estudados e buscamos acessar diversos textos dos autores que comentam a Lei de Drogas e seus dispositivos. Muito embora a questão da diferenciação entre usuários e traficantes seja apontada como um ponto problemático da lei, não conseguimos identificar nenhuma proposta de ferramentas dogmáticas para aplicação do §2º da Lei de Drogas, muito menos no contexto do cultivo de canábis. Por essa – e outras – razão entendemos que este trabalho traz uma contribuição importante para a dogmática penal à medida que se propõe a investigar a determinação da finalidade do plantio na fundamentação de decisões judiciais. Para realizar a pesquisa consultamos os seguintes autores que discutem os dispositivos criminais da Lei de Drogas: FREITAS JÚNIOR, 2006; SABBÁ GUIMARÃES, 2006; GOMES, 2006; GRECO FILHO, 2007; BACILA & RANGEL, 2007; ARRUDA, 2007; MARCÃO, 2007; MENDONÇA, et ali., 2007; BIANCHINI, 2008; DELGADO, 2009; GAMA, 2009; JESUS, 2009; BIZZOTO et ali., 2010; NUCCI, 2010; CARVALHO, 2010; JUNQUEIRA, 2013.

<sup>24</sup> “Art. 28. (...)”

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

<sup>25</sup> Referimos aqui à concepção de *fundamentação jurídica* de Alexy (2008: 117-139; 2011: 19-40). Para o autor, a fundamentação, sobretudo das decisões de quaisquer entes estatais com poderes adjudicatórios, tem um papel importante na determinação da coerência interna da ordem jurídica enquanto sistema (Alexy, 2011: 20-22). Fundamentação é a articulação da *linguagem jurídica* para motivar decisões. A argumentação, por sua vez, envolve ao menos a articulação de dois elementos básicos: uma norma jurídica extraída de alguma fonte do direito (leis, diplomas normativos de qualquer natureza, precedentes judiciais, direito consuetudinário, doutrina jurídica) que se aplica a um evento ou conjunto de eventos do mundo empírico (Alexy, 2008: 121-124). No caso do direito brasileiro, a fundamentação jurídica é reconhecida como um dever estatal de ordem constitucional, já que tem previsão no artigo 93, IX, da Constituição Federal do Brasil, do qual deriva um princípio conhecido na literatura jurídica como princípio da motivação das decisões judiciais.

cultivo. Em outras palavras: buscamos observar o que nos autos permitiu que os magistrados formassem suas convicções para fundamentar as decisões.

Em segundo lugar, os resultados da pesquisa podem ser relevantes para compreender relações importantes entre a dogmática e o processo penal. Ainda que a investigação proposta nesta pesquisa se debruce especificamente sobre a tipificação do cultivo de canábis, há aspectos cruciais do processo penal que influenciam a forma pela qual os magistrados formam sua convicção.

O elemento central de diferenciação entre os crimes de plantio para tráfico e plantio para consumo é a *finalidade*: diante de uma situação de cultivo a determinação da finalidade do plantio implicará a tipificação da conduta como tráfico de drogas ou como porte para consumo pessoal.

Para determinar a finalidade de uma conduta, a produção de provas no curso do processo penal é absolutamente indispensável. Mais que isso: a interpretação do sentido das provas produzidas no processo é que terá papel determinante na tipificação penal da conduta analisada.

Há aí uma interface importante entre dogmática penal e processo penal que será em alguma medida explorada nesta pesquisa. A forma pela qual o elemento subjetivo volitivo<sup>26</sup> da conduta é compreendido é indissociável do conjunto probatório formado no curso do processo penal. Conquanto a pesquisa possua um escopo bastante específico, seus resultados podem ajudar a compor o repertório de conhecimento sobre a relação entre dogmática e processo.

Na instrução do processo penal são produzidas as provas que permitem trazer aos autos as informações necessárias para aplicação dos dispositivos da lei (RANGEL, 2010: 508). As provas se destinam à reconstrução processual da verdade<sup>27</sup> para formação da convicção do magistrado (MITTERMAIER, 1997: 54-59; CAMARGO ARANHA, 2004: 5). Como se verá ao longo deste trabalho, os resultados da pesquisa empírica apontam para

---

<sup>26</sup> Neste trabalho, a expressão “elemento subjetivo volitivo” refere-se à vontade de realização de um fim previsto em um tipo penal, que é um dos componentes dogmáticos do conceito de dolo. Entendemos, grosso modo, que o *dolo* compõe o *tipo* e a *vontade* compõe o *dolo*. Neste sentido, cf. JESCHECK & WEIGEND, 2002: 318-320; MIR PUIG, 2005: 258. Definiremos melhor os conceitos de *dolo* e “*elemento subjetivo*” nas notas de rodapé 36 e 37 abaixo.

<sup>27</sup> Sobre a instrução probatória e a reconstrução processual da verdade, cf. OLIVEIRA, E.P., 2009: 293-295. O argumento do autor é, como se verá, alinhado com o repertório de ideias discutido neste trabalho, sobretudo no que diz respeito à formação da convicção do magistrado a partir dos elementos de prova constantes dos autos do processo. A reconstrução probatória da verdade busca trazer ao processo as informações necessárias para que o magistrado esteja imbuído da certeza judicial quando da prolação da sentença.

alguns nós da produção probatória que impactam diretamente a interpretação e a aplicação de dispositivos específicos da Lei de Drogas, trazendo consequências para a tipificação penal.

Em terceiro lugar, espera-se que a pesquisa possa fornecer subsídios para o controle público do exercício do poder jurisdicional. No contexto brasileiro, a lei confere ao juiz um poder importante na operacionalização do sistema de intervenção que ela cria (afinal, cabe ao juiz determinar se o plantio de drogas destina-se a consumo ou a comércio, tipificando a conduta como uso ou tráfico)<sup>28</sup>.

Conquanto a tipificação penal também seja, em alguma medida, realizada por outros agentes de Estado – como, por exemplo, a autoridade policial e o Ministério Público – a qualificação jurídica final da conduta é determinada pelo Poder Judiciário<sup>29</sup>. O juiz exerce esse poder realizando a tipificação penal através da aplicação de conceitos e categorias da dogmática jurídica, à luz do conjunto de provas produzido no processo.

A exigência de fundamentação, com a explicitação das razões que embasam a decisão tomada, justifica-se como garantia básica que permite o controle público das decisões judiciais (BARBOSA MOREIRA, 1988: 89; NOJIRI, 2000: 31). O controle por

---

<sup>28</sup> É importante frisar, contudo, que o poder jurisdicional de qualificar e requalificar juridicamente as condutas não é um atributo exclusivo dos crimes da Lei de Drogas. Muito ao contrário: está na essência da atividade jurisdicional e é especialmente relevante no âmbito do sistema de justiça criminal. A capitulação penal das condutas determina aspectos importantes do processo penal e impacta diretamente a gravidade das sanções criminais aplicadas. A título de exemplo, uma das controvérsias mais comuns no âmbito do sistema penal é a tipificação penal dos casos de *furto* (art. 155 do Código Penal) e *roubo* (art. 157 do Código Penal). Ambos os tipos penais possuem um núcleo ativo comum: “*subtrair, para si ou para outrem, coisa móvel alheia*”. A diferenciação dos tipos penais reside no fato de que a qualificação jurídica do *roubo* exige a comprovação de que a subtração de coisa alheia se deu “*mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência*”. Muito embora haja casos em que a distinção dos tipos penais é facilmente identificável à luz das circunstâncias concretas, há uma vasta gama de situações limítrofes em que a interpretação dos dispositivos e a valoração das provas nos autos desempenham um papel essencial na capitulação penal das condutas. Uma discussão interessante há muito tempo inserida nos tribunais pátrios diz respeito à qualificação jurídica da conduta de subtração de coisa móvel alheia mediante utilização de armas de brinquedo, simulacros de armas de fogo. É hoje pacífico na doutrina e na jurisprudência que a utilização de armas de brinquedo configura o elemento de “grave ameaça” a que se refere o art. 157 do Código Penal, devendo ser a conduta qualificada como *roubo* (JESUS, 2004: 346; STOCCO, 2007: 799; BITENCOURT, 2008: 81). Discute-se ainda hoje, sobretudo após a revogação da Súmula nº 174 do Superior Tribunal de Justiça, se a utilização de armas de brinquedo pode fazer incidir a circunstância de aumento de pena para *roubo* prevista no §2º, I, do art. 157 do Código Penal.

São muitos os exemplos que aqui poderiam ser lançados. Importa, por ora, a ressalva de que o poder conferido aos magistrados e aos agentes do sistema de justiça criminal de qualificação jurídica das condutas é altamente relevante e traz consigo consequências importantes para o sistema e os indivíduos.

<sup>29</sup> Cabe aqui uma ressalva importante: a capitulação penal das condutas dada pelos agentes policiais, pela autoridade policial e pelo Ministério Público é altamente importante. Muito embora seja do Poder Judiciário a decisão final sobre a qualificação jurídica das condutas, a leitura feita pelas autoridades policiais e pelo Ministério Público implica consequências importantes nos casos concretos. Da possibilidade de prisão à determinação do rito processual cabível, a capitulação penal compõe a atividade própria de muitos agentes do sistema de justiça criminal e influencia diversos aspectos materiais e processuais.

meio do escrutínio da motivação das decisões ocorre não só com relação à interpretação e aplicação de normas, mas também com relação à forma pela qual o magistrado lê e valora o conjunto probatório (WAMBIER, 2009: 55).

Neste sentido, compreender melhor as particularidades da fundamentação das decisões fornece subsídios para controle do poder jurisdicional. Esse é um aspecto bastante relevante no que diz respeito ao problema desta pesquisa, mas que a ele não se restringe.

Esta pesquisa também contribui para o mundo porque aborda questões que possuem ao menos potencialmente implicações no mundo real (EPSTEIN & KING, 2013: 76). Discute-se hoje no Brasil a reformulação da política de drogas, com a revisão da Lei nº 11.343/06. Tramitam no Congresso Nacional ao menos quatro grandes propostas de reestruturação do modelo de controle de drogas: no Senado Federal, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 37/2013, de autoria do deputado Osmar Terra<sup>30</sup>, e a Sugestão nº 8, apresentada no portal *e-cidadania*<sup>31</sup> do Senado por André de Oliveira Kiepper<sup>32</sup>; na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) nº 7.187/2014, de autoria do deputado Eurico Júnior (PV/RJ)<sup>33</sup> e o PL nº 7.270/2014, de autoria do deputado Jean Willys (PSOL/RJ)<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Tramita hoje em regime de urgência na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal o Projeto de Lei da Câmara nº 37 de 2013, de autoria do Deputado Osmar Terra, que prevê algumas alterações na Lei de Drogas na tentativa de fornecer outra abordagem à questão. A alteração mais significativa proposta no PLC 37 diz respeito à possibilidade de internação compulsória de indivíduos que forem diagnosticados como dependentes por médicos integrantes da rede institucional do SISNAD, prevista em seu art. 34-A, §3º, II. O PLC 37/2013 não altera o §2º do art. 28 da Lei de Drogas, mantendo as mesmas balizas para diferenciação das condutas, delegada ao magistrado. A íntegra do PL 7.663/2010 está disponível no sítio eletrônico da Câmara, no link:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=401112C9C955888DFC16020F1A36E56B.proposicoesWeb1?codteor=789804&filename=PL+7663/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=401112C9C955888DFC16020F1A36E56B.proposicoesWeb1?codteor=789804&filename=PL+7663/2010). Acesso: 23/07/2014.

<sup>31</sup> O portal e-cidadania foi criado pelo Ato da Mesa Diretora do Senado nº 3 de 2011 e visa estimular a participação popular no sistema político. O portal oferece três grandes blocos de serviços: *e-representação*, *e-legislação* e *e-fiscalização*. Através do sistema *e-legislação* é possível que qualquer cidadão submeta uma proposição legislativa. Caso a proposição atinja mais de 20.000 assinaturas de apoio, torna-se uma proposta de lei do Senado, de origem externa, sujeita à tramitação ordinária. Para mais informações, cf. <http://www12.senado.gov.br/ecidadania/elegislacao>. Acesso: 14/07/2014.

<sup>32</sup> A Sugestão nº 8 propõe que a maconha seja regulamentada nos mesmos moldes em que se dá a regulamentação da produção/venda de álcool e tabaco.

A sugestão nº 8 e as assinaturas de apoio podem ser encontradas no link: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=145345&tp=1>. Acesso: 14/07/2014.

<sup>33</sup> O PL 7.187/14 objetiva regulamentar “o controle, a plantação, o cultivo, a colheita, a produção, a aquisição, o armazenamento, a comercialização e a distribuição de maconha (*cannabis sativa*) e seus derivados, ou cânhamo, quando for o caso”. A proposta inclui a descriminalização do consumo de cânabís e cria condições para legalização da comercialização e produção da planta. Cf. íntegra do projeto disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1231177&filename=PL+7187/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1231177&filename=PL+7187/2014). Acesso: 14/07/2014.

<sup>34</sup> A proposta “regula a produção, a industrialização e a comercialização de Cannabis, derivados e produtos de Cannabis, dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, cria o Conselho Nacional de Assessoria, Pesquisa e Avaliação para as Políticas sobre Drogas”. O modelo adotado é o da regulamentação total do ciclo de produção/consumo da cânabís, incluindo a descriminalização do consumo e a criação de condições para legalização do comércio e da produção da planta. Cf. íntegra do projeto, disponível em:



Dentre as propostas apresentadas, o PLC 37/2013 não prevê alteração significativa do mecanismo de diferenciação entre as figuras do usuário e do traficante de drogas e não altera a tipificação do cultivo para consumo pessoal. As outras três proposições são estruturadas em torno da descriminalização do consumo da canábis, com previsão de regulamentação da produção e comercialização, bem como regulamentação do cultivo para consumo como figura especial, com regime jurídico próprio.

O tema também chegou ao Supremo Tribunal Federal. No dia 01 de março de 2011 o Recurso Extraordinário<sup>35</sup> nº 635.659 foi interposto pela Defensoria Pública de São Paulo<sup>36</sup>. No Recurso discute-se a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, alegando-se dois fundamentos principais: (a) o art. 28 da Lei de Drogas viola o direito fundamental à intimidade e à vida privada; e (b) o dispositivo também viola o princípio da lesividade porque o consumo pessoal de drogas não afeta diretamente direitos ou interesses

---

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1237297&filename=PL+7270/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237297&filename=PL+7270/2014). Acesso: 14/07/2014.

<sup>35</sup> O Recurso Extraordinário está previsto no art. 102, III, da Constituição Federal do Brasil, sendo de competência do Supremo Tribunal Federal. O RE é cabível contra decisões proferidas em única ou última instância que impliquem (art. 102, I, “a” a “d”): (a) contrariedade a dispositivo da Constituição; (b) declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) declaração de validade de lei ou ato de governo local contestado diante da Constituição; e (d) declaração de validade de lei local contestada em face de lei federal. Há ainda outro requisito de admissibilidade do RE: a demonstração da existência da chamada repercussão geral, nos termos do §3º do art. 102 da Constituição.

<sup>36</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. O Recurso ainda está pendente de julgamento, aguardando retorno do pedido de vista feito pelo Ministro Teori Zavascki em 10/09/2015. Até a data de entrega deste trabalho foram proferidos três votos, com três entendimentos diferentes. O Ministro Relator, Gilmar Mendes, votou pela inconstitucionalidade completa do art. 28 (*caput* e §1º) por entender que a criminalização do consumo viola a privacidade e o princípio da lesividade. Ainda, o relator entendeu que a inconstitucionalidade deveria ser declarada com relação a todas as drogas, já que o Recurso Extraordinário ataca o dispositivo legal em abstrato. Ou seja, muito embora o caso concreto que deu origem ao recurso envolva a posse de maconha, apenas, o controle de constitucionalidade é realizado sobre a norma em abstrato, tal como redigida. O Ministro Edson Fachin entendeu que o caso trata apenas da posse de maconha, e restringiu a declaração de inconstitucionalidade à posse e plantio de canábis, não se pronunciando sobre a questão no que concerne às outras drogas. Por fim, o terceiro voto até agora proferido é do Ministro Roberto Barroso. O Ministro entendeu que o Recurso discute apenas a posse de maconha, limitando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade à canábis. O voto do Ministro, então, declara a inconstitucionalidade do art. 28, *caput* e parágrafo 1º, no que diz respeito à maconha. O Ministro ainda vai além e propõe uma afirmação para a Repercussão Geral, que poderá ser submetida a votação em separado pelo Plenário do STF para decidir sobre a criação de súmula a respeito. Barroso propõe a seguinte afirmação para ser discutida e votada: “*É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.*”. Ou seja, a proposta do Ministro Barroso é a de estabelecer um padrão referencial não vinculante das quantidades indicativas de uso e tráfico. O padrão é referencial e não vinculante porque o texto da proposta indica expressamente a possibilidade de decisões que não atentem aos valores indicados. No entanto, a proposta também prevê expressamente que o ônus argumentativo das decisões que não se utilizarem dos padrões referenciais será maior quando foram desfavoráveis ao réu.

juridicamente protegidos de terceiros – o que implicaria reconhecer a inexistência de um bem jurídico<sup>37</sup> que possa ser penalmente tutelado.

Em 2011, foi reconhecida a Repercussão Geral<sup>38</sup> do caso, o que significa que os ministros reconheceram a existência de questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa e, por isso, o caso será julgado em apreciação colegiada da Turma ou do Pleno<sup>39</sup>. Quando o caso finalmente for apreciado, o Supremo Tribunal Federal dará a última palavra sobre a validade jurídica<sup>40</sup> da criminalização do consumo de maconha no Brasil. Uma decisão, portanto, que pode influenciar bastante a regulamentação da questão no plano nacional.

Considerando o contexto atual de reforma da política de drogas, esta pesquisa se debruça sobre a fundamentação utilizada pelos desembargadores para tipificação do plantio para consumo pessoal. Para tanto, como veremos a seguir, analisamos dois conjuntos de decisões judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo com o intuito de produzir informações respaldadas em uma pesquisa empírica que possa contribuir com a discussão atual e a avaliação sobre possíveis mudanças no modelo de controle de drogas vigente.

Para investigar estes aspectos optamos pela análise da fundamentação de decisões judiciais que enfrentam diretamente a questão relativa à qualificação jurídica de situações de plantio. Como se verá, foram analisados 135 acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo que enfrentam diretamente a controvérsia relativa à tipificação penal de situações de cultivo de canábis. Os acórdãos foram proferidos entre os anos de 1998 e 2014 e foram selecionados segundo os critérios especificados no capítulo 2 da dissertação, que apresenta as considerações metodológicas desta pesquisa.

O trabalho está estruturado em seis capítulos, sendo este o primeiro deles, com a introdução da pesquisa e apresentação do trabalho. O segundo capítulo descreve a metodologia empregada na pesquisa. O terceiro capítulo traz algumas breves considerações

---

<sup>37</sup> Sobre o conceito de bem jurídico, cf. HORMAZABAL MALARÉE, 1992; BARATTA, 1994; ROXIN, 2007: 445-450.

<sup>38</sup> Sobre o conceito de Repercussão Geral, cf. RAMOS TAVARES, 2005; TUCCI & ROGÉRIO, 2007: 151-162; BORGES, 2008: 36-44.

<sup>39</sup> Nos termos do art. 102, §3º, da Constituição, é necessária a comprovação de repercussão geral para a admissão dos Recursos Extraordinários. Repercussão geral é, conforme definido no §1º do art. 543-A do Código de Processo Civil, “a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Nos termos do §4º do art. 543-A do CPC, a repercussão geral será apreciada em decisão colegiada de uma das turmas do STF ou, se for o caso, do Plenário do tribunal.

<sup>40</sup> Sobre o conceito de validade jurídica, cf. KELSEN, 2005: 42-66; 181-184; 222-232.

sobre a planta *Cannabis Sativa* que, como se verá, são importantes para compreender o contexto fático em que os tipos penais analisados estão inseridos.

No quarto capítulo são apresentados os resultados quantitativos da pesquisa, com a descrição das principais características da população de acórdãos estudada e a exposição das informações produzidas a partir da leitura das decisões. Neste capítulo são apresentadas as informações sobre os perfis dos acórdãos divididos por resultado possível na ação penal, especificando as características identificadas nas decisões que determinam absolvições, condenações por consumo pessoal e condenações por tráfico.

No quinto capítulo é promovida a discussão qualitativa sobre os resultados da pesquisa. Os resultados são discutidos em quatro frentes: (i) interpretação e valoração da quantidade de drogas; (ii) antecedentes criminais, circunstâncias da prisão e do agente; (iii) materiais de venda e outros elementos relevantes na tipificação penal; e (iv) características do conjunto probatório. As questões discutidas nestas frentes circunscrevem o problema de pesquisa e é a partir delas que é feita a análise apresentada neste trabalho.

Por fim, no sexto e último capítulo é desenvolvida a conclusão da pesquisa. A conclusão parte da discussão sobre as implicações que a criação de um tipo penal específico de cultivo para consumo na Lei de Drogas gerou no que diz respeito à fundamentação das decisões. Em seguida são sintetizadas as respostas desenvolvidas às perguntas de pesquisa, bem como é apresentada uma agenda de pesquisa que pode incorporar as contribuições deste trabalho.

As últimas seções deste trabalho trazem as referências bibliográficas utilizadas, um apêndice com as informações sobre todos os acórdãos que compõem o universo de análise desta pesquisa e um texto lançado como anexo que apresenta detalhadamente as características que compõem a população de acórdãos aqui discutida.

## 2. CONSTRUINDO A PESQUISA: PROBLEMA, MÉTODOS E FONTES.

Esta pesquisa parte de uma inquietação bastante simples: afinal de contas, diante de uma situação de cultivo de canábis, como o juiz decide se o plantio é para consumo ou para fins de tráfico?

Embora o §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06 apresente os parâmetros gerais e abstratos para tanto, a inquietação que motivou a realização desta pesquisa diz respeito à forma pela qual estes elementos são articulados e aplicados em casos concretos.

Entre os estudantes de direito são frequentes as consultas de terceiros desavisados e bem intencionados que querem saber: mas afinal, plantar *maconha* pode ou não pode? Quanto pode plantar sem ser preso? Onde pode plantar? Ou ainda: quantos gramas configura tráfico?

Por mais simples que sejam estas perguntas, respondê-las é tarefa bastante complicada. O Brasil adota um sistema de controle de drogas que tem seu pilar mais sólido calcado na criminalização de condutas relacionadas ao consumo, à produção e à distribuição de drogas. Os dois tipos penais que compõem o núcleo dessa estratégia de criminalização são o tráfico e o consumo (ou porte para consumo) de drogas.

Para definir e diferenciar estes tipos penais a opção feita pelo Brasil foi a de definir estas figuras a partir da finalidade da posse ou do plantio de drogas, impondo-se a necessidade de determiná-la a partir de balizas abstratas fornecidas pelo legislador no §2º do art. 28 da Lei de Drogas. Esta escolha vai na contramão de um modelo adotado em grande parte dos países do globo, conhecido como “*threshold quantities model*” (WALSH, 2009: 479-485; HUGHES, 2010; HARRIS, 2011: 1-3; ZUFFA, 2011: 1-4)<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Há menções na literatura a respeito deste modelo como sendo um modelo “objetivo”, em contraposição ao modelo brasileiro, que seria “subjetivo”. Entendemos não ser cabível esta nomenclatura. Em ambos os modelos, a distinção dos crimes de tráfico e uso é calcada na finalidade da conduta. Da mesma forma, a finalidade das condutas é definida em ambos os modelos por meio de critérios objetivos. A distinção entre os modelos reside nos critérios utilizados por um e por outro: enquanto o “*threshold quantities model*” define a finalidade das condutas a partir de um leque de quantidades em peso para cada uma das drogas, o modelo brasileiro lança a mesma definição a partir de outros critérios objetivos, como os antecedentes do sujeito e as circunstâncias da prisão. Esse modelo de regulação adotado pelo Brasil confere às autoridades do sistema de justiça criminal a competência para aplicar os critérios gerais estabelecidos na legislação nos casos concretos e permite que as autoridades assim o façam com alto grau de discricionariedade. Vale dizer: a percepção das autoridades sobre o sentido dos critérios estabelecidos influencia a forma como eles são aplicados. Nos países que adotam modelos de *threshold quantities* a discricionariedade conferida às autoridades para determinar o que pode ser classificado como para consumo pessoal ou tráfico é muito menor. Isto certamente possui implicações positivas e negativas, sendo que o estabelecimento de critérios quantitativos numéricos para

A inquietação sobre a forma como essas balizas são compreendidas pelo sistema jurídico brasileiro acompanhou minha trajetória desde o ingresso no curso de graduação em Direito. Estamos falando de que números, afinal? O que se tem considerado pequena ou grande quantidade? Qual ordem de grandeza? Estas perguntas permeiam um grande desafio imposto ao Judiciário: a difícil tarefa de determinar os limites do consumo aceitável de drogas na dinâmica da aplicação da lei penal.

Tendo este objetivo em mente, a pesquisa foi construída a partir de três perguntas principais. Em primeiro lugar, *o que se pretende descobrir com a pesquisa?* Trata-se da delimitação do problema de pesquisa, organizado em torno de uma pergunta principal, que pode ser subdividida em perguntas específicas, e uma pergunta secundária. Em segundo lugar, *como as informações serão coletadas e tratadas?* A pergunta aqui diz respeito aos métodos utilizados na pesquisa e à forma de apresentação das informações coletadas. Por fim, *quais terrenos serão percorridos pela pesquisa e com quem (ou com que) ela pretende dialogar?* Aqui a questão é relativa às fontes utilizadas na pesquisa, o que se relaciona diretamente com as contribuições ao repertório de conhecimento pretendidas aqui.

## 2.1 Construindo o Problema de Pesquisa

A redação dos tipos penais na Lei nº 11.343/06 e a opção legislativa por criar uma série de balizas não quantitativas para definição do tráfico e do consumo pessoal trazem questões que só podem ser bem compreendidas à luz de casos concretos. Daí a ideia de se fazer uma pesquisa empírica com decisões judiciais que enfrentem especificamente esta questão.

Porque, então, investigar especificamente a tipificação dos casos de cultivo de canábis? Muito embora o plantio para consumo seja legalmente equiparado ao porte para consumo, a realidade quantitativa dos casos de cultivo no sistema de justiça criminal é muito

---

incidência de um ou outro tipo penal não é de maneira alguma imune a injustiças em casos concretos (HARRIS, 2011: 9). No site do European Monitoring Centre for Drug and Drug Addiction (EMCDDA) há um quadro que resume as formas como 16 países da União Europeia estruturam suas políticas criminais de drogas a partir de quantidades preestabelecidas das diferentes substâncias classificadas como ilícitas. O quadro está disponível no link: <http://www.emcdda.europa.eu/html.cfm/index99321EN.html?#T1> – Acesso: 01/08/2015.

pequena quando comparada aos casos de tráfico ou porte da droga pronta para consumo<sup>42</sup>. Porque focar nos casos que se apresentam em menor proporção dentro do sistema penal?

A opção pelo estudo específico dos casos de cultivo de canábis decorre de pesquisas exploratórias realizadas no âmbito do programa de mestrado. O problema de pesquisa foi pouco a pouco construído levando em consideração as informações que foram sendo descobertas durante as pesquisas preliminares. Há ao menos três grandes razões que justificaram o recorte do problema de pesquisa nos casos de cultivo de canábis.

Em primeiro lugar, a Lei nº 11.343/06 alterou o regime jurídico do cultivo, tipificando expressamente nos arts. 28, §1º e 33, §1º, II, as figuras do “plantio para consumo” e “plantio para fins de tráfico”, respectivamente. Como veremos na quarta seção neste trabalho, durante a vigência da Lei nº 6.368/76 as interpretações sobre o regime jurídico do cultivo eram controvertidas. A essência da controvérsia residia no fato de que o cultivo era tipificado no §1º, II do art. 12 da lei, não havendo nenhuma menção expressa à finalidade do plantio enquanto elemento determinante na tipificação penal<sup>43</sup>.

Disputou-se por muito tempo nos tribunais e na doutrina penal a existência ou não de um tipo penal relativo ao cultivo para consumo próprio: enquanto parte da doutrina defendia que o cultivo para consumo era fato penalmente atípico, outra parte defendia que toda e qualquer situação de cultivo deveria ser tipificada como tráfico de drogas, de modo que a finalidade do plantio era irrelevante. Havia ainda uma terceira corrente interpretativa que defendia a possibilidade da criação de um tipo penal relativo ao cultivo para consumo por uma aplicação analógica da lei.

---

<sup>42</sup> Embora os dados do Infopen divulgados pelo Ministério da Justiça não especifiquem dentro da categoria tipológica do tráfico de drogas os casos que são relativos ao cultivo de plantas, esta afirmação encontra suporte nos resultados da pesquisa preliminar realizada. A utilização das ferramentas de busca de decisões dos tribunais permitiu identificar uma discrepância gritante entre o número de casos de tráfico e porte que envolvem a posse da droga pronta em contraposição ao cultivo de plantas preparatórias. Apenas a título de exemplo, no dia 10 janeiro de 2016 consultei a ferramenta eletrônica de busca de decisões judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo utilizando-me de três parâmetros de consulta: “tráfico e maconha”, “porte e maconha” e “cultivo e maconha”. O primeiro critério de busca gerou 67.460 resultados, o segundo gerou 21.739 resultados e o terceiro gerou 221 resultados. Tamanha discrepância também foi evidenciada pela ferramenta de busca de jurisprudência unificada da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), que incorpora em seu repertório todos os tribunais que disponibilizam seu acervo de jurisprudência para consulta na internet. É verdade que os repertórios eletrônicos de jurisprudência brasileiros conferem acesso a um número restrito a acórdãos que é muito inferior à totalidade de acórdãos proferidos pelos tribunais. No entanto, é difícil imaginar que um abismo tão grande entre o número de acórdãos que envolvem cultivo e os demais casos não reflita minimamente a relação de proporcionalidade entre eles no sistema penal.

<sup>43</sup> Esta questão é discutida em detalhes na seção 4.1 deste trabalho. Por ora importa apenas apresentar os diferentes regimes jurídicos e a alteração legislativa trazida pela Lei nº 11.343/06. À parte os detalhes e as especificidades desta questão, o que motivou a focalização deste trabalho nos casos de cultivo de canábis foi a existência de uma alteração legislativa no regime jurídico do cultivo.

Essa controvérsia jurisprudencial e doutrinária que permeou o período de vigência da Lei nº 6.368/76 refletia diferentes interpretações sobre uma categoria específica da dogmática penal: o dolo específico. Em linhas gerais, o dolo específico pode ser compreendido como a vontade do sujeito dirigida a um fim determinado, previsto pelo tipo penal<sup>44</sup> (PESSINA, 1936: 332-333; TAVARES, 1971: 118; ROXIN, 2007: 317; MIRABETE & FABBRINI, 2010: 129-130)<sup>45</sup>.

No que diz respeito ao cultivo, a disputa operava em dois níveis durante a vigência da Lei nº 6.368/76: no primeiro deles, disputava-se se a finalidade de tráfico comporia ou não o elemento subjetivo do tipo penal<sup>46</sup> do cultivo; no segundo deles, assumia-se que a finalidade

---

<sup>44</sup> Juarez Tavares define o dolo como “a vontade diretora da ação típica ou, mais em detalhes, a consciência e vontade em relação aos elementos objetivos pertencentes ao tipo” (1971: 107; no mesmo sentido: ARÁN & CONDE, 2000: 304-306; ZAFFARONI & PIERANGELI, 2004: 457-458; MIRABETE & FABBRINI, 2010: 126). O dolo específico seria, nesse sentido, o direcionamento da consciência e da vontade do indivíduo a um fim específico, previsto no próprio tipo penal (JESUS, 2011: 334). Essa acepção do conceito de dolo específico, que adotaremos neste trabalho, aproxima-se do conceito de “*specific intent*”, comumente utilizado nos países que adotam a chamada *common law*. *Specific intent* opera nos sistemas de direito comum da mesma forma que o dolo específico: é o direcionamento da *mens rea* (conceito que se aproxima do nosso conceito de dolo, cf. LACEY, 1993: 621-623) para um fim previsto no tipo penal. Vivian M. Rodriguez (1993: 461) afirma que no direito estadunidense o crime de *possession of drugs with intent to distribute* (posse de drogas com finalidade de distribuição) exemplifica o conceito de *specific intent*. Sobre o conceito de *specific intent* no direito criminal estadunidense, cf.: DOGUET, 1985; LAFAVE & SCOTT, 1986: 224-225; RODRIGUEZ VM, 1993: 460-461.

<sup>45</sup> O conceito de dolo específico é disputado teoricamente na dogmática penal. Mirabete & Fabbrini (2010: 130) criticam a distinção no plano teórico e sugerem que se conceba apenas o conceito de dolo. O argumento dos autores é o de que a definição de dolo inclui a vontade de realização dos elementos do tipo. Se a finalidade é um elemento do tipo, não haveria porque distinguir entre dolo específico e dolo geral: em alguma medida, todo tipo penal exigiria um dolo específico.

<sup>46</sup> O elemento subjetivo do tipo é uma categoria da dogmática penal que se refere ao núcleo psicológico e volitivo da ação penalmente relevante: diz respeito ao dolo enquanto vontade que guia a ação em direção ao ilícito, e à culpa, nos casos em que o tipo penal admite a modalidade culposa (ROXIN, 2007: 307-311). O núcleo psicológico refere-se à dimensão do conhecimento acerca dos elementos do tipo, e o núcleo volitivo refere-se à vontade de realizar os elementos do tipo. Em outras palavras, o elemento subjetivo diz respeito à consciência e à vontade de realização concreta do tipo penal (TAVARES, 1971: 109; ARÁN & CONTE, 2000: 301; JESCHECK & WEIGEND, 2002: 318-320; CEREZO MIR, 2004: 2). Contrapõe-se ao elemento objetivo do tipo, composto pelos núcleos *descriptivos* de ação ou omissão e *normativos* previstos no tipo penal (ROXIN, 2007: 304-306). A tipicidade penal das condutas envolve a análise tanto do elemento objetivo quanto do elemento subjetivo do tipo. Estas formulações sucederam a “teoria finalista da ação”, apresentada por Welzel inicialmente na década de 1930. Welzel defendeu a tese da “ação final”, segundo a qual o conceito de ação deveria incorporar a sua orientação para uma finalidade. A tese abriu as portas para uma importante reformulação no âmbito da Teoria do Delito: a incorporação das categorias *dolo* e *culpa* na tipicidade penal (ROXIN, 2004: 127; WELZEL, 2004: 41; SANTOS, 2010: 102). Welzel também advogou em defesa de uma Teoria do Delito tripartite, na qual “a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem a ação em um delito” (WELZEL, 2004: 69). Essa formulação já havia sido apresentada por Beling, que afirmou que “*delito es la acción típica, antijurídica y culpable*” (1993: 181-182). Neste trabalho entendemos que a tipicidade penal é composta pelo(s) elemento(s) subjetivo(s) motivador(es) da realização do(s) elemento(s) objetivo(s). Sobre a evolução da Teoria do Delito, cf. ZAFFARONI, et. al., 2002: 372-386; ZAFFARONI & PIERANGELI, 2004: 375-383.

era parte do elemento subjetivo do tipo penal e disputava-se a existência ou não de um tipo específico relacionado ao consumo próprio<sup>47</sup>.

Com o advento da Lei nº 11.343/06, a controvérsia sobre a tipicidade ou não do cultivo para consumo foi resolvida. A lei tipificou tanto o cultivo para consumo como para fins de tráfico, pacificando esta divergência doutrinária. A diferenciação dos tipos penais é feita pela determinação da finalidade do cultivo, que passou a nortear grande parte do debate sobre a questão. O dolo específico enquanto parte do elemento subjetivo do tipo penal passou a ser responsável pela classificação jurídico-penal dos casos de cultivo.

Se antes da Lei de Drogas parte da doutrina penal entendia que a finalidade do cultivo não era penalmente relevante, com a nova lei o panorama não poderia mais ser o mesmo. A determinação da finalidade assumiu um protagonismo no regime jurídico do plantio e não mais poderia ser ignorada por nenhum agente do sistema de justiça criminal. Todos os casos de cultivo necessariamente envolveriam uma análise sobre finalidade que determinaria a correta capitulação penal das condutas.

Para determinação da finalidade das condutas relacionadas ao tráfico ou ao consumo de drogas, a Lei de Drogas se utilizou dos mesmos parâmetros para os casos de cultivo e os casos envolvendo a posse de drogas prontas para consumo. O §2º do art. 28 da lei refere-se à determinação da destinação da droga, sendo aplicável tanto aos casos de cultivo quanto aos casos de posse da droga pronta<sup>48</sup>.

Considerando que é justamente a dificuldade de determinação da destinação da droga que motivou a realização desta pesquisa, pareceu ser estratégia interessante observar os casos de cultivo. Isso não só permite identificar como as alterações da Lei nº 11.343/06 foram recebidas pelos magistrados, mas também como a determinação da finalidade é concebida nos casos de cultivo.

Esta primeira intuição foi testada durante a pesquisa preliminar, o que leva à segunda razão pela qual optamos por focalizar os casos de cultivo. Durante a realização da pesquisa

---

<sup>47</sup> Isso porque, como vimos e como será melhor discutido no capítulo 4, parte da doutrina entendia que o tipo penal do cultivo (art. 12, §1º, II, da Lei nº 6.368/76) exigia o dolo específico de tráfico, sendo que nos casos em que não restasse comprovada a finalidade de traficância a consequência seria o reconhecimento da atipicidade da conduta. De outro lado, parte da doutrina defendia que o dolo específico de consumo nos casos de cultivo importaria a necessidade de realizar aplicação analógica da lei para reconhecer um tipo penal específico de cultivo para consumo, equiparável ao porte para consumo (mesmo sem sua previsão expressa no texto normativo).

<sup>48</sup> Os exatos termos do §º do art. 28 da Lei nº 11.343/06 são: “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.”.



preliminar foi possível identificar que, nos acórdãos que tratavam de casos de cultivo de canábis, o enfrentamento da questão relativa à determinação da finalidade da conduta se deu de forma mais clara.

Foi possível perceber que em boa parte dos casos havia um esforço grande da defesa em tentar argumentar pela tipificação das situações de cultivo como sendo para consumo pessoal. Isso significa que a determinação da finalidade dos cultivos foi muitas vezes devolvida ao tribunal enquanto questão controvertida sobre a qual deveria haver pronunciamento expresse. O ônus argumentativo nesses casos, portanto, era maior, ou ao menos demandava posicionamento expresse dos magistrados sobre a questão<sup>49</sup>.

A terceira razão que norteou o foco do problema desta pesquisa nos casos de plantio de canábis está relacionada a um dos principais argumentos defendidos pelos antiproibicionistas, sobretudo pelos cultivadores: o cultivo caseiro seria uma alternativa que permitiria ao usuário dissociar-se do tráfico de drogas<sup>50</sup>.

Já em meados dos anos 90 a banda Planet Hemp gritava ao mundo “não compre, plante”. A expressão sumariza uma das primeiras pautas antiproibicionistas, que até hoje continua a ser debatida no Brasil e no mundo. Mesmo durante a vigência da Lei nº 6.368/76, com todas as incertezas sobre a qualificação jurídica do cultivo para consumo, a defesa do plantio sempre foi uma das principais bandeiras dos usuários de canábis.

A promulgação da Lei nº 11.343/06 foi bastante comemorada no que diz respeito à tipificação do plantio para consumo. Mesmo com todas as dificuldades relativas à aplicação da lei, não mais poderia ser argumentado que todas as situações de cultivo deveriam ser classificadas como tráfico. O ônus de enfrentar a determinação da finalidade do cultivo passou a ser impositivo na tipificação penal.

---

<sup>49</sup> Isso não significa, contudo, que a qualidade das decisões é melhor. Como veremos adiante neste trabalho, a qualidade do enfrentamento das questões relativas à determinação da finalidade do cultivo se mostrou bastante precária. No entanto, o que motiva a focalização da pesquisa nos casos de cultivo é o fato de que estas questões apareciam expressamente na fundamentação dos acórdãos, algo que em muitos dos casos envolvendo a posse de drogas prontas para consumo não era feito com a mesma clareza.

<sup>50</sup> Em junho de 2012 foi lançada a primeira edição da Revista semSemente, que em seu editorial explicitou as duas principais bandeiras que seriam defendidas nas publicações: a regulamentação do consumo e comércio da canábis e o incentivo ao cultivo caseiro enquanto alternativa ao tráfico. A revista semSemente é a primeira publicação nacional sobre a cultura canábica, editada por Matias Maxx e Wiliam Lantelme, dois dos primeiros organizadores do movimento “Marcha da Maconha” no Brasil. As publicações não estão disponíveis para *download* gratuito na internet. O sítio eletrônico da revista, contudo ([www.semsemente.com](http://www.semsemente.com) – Acesso: 03/01/2016), indica claramente as bandeiras defendidas pelos editores, sobretudo a defesa do cultivo caseiro enquanto alternativa ao tráfico.

A defesa do cultivo caseiro de canábis pelos usuários como alternativa ao tráfico de drogas se mostrou uma ideia interessante a ser discutida. Afinal de contas, uma situação de cultivo pode tanto ser equiparada ao tráfico ou ao porte para consumo. Isso significa que, juridicamente, o plantio pode ser qualificado como uma alternativa ao tráfico, ou pode ser qualificado como uma conduta de tráfico de drogas em si. Ou seja, plantar canábis para não recorrer ao tráfico pode ser uma conduta qualificada igualmente como tráfico. Daí a questão que dá origem ao título desta dissertação: não compre, plante?

Inexistindo critérios quantitativos fixos sobre números de plantas ou capacidade produtiva do cultivo, é a determinação da finalidade à luz dos parâmetros do §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06 que permitirá avaliar se o plantio pode ou não ser considerado uma alternativa ao tráfico de drogas.

Por estas razões, à medida que o projeto desta pesquisa amadureceu, optamos por focalizar o problema nos casos de cultivo de canábis. Com isso não só é possível discutir detalhadamente os aspectos práticos relacionados à tipificação penal e à determinação da finalidade das condutas, mas também é possível discutir as implicações das novidades legislativas trazidas com a Lei de Drogas nas decisões judiciais analisadas.

## 2.2 O Problema de Pesquisa

À luz destas inquietações que motivaram a realização deste trabalho, o problema de pesquisa está organizado ao redor de uma pergunta central: *quais os elementos e de que forma eles foram utilizados nas decisões analisadas para tipificação do plantio para consumo pessoal (art. 28, §1º, da Lei de Drogas) e do plantio destinado a fornecer drogas a terceiros (art. 33, §1º, II)?*

De forma menos abrangente é possível desdobrar a pergunta central de pesquisa em outras mais específicas:

- (a) Como a expressão “pequena quantidade” a que alude o §1º do art. 28 da Lei de Drogas foi interpretada nas decisões analisadas? O que os juízes utilizaram nas decisões para definição de “pequena quantidade” de droga a que se refere o §1º do art. 28 da Lei de Drogas, na descrição do núcleo objetivo do tipo?
- (b) Quais provas são consideradas pelos magistrados para tipificação das condutas nos artigos 28, §1º (plantio para consumo) ou 33, §1º, II (plantio para tráfico) da Lei nº 11.343/06?

(c) O que, além da *quantidade*, foi utilizado para determinar se o plantio se destinava a consumo pessoal? De que forma os elementos constantes do §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06 são utilizados na fundamentação das decisões analisadas?

(d) Outros elementos foram utilizados na determinação da finalidade das situações de cultivo? Se sim, qual(is) e de que forma eles foram apresentados na fundamentação das decisões?

Com o desenvolvimento da pesquisa evidenciou-se a possibilidade de discutir neste trabalho uma pergunta secundária, que pode assim ser formulada<sup>51</sup>: “*Quais implicações na fundamentação das decisões no âmbito do sistema de justiça criminal decorrem da criação de um tipo penal específico de plantio para consumo pessoal pela Lei nº 11.343/06 (art. 28, §1º)?*”.

Esta pergunta foi pensada porque se evidenciou no universo de análise a existência de um número grande de acórdãos proferidos antes da entrada em vigor da Lei de Drogas que reconhecia a possibilidade de tipificar o cultivo para consumo pessoal mesmo sem sua previsão expressa na Lei nº 6.368/76. Diante disso, entendemos ser relevante discutir quais implicações da criação de um tipo penal específico do cultivo para consumo pela Lei de Drogas. Dito de outra forma, buscamos discutir como a criação do tipo penal foi recebida pelos magistrados e de que forma afetou a estruturação da fundamentação das decisões.

É importante explicitar o porquê da natureza exploratória da pergunta secundária. Entendemos que para melhor compreensão das implicações decorrentes da criação de um tipo penal pela Lei de Drogas seria necessário implementar outra metodologia de pesquisa capaz de incorporar outros fatores e variáveis relevantes na determinação do que se pode conceber como impacto da lei. O que se busca aqui neste trabalho é, nesse aspecto, introduzir este conjunto de informações nos repertórios de conhecimento que dialogam com a pesquisa para que possa ser complementado pela comunidade acadêmica.

Pretendemos discutir esta pergunta secundária no contexto bem específico desta pesquisa, à luz das informações produzidas a partir do nosso universo de análise. Ou seja, o

---

<sup>51</sup> Optamos por incluir esta pergunta secundária em razão dos debates ocorridos no exame de qualificação desta dissertação. Inicialmente havíamos pensado em discutir tangencialmente esta questão ao longo do trabalho. No exame de qualificação, contudo, as professoras Marta Machado e Mariângela Gomes sugeriram que esta questão fosse apresentada e discutida especificamente no trabalho, à luz dos resultados da pesquisa empírica. Decidimos acatar a sugestão para discutir este aspecto importante sobre os efeitos da criação de um tipo penal específico. Isso porque nossa pesquisa se debruçou sobre 67 acórdãos proferidos antes da Lei de Drogas, de modo que foi possível traçar um panorama da tipificação penal das situações de cultivo antes da lei, para comparação com as situações de cultivo julgadas depois da Lei de Drogas.

que importa para os fins deste trabalho é discutir implicações na fundamentação das decisões no que diz respeito à tipificação penal do cultivo de canábis. Há diversas outras implicações que podem decorrer da criação do tipo penal pela Lei de Drogas que não serão incluídas no nosso recorte de pesquisa.

### **2.3 Métodos**

O locus escolhido para a pesquisa é o Tribunal de Justiça de São Paulo. O método escolhido para coleta de informações foi a consulta de decisões judiciais nos repertórios de jurisprudência disponíveis do sítio eletrônico do tribunal.

Considerando que a Lei nº 11.343/06 criou um tipo penal específico de cultivo para consumo pessoal (art. 28, §1º), é também valioso para a pesquisa debruçarmo-nos sobre decisões anteriores à promulgação da lei que discutem a tipificação penal de casos de cultivo de canábis. A estratégia é relevante para tentar identificar como as novidades legislativas foram interpretadas e aplicadas pelos magistrados.

Além disto, a pesquisa preliminar revelou a existência de um repertório vasto de decisões anteriores à Lei nº 11.343/06 que abordavam especificamente a questão da tipificação do cultivo de canábis.

Por estas razões, como se verá, preferimos organizar os acórdãos em dois bancos de dados distintos construídos a partir dos mesmos parâmetros de coleta, mas que dizem respeito a dois recortes temporais diferentes: um período anterior à vigência da Lei nº 11.343/06 e um período posterior. Espera-se que com isto seja possível se debruçar sobre questões relativas à forma pela qual as inovações legislativas foram recepcionadas no âmbito do sistema de justiça.

A partir das informações produzidas nesta pesquisa pretendemos dialogar tanto com a literatura sobre a dogmática da Lei de Drogas quanto com a literatura sobre questões de política pública nos modelos de controle de drogas.

Escolhemos restringir a pesquisa a apenas um tribunal estadual. Apenas um tribunal porque interessam mais a esta pesquisa os aspectos qualitativos das decisões judiciais e porque o método escolhido para organização e apresentação das informações requer um esforço e um cuidado muito grande com os dados.

A pesquisa preliminar também indicou haver um número maior de decisões na Justiça Estadual que enfrentam diretamente os aspectos que se pretende discutir com o problema desta pesquisa. Muito embora a tipificação do cultivo de canábis também seja bastante discutida no âmbito da Justiça Federal, é no âmbito das Justiças estaduais que se encontra a maior parte dos casos que expressamente enfrentam a questão.

Nos termos do art. 70 da Lei de Drogas compete à Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes caracterizados como ilícitos transnacionais<sup>52</sup>. No caso do plantio de canábis, portanto, apenas os cultivos para fins de exportação é que são julgados na esfera federal. A pesquisa preliminar revelou que estas situações são residuais no universo dos casos de plantio de canábis no país: o volume de decisões encontrado nas Justiças estaduais foi muito superior ao volume de decisões da Justiça Federal<sup>53</sup>.

Os dados do Infopen 2012 também apontam para o mesmo sentido: em dezembro de 2012 eram 131.368 presos por tráfico de drogas e 6.830 presos por tráfico internacional de drogas no Brasil. Considerando que as situações de plantio que poderiam ser tipificadas como tráfico internacional são muito mais raras, é compreensível porque há muito mais casos julgados no âmbito das Justiças estaduais.

A escolha do repertório eletrônico de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo se justifica principalmente por duas razões. Em primeiro lugar, (i) a conveniência da coleta de informações. Considerando que para responder à pergunta de pesquisa é necessária a leitura minuciosa e criteriosa das decisões judiciais, o acesso remoto às fontes é de grande valia. A pesquisa foi realizada no âmbito do programa de mestrado da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e o seu desenho foi pensado em uma estrutura que depende muito da análise detalhada de dezenas de decisões e de seus pormenores.

A ferramenta de pesquisa online de decisões do TJSP tem sido utilizada em diversas pesquisas e atividades desenvolvidas no curso do programa de mestrado, o que permite sua utilização de forma ótima<sup>54</sup>. Considerando que a seleção das decisões que compõem a

---

<sup>52</sup> “Art. 70. O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal.”

<sup>53</sup> Durante as pesquisas preliminares a consulta à ferramenta de pesquisa de decisões judiciais da AASP utilizando os termos “cultivo” e “maconha” em todos os tribunais cadastrados indicou um total de 506 acórdãos. Destes, apenas 27 foram proferidos no âmbito da Justiça Federal pelos TRFs, ao passo que 420 foram proferidos nas Justiças Estaduais e 59 nas instâncias especiais (2 no STF e 57 no STJ). A ferramenta de pesquisa unificada da AASP inclui o repertório eletrônico dos cinco TRFs do Brasil e de doze Tribunais de Justiça estaduais.

<sup>54</sup> A familiaridade com a ferramenta de pesquisa de jurisprudência do TJSP se mostrou bastante útil na própria pesquisa preliminar. A escolha dos termos de busca que seriam utilizados na ferramenta foi feita após inúmeros

população definitiva de acórdãos desta pesquisa necessariamente deve ser bastante criteriosa, a familiaridade com a ferramenta de busca de decisões contribuiu para que as informações fossem apresentadas e discutidas de forma mais consistente.

Então porque a escolha pelo tribunal paulista, e não por outros tribunais estaduais? Há vários outros tribunais que disponibilizam um repertório sólido de decisões judiciais acessíveis pela internet.

A questão leva à segunda razão que justifica a focalização da pesquisa no repertório do TJSP: (ii) dos tribunais estaduais que possuem repertório de jurisprudência disponível para consulta *online* o Tribunal de Justiça de São Paulo foi o tribunal cuja ferramenta de busca gerou o maior número de resultados para as principais combinações possíveis. Conquanto os aspectos qualitativos importem mais para a pesquisa, alcançar o maior número de decisões possíveis dentro dos critérios estabelecidos permite discutir questões sobre *variação* (BACHELARD, 1996: 38-39) dentro do universo de análise, o que nos pareceu ser consistente com os objetivos da pesquisa.

Mas, então, porque *apenas* o Tribunal de Justiça de São Paulo? Por duas razões. Primeiramente, o tipo de informação que se pretende produzir com a pesquisa implica a necessidade de leitura cuidadosa e detalhada de todos os aspectos das decisões selecionadas. A delimitação da pesquisa no âmbito de apenas um tribunal estadual permite a produção de mais informações, que são apresentadas e discutidas com maior riqueza de detalhes.

Além disso, considerando que a Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo é composta por 80 desembargadores<sup>55</sup>, que muitas vezes possuem práticas decisórias absolutamente distintas, a limitação do *locus* da pesquisa já implica *variedade*<sup>56</sup> o bastante. Ainda que os resultados da pesquisa necessariamente sejam circunscritos ao TJSP, é possível identificar um grande número de diferentes interpretações dos dispositivos das leis analisadas, de modo que a pesquisa contempla múltiplas leituras possíveis do arranjo normativo em questão.

---

testes com a combinação de todas as palavras chaves possíveis. Conhecer a ferramenta possibilitou, por exemplo, identificar que o critério “*cultivo e maconha*” gerou resultados que englobavam os resultados de busca originados pelos demais critérios. A escolha dos critérios mais abrangentes, portanto, foi fortemente influenciada pela familiaridade com os sites e suas funcionalidades.

<sup>55</sup> A composição completa da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça pode ser consultada em: <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/SecaoDireitoCriminal/ComposicaoMagistradosOrdemAntiguidade.aspx>.

Acesso: 04/01/2016.

<sup>56</sup> Sobre os conceitos de *variação* e *variedade* que adotamos neste trabalho, cf. BACHELARD, 1996: 36-38.

Entendemos que, no contexto desta pesquisa e de seus objetivos, a inclusão de decisões de outros tribunais no corpo empírico da pesquisa implicaria mais *variedade* no universo de análise, comprometendo a capacidade de discussão mais profunda dos aspectos relativos à *variação*. Se de um lado a *variedade* contribui com a inclusão da diversidade enquanto elemento relevante na pesquisa, de outro ela dificulta a compreensão das particularidades do fenômeno estudado.

Esta pesquisa navega sobre mares ainda muito pouco explorados na literatura penal brasileira, mas também percorre mares conhecidos de longa data.

A investigação sobre a finalidade de determinada conduta acompanhou toda a evolução de um fenômeno que Álvaro Pires denominou racionalidade penal moderna (PIRES, 2004). A finalidade assumiu protagonismo na dogmática penal moderna principalmente após a formulação da chamada *teoria finalista da ação* por Hans Welzel<sup>57</sup>, na década de 1930 (LUISI, 1987: 15-20; SANTOS, 2010: 102-105).

Welzel foi vanguardista na defesa da tese de que a finalidade compõe o dolo e o dolo compõe o elemento subjetivo do tipo<sup>58</sup> (WELZEL, 2004: 41; CAGLIARI, 2006: 12; SANTOS, 2010: 102). Desde então, a finalidade motivadora das condutas passou a permear as discussões sobre grande parte dos tipos penais, sendo objeto de muitas discussões no âmbito da dogmática penal.

No que diz respeito ao objeto desta pesquisa, contudo, a determinação da finalidade do cultivo parece ter sido o aspecto mais negligenciado pela doutrina penal. Muito embora a Lei nº 11.343/06 tenha conferido ao elemento da “finalidade específica” o papel decisivo na tipificação do cultivo, a complexidade da questão não tem sido abordada na literatura penal com a profundidade que lhe faz jus.

É a finalidade de traficância ou de consumo que determina a tipificação do cultivo no art. 33, §1º, II ou no art. 28, §1º da Lei de Drogas. As consequências da capitulação penal do cultivo de uma ou outra maneira são relevantes: ou bem se está diante de sanção prisional de 5 a 15 anos, ou bem se está diante de sanção não prisional, além de muitas outras questões processuais.

---

<sup>57</sup> Sobre a teoria finalista da ação, cf. WELZEL, 2004; TARRIÓ, 2008; GRECO, 2000: 126-132; SANTOS, 2010: 102-105. Ainda, sobre a evolução da teoria final e a incorporação da finalidade na Teoria do Delito, cf. ROXIN, 2007: 200-202.

<sup>58</sup> Santos (2010: 102) indica que Fischer e Mayer desenvolveram antes de Welzel a ideia embrionária de que o “psiquismo” do indivíduo influenciaria o tipo de injusto penal cometido. Foi Welzel quem, no entanto, sistematizou e amadureceu essa ideia de modo a inseri-la no contexto da dogmática penal moderna.

Afirmamos que a determinação do dolo específico do cultivo, à luz do §2º do art. 28 da Lei de Drogas, depende da análise de diversas variáveis. Esta pesquisa foi concebida para “testar as sensibilidades das variáveis” (BACHELARD, 1996: 38) e identificar a sua importância concreta na tipificação penal. E é justamente para investigar as diversas formas de concepção, interpretação e aplicação destas variáveis que nossa opção foi focalizar a pesquisa nas questões de *variação* dentro do universo de análise.

Só é possível compreender e explicar a *variação* “se descobrirmos como ela invariavelmente varia” (DEMO, 1985: 60). Pretendemos compreender melhor como a noção de finalidade é concebida no contexto dos casos de cultivo para aplicação da lei penal. Importa não só identificar os elementos previstos na lei que são mencionados nas decisões, mas também de que forma eles são entendidos e aplicados concretamente.

Por essas razões, para discutir a problemática de pesquisa foi preciso debruçar-se sobre os detalhes das decisões para identificar aspectos específicos dos argumentos lançados na fundamentação das decisões. Mais do que selecionar cada decisão com precisão, foi necessário estabelecer algum tipo de padrão para leitura e produção das informações a partir dos acórdãos, o que fizemos através planilhas de *Excel*.

Os cuidados especiais com a leitura dos acórdãos têm uma implicação prática: foi gasto muito tempo para planejar, selecionar, ler e, sobretudo, produzir informações a partir das decisões selecionadas. Esta é uma consequência necessária que decorre do tipo de pesquisa que se pretende fazer e, sobretudo, decorre do tipo de informação que se pretende produzir. A discussão sobre a tipificação penal do cultivo requer a observação de uma série de questões que muitas vezes aparecem imbricadas nas entrelinhas das decisões.

Embora seja verdade que os resultados da pesquisa dizem respeito apenas ao seu corpo empírico, entendemos que as informações produzidas podem dialogar com aspectos mais gerais da problemática de pesquisa sem, contudo, qualquer pretensão de generalizações empíricas. Este trabalho pode compor um repertório muito maior de conhecimento, devendo ser complementado, revisto e desafiado no âmbito da comunidade jurídica.

A opção por formar o *corpus* empírico desta pesquisa apenas com acórdãos traz consigo diversas limitações, que permearão toda análise aqui feita. Como veremos nos capítulos quatro e cinco, a leitura das decisões revelou que diversas informações importantes sequer eram mencionadas nos acórdãos, dificultando a compreensão de aspectos relevantes do problema de pesquisa. Não é possível afirmar se estas informações não existem nos autos



ou se simplesmente não foram utilizadas pelos magistrados das decisões. Apenas a título de exemplo, identificamos que parte dos acórdãos não indica a forma pela qual a situação de cultivo foi descoberta pelas autoridades policiais (p.ex. denúncia anônima, cumprimento de mandado, etc.)<sup>59</sup>. Estas informações são relevantes para a presente pesquisa e por muitas vezes foram negligenciadas nas decisões analisadas.

A escolha de realizar uma pesquisa de acórdãos também traz consigo um recorte importante de pesquisa: este trabalho não abordará os casos de cultivo apreciados no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Como veremos adiante neste trabalho, uma das consequências processuais mais importantes que decorre da tipificação penal do cultivo é a determinação do juízo competente para processar a ação penal.

A Lei de Drogas previu medidas alternativas ao cárcere para o tipo penal do cultivo pessoal e em seu art. 48, §1º estabeleceu que o rito para processar e julgar estes casos é o especial previsto nos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099/95. Esta lei criou os Juizados Especiais Criminais (JECrim) e estabeleceu em seus arts. 60 e 61 que são competentes para julgar infrações de menor potencial ofensivo, definidas como “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”. Em decorrência disto, os casos de cultivo de canábis que forem inicialmente processados como “cultivo para consumo” serão de competência dos Juizados Especiais. Ou seja, os casos de cultivo em que a denúncia oferecida pelo Ministério Público capitula a conduta como para cultivo pessoal são processados no JECrim, e os casos capitulados na denúncia como tráfico são processados nas varas criminais comuns<sup>60</sup>.

A pesquisa de acórdãos no Tribunal de Justiça de São Paulo, portanto, não inclui os casos de cultivo que foram processados inicialmente nos Juizados Especiais Criminais. Isto implica reconhecer um limite importante para as inferências que podem ser feitas a partir do banco de dados, sobretudo no que diz respeito aos resultados quantitativos da pesquisa empírica. As relações entre as quantidades de sentenças e acórdãos que tipificam situações de cultivo devem ser lidas no contexto desta pesquisa, considerando as limitações do universo de análise e as características dos casos que chegaram ao TJSP. Nos capítulos quatro e cinco explicitaremos estas considerações na análise dos resultados da pesquisa.

---

<sup>59</sup> Mais informações a este respeito são apresentadas no capítulo 4.

<sup>60</sup> Excepcionalmente, nas comarcas em que não há Juizados Especiais Criminais as ações penais originadas a partir de denúncias sobre cultivo para consumo são processadas nas varas criminais comuns, sendo aplicável o procedimento especial da Lei nº 9.099/95.

O *corpus* empírico desta pesquisa tem limitações decorrentes das escolhas feitas na sua construção. Estas limitações da pesquisa, conquanto existentes, não ilidem as possíveis contribuições que se espera trazer com o trabalho.

Esperamos que este trabalho seja, no Brasil, um primeiro passo na compreensão dos aspectos abordados pela pergunta de pesquisa. Um primeiro passo porque acreditamos que a contribuição trazida com a pesquisa segue em uma direção ainda pouco explorada pela dogmática penal ou por aqueles interessados em avaliar as implicações decisórias das políticas públicas.

Desde a edição da Lei de Drogas, em 2006, poucos trabalhos acadêmicos discutiram profundamente questões relativas à diferenciação entre situações de cultivo para consumo e para tráfico. Em grande medida os trabalhos existentes, sobretudo na doutrina penal, discorrem sobre aspectos teóricos e doutrinários do modelo escolhido pelo Brasil e tentam especificar a forma de aplicação dos dispositivos da Lei de Drogas sem recorrer às decisões que, de fato, têm sido tomadas nas cortes brasileiras<sup>61</sup>.

### 2.3.1 Selecionando as decisões

As decisões foram extraídas do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo através da ferramenta de *busca de jurisprudência*<sup>62</sup>. Ainda que a ferramenta de busca não garanta acesso à integralidade dos casos julgados pelo tribunal – há diversos casos fora do repertório eletrônico<sup>63</sup> – é o principal mecanismo disponibilizado pelo tribunal para que os cidadãos e operadores do direito acessem suas decisões.

Além disso, a ferramenta de busca do tribunal é utilizada pelos operadores do direito que trabalham com o sistema de justiça – advogados, promotores, defensores, e até mesmo juízes – para identificar o entendimento da corte a respeito de questões jurídicas diversas. É um mecanismo de busca, portanto, que faz parte da criação das próprias decisões que ele acessa. Afinal, advogados e promotores recorrem ao site do TJSP para fundamentar seus

---

<sup>61</sup> Cf. nota 26 *supra*.

<sup>62</sup> É possível acessar a ferramenta de pesquisa online de jurisprudência do TJSP através do link: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1> – Acesso: 08/06/2015.

<sup>63</sup> Durante a elaboração da pesquisa realizamos contato telefônico com funcionários de cartórios judiciais das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo que indicaram que os acervos eletrônicos acessíveis pela ferramenta de busca do site não incluem todos os acórdãos proferidos pelo tribunal. Alguns funcionários afirmaram que cada serventia judicial tem uma política própria para a disponibilização dos acórdãos no acervo online.

pleitos, juízes remetem aos fundamentos e julgados trazidos pelas partes e, quando as questões são novamente devolvidas ao tribunal, as decisões outrora encontradas pelo mecanismo de busca do próprio tribunal aparecem na fundamentação dos acórdãos. Conquanto haja limitações para as generalizações sobre o que se descobre ao utilizar a ferramenta de jurisprudência dos sites, é um instrumento importante, legítimo, que tem um impacto importante na operacionalização do direito em si.

O download de todas as decisões que foram lidas no curso da pesquisa foi feito entre os dias 02/02/2015 e 05/02/2015<sup>64</sup>.

Na pesquisa preliminar foram testados diversos critérios de busca para selecionar as decisões<sup>65</sup>. A combinação dos termos “cultivo” e “maconha” gerou o maior número de resultados: foram 296 acórdãos em 02/02/2015. Por esta razão, escolhemos utilizar estes termos de busca no site.

Partindo dos 296 resultados acusados pela ferramenta de busca do tribunal foi feito um filtro de classe processual anterior ao download dos acórdãos. O mecanismo de busca do TJSP permite que o pesquisador selecione as decisões a partir da classe processual em que foram registradas. O registro de classe dos acórdãos foi assim organizado pela ferramenta de busca online<sup>66</sup>:

---

<sup>64</sup> Inicialmente estabelecemos que o download de todas as decisões seria feito imediatamente após o recesso forense de dezembro 2014/janeiro 2015 (de 20 de dezembro de 2014 a 18 de janeiro de 2015), determinado pelo Provimento nº 1.948/2012 do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, complementado pelo Provimento nº 2.216/2014 do mesmo Conselho. No entanto, entre dezembro de 2014 e janeiro de 2015 o acesso à ferramenta de busca online de decisões do TJSP permaneceu bastante instável, com dias em que o mecanismo simplesmente não estava disponível ou estava com a conexão limitada. Por esta razão optamos por realizar o download das decisões após o fim do recesso forense paulista, quando o acesso à ferramenta de busca de decisões do TJSP já havia sido restabelecido. O provimento nº 1.948/2012 estabelece em definitivo o período do recesso forense paulista compreendido entre os dias 20 de dezembro e 06 de janeiro. O Provimento está publicado no Diário de Justiça Eletrônico de São Paulo de 03/02/2012, caderno 1 (administrativo), página 3. A íntegra do Provimento está disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=101433&fIBtVoltar=N>. Acesso: 07/06/2015.

Excepcionalmente para o ano de 2015 o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo aprovou uma prorrogação do recesso forense entre os dias 07/01/2015 e 18/01/2015, atendendo a pedido apresentado pela Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil. O Provimento está publicado no Diário de Justiça Eletrônico de São Paulo de 14/10/2014, caderno 1 (administrativo), página 1. A íntegra do Provimento está disponível no link: <https://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=9&nuDiario=1754&cdCaderno=10&nuSeqpagina=1>. Acesso: 07/06/2015.

<sup>65</sup> Foram testadas, por exemplo, as combinações: “plantio” e “maconha”; “cultivo” e “canábis” ou “cannabis”; “plantio” e “canábis” ou “cannabis”; “cultiv\$” e “maconha”; “cultiv\$” e “canábis” ou “cannabis”. Em todos os casos, o número de resultados indicado pelas ferramentas de pesquisa foi menor que o gerado pela combinação escolhida (“cultivo” e “maconha”).

<sup>66</sup> Durante a etapa de realização das pesquisas preliminares realizamos contato telefônico com um funcionário do Tribunal de Justiça de São Paulo que nos indicou que o registro de classe é feito por um serventuário da Justiça imediatamente após a prolação do acórdão. O sistema utilizado pelo TJSP possui um amplo espectro de

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| Apelação Criminal             | 121 |
| Apelação                      | 78  |
| Habeas Corpus                 | 62  |
| Apelação Criminal com Revisão | 12  |
| Apelação – Reclusão           | 05  |
| Recurso em Sentido Estrito    | 04  |
| Agravo de Instrumento         | 02  |
| Revisão Criminal              | 04  |
| Apelação Com Revisão          | 02  |
| Feito não Especificado        | 01  |
| Embargos de Declaração        | 01  |
| Apelação Criminal sem Revisão | 01  |
| Apelação                      | 02  |
| Embargos de Declaração        | 01  |

A partir do registro de classe processual selecionamos apenas os acórdãos que haviam sido proferidos em sede de recurso de Apelação, totalizando 221 decisões. A escolha se justifica porque na Apelação toda a matéria discutida em primeira instância que é impugnada no recurso é devolvida ao conhecimento do Tribunal. Considerando que o problema desta pesquisa requer a análise minuciosa dos argumentos proferidos na fundamentação das decisões, os acórdãos proferidos em recursos de Apelação têm potencialmente mais chances de oferecer as informações que aqui se pretende produzir.

Mais uma ressalva é necessária: o Projeto de Pesquisa que deu origem a este trabalho indicava que acórdãos proferidos em sede de Apelação, Revisão Criminal e *Habeas Corpus* impetrado depois da sentença de primeiro grau seriam incluídos no *corpus* empírico da pesquisa. Isto porque, em tese, na Revisão Criminal e nos *habeas corpus* posteriores à sentença os argumentos relativos à tipificação do cultivo poderiam ser discutidos mais profundamente<sup>67</sup>.

---

nomes para as classes processuais e ainda é possível inserir classes não cadastradas. A forma pela qual o registro é feito depende da Câmara, desembargador relator e do funcionário que realiza o registro. Por essa razão há mais de um registro de classe possível para cada tipo de processo julgado.

<sup>67</sup> Conquanto a pesquisa preliminar não tenha revelado nenhuma decisão sobre plantio de canábis proferida em HC impetrado após sentença, era possível existir algum caso formatado juridicamente desta forma, sobretudo nos primeiros anos após a entrada em vigor da Lei nº 11.343/06. Isto porque a lei tipificou o plantio para consumo próprio e equiparou seu tratamento jurídico-penal ao do usuário de drogas, não sujeito a pena de prisão, criando uma situação potencialmente favorável aos pequenos cultivadores que haviam sido condenados por tráfico de drogas. A antiga lei de drogas – Lei nº 6.368/76 – tipificava apenas o cultivo para fins de tráfico enquanto modalidade específica do crime de tráfico de drogas. Por esta razão, supus ser possível haver HCs impetrados na tentativa de revisão urgente de sentenças que versavam sobre pequenos cultivos, sem quaisquer indícios de traficância. É uma possibilidade que não poderia ser excluída de antemão e que, se existente, provavelmente abarcaria uma discussão substantiva sobre a finalidade do plantio – que é o que se pretende estudar nesta pesquisa. Esta questão será retomada no capítulo 7 da dissertação.

Contudo, à luz dos parâmetros de busca escolhidos a inclusão dos acórdãos proferidos em Revisão Criminal ou *Habeas Corpus* não se mostrou pertinente. Os quatro acórdãos encontrados proferidos em sede de Revisão Criminal possuem fundamentação tão sucinta que sequer é possível identificar quais elementos são considerados na tipificação. Todos os *habeas corpus* encontrados, por sua vez, foram impetrados antes da prolação de sentença em primeira instância.

Além disso, todos os acórdãos indicaram que as decisões eram proferidas em cognição sumária, com a ressalva de que a questão relativa à tipificação só poderia ser decidida em definitivo após a prolação de sentença, à luz da totalidade das provas produzidas no curso do processo. Por esta razão, considerando que esta pesquisa se debruça sobre as especificidades da fundamentação da tipificação penal, optamos por fazer o download apenas das decisões proferidas em sede de apelação.

Ainda que esta escolha possa implicar a exclusão do universo de análise de decisões relevantes sobre cultivo de canábis, a opção se justifica pelo foco da pesquisa em aspectos qualitativos que são discutidos mais detalhadamente nas decisões proferidas após a prolação de sentença, com a produção de todas as provas que formarão a convicção dos magistrados.

O download dos acórdãos foi feito sem recorte temporal: a partir dos critérios de busca “cultivo” e “maconha” selecionamos todas as decisões que foram apresentadas pela ferramenta online de busca. Há diversas questões importantes que dizem respeito à forma como as novidades trazidas pela Lei nº 11.343/06 têm sido aplicadas que justificam a inclusão de decisões anteriores à vigência da lei na população definitiva de acórdãos da pesquisa.

Muito embora o objetivo principal desta pesquisa não seja a compreensão das mudanças trazidas pela Lei nº 11.343/06, é importante compreender como as principais categorias da tipificação do cultivo de canábis eram vistas à luz da Lei nº 6.368/76. Para entender onde estamos é importante compreender de onde viemos.

A partir destes termos de busca, portanto, foi feito o download dos 221 acórdãos encontrados. Com acesso à integralidade das decisões disponibilizadas a *população provisória* (Pires, 2008: 163) de acórdãos da pesquisa foi organizada em dois bancos de dados distintos: um composto de decisões anteriores à vigência da Lei nº 11.343/06 e um composto de decisões posteriores. Considerando que a lei foi promulgada em 23 de agosto de 2006, tendo sido estabelecido em seu art. 74 o período de quarenta e cinco dias de *vacatio*

*legis*, ela entrou em vigor no dia 08 de outubro de 2006. Esta data – 08/10/2006 -, portanto, representa o marco que dividiu a organização inicial dos acórdãos nos dois bancos de dados referidos.

### 2.3.2 Filtrando as decisões

Após a primeira leitura dos acórdãos identificamos a existência de dois registros repetidos dentro das 221 decisões. Os registros foram excluídos, restando 219 acórdãos: 84 proferidos antes e 135 proferidos após a entrada em vigor da Lei nº 11.343/06.

Filtramos estes 219 registros para excluir os acórdãos que não enfrentam especificamente a problemática de pesquisa. Foram excluídas nesse momento decisões: (i) que não diziam respeito a processos criminais sobre plantio de maconha<sup>68</sup>; (ii) que resolviam apenas questões processuais, sem adentrar no mérito da discussão que se pretende promover<sup>69</sup>; e/ou (iii) que não tratavam especificamente da qualificação jurídica do cultivo de canábis em casos concretos<sup>70</sup>.

Foram encontrados diversos casos limítrofes: decisões que dizem respeito à questão do plantio, mas que têm uma abordagem complexa que demanda cautela adicional. Exluímos do universo de análise os casos em que a tipificação do plantio não é fundamentada expressamente.

Identificamos casos em que o cultivo de canábis consta formalmente da denúncia e até da condenação/absolvição, mas não é discutido pelo tribunal. Estes casos se apresentaram de diversas maneiras: recursos em que a tipificação do plantio não fora devolvida ao tribunal por não fazer parte do pedido expresso da apelação; recursos que versavam sobre acusações

---

<sup>68</sup> Dentre os 219 acórdãos, duas decisões não foram proferidas em processos criminais e, portanto, estavam catalogadas em classes processuais equivocadas. Uma delas havia sido proferida em uma Apelação Cível e continha em seu teor afirmações sobre o cultivo de canábis. A outra havia sido proferida em um caso a respeito de processo administrativo instaurado contra servidor público.

<sup>69</sup> Dentre os 219 acórdãos foi possível identificar casos em que, por exemplo, era determinada a anulação do processo penal que discutia a tipificação do cultivo de canábis em razão de vícios processuais que implicaram prejuízo à defesa do réu.

<sup>70</sup> Foram excluídos diversos casos em que havia uma sentença que se pronunciava sobre a tipificação do plantio de canábis, mas a matéria não havia sido objeto de recurso. A maior parte destes casos dizia respeito a processos penais com concurso de crimes cometidos pelo mesmo agente. O critério para exclusão ou não das decisões, contudo, foi o mesmo: só comporão o universo de análise os acórdãos que enfrentam a questão relativa à tipificação penal do cultivo de canábis.

múltiplas, com concurso material e/ou formal com outras infrações penais, e não havia discussão sobre a tipificação do plantio<sup>71</sup>.

Por fim, excluímos as decisões cuja fundamentação não permitia o preenchimento dos aspectos básicos do formulário de leitura dos acórdãos, elaborado no modelo de uma planilha de *Excel*. O formulário de leitura foi pensado para que seu preenchimento se dê em grande medida com respostas do tipo *sim/não* ou compostas por palavras chave predeterminadas. Excluímos aqui apenas as decisões cuja fundamentação era tão escassa que sequer era possível compreender se havia ou não controvérsia a respeito da tipificação do cultivo. Não excluímos, portanto, os casos em que apenas a fundamentação da tipificação penal era escassa.

### 2.3.3 Lendo e produzindo informações a partir das decisões

Após a filtragem dos acórdãos nos termos acima expostos formamos o universo de análise desta pesquisa, composto de 135 acórdãos, sendo 67 proferidos antes e 68 proferidos depois da entrada em vigor da Lei nº 11.343/06.

Formamos, portanto, dois bancos de dados ( $n^1$  e  $n^2$ ) elaborados com os mesmos parâmetros, divididos por um recorte temporal - o dia 08 de outubro de 2006. Escolhemos não utilizar nenhuma amostra operacional (PIRES, 2008: 165): utilizamos todos os acórdãos proferidos pelo TJSP dentro dos critérios de busca predeterminados na ferramenta de pesquisa de jurisprudência que efetivamente discutiram a tipificação penal do cultivo de canábis.

Identificamos que em muitos dos casos julgados pelo TJSP logo após a entrada em vigor da Lei de Drogas determinava-se a aplicação conjunta de dispositivos da lei nova e da lei antiga, à medida que se mostravam mais ou menos favoráveis ao réu, dependendo da tipificação dada pelo tribunal. Considerando que os acórdãos sempre julgam condutas que foram inicialmente tipificadas em datas anteriores à sua prolação, muitos casos que

---

<sup>71</sup> Em alguns casos a sentença de 1º grau havia condenado o réu por três ou mais crimes em concurso, mas a questão do plantio sequer fora discutida no recurso, limitando-se o tribunal a dizer que a sentença acertadamente tipificou a conduta como tráfico de drogas.

compõem a população total de acórdãos são resolvidos com a aplicação de dispositivos das duas leis. Isso traz grandes limitações a uma análise de impacto da Lei de Drogas<sup>72</sup>.

Optamos por utilizar como unidade de contagem o número de acórdãos, e não o número de réus. Isso se justifica em razão das características deste banco de dados específico e em razão da especificidade do problema de pesquisa que aqui se pretende enfrentar.

Em primeiro lugar, apenas 5 dos 135 casos que compõem a população de acórdãos desta pesquisa envolvem mais de um réu no mesmo processo. Nestes casos, contudo, os réus possuem os mesmos perfis, foram presos juntos e são acusados de serem corresponsáveis pelo mesmo cultivo. Todos foram tipificados da mesma forma e apenados da mesma maneira, com a fixação de penas iguais.

O objetivo dessa pesquisa é investigar a fundamentação da tipificação penal das situações de cultivo. Cada situação de cultivo analisada, ainda que envolvendo mais de uma pessoa como responsável, foi tipificada de forma única nas decisões. As decisões não avaliaram as parcelas de responsabilidade individual dos acusados e entenderam se tratar de casos de igual corresponsabilidade pelo plantio. Assim, optamos por utilizar o número de acórdãos como unidade de contagem.

As informações produzidas a partir da leitura dos acórdãos foram inicialmente apresentadas em planilhas de *Excel*, para facilitar a organização dos resultados. Para cada um dos bancos de dados (decisões anteriores e posteriores à entrada em vigor da Lei nº 11.343/06) foram elaboradas duas planilhas de *Excel*: uma com a integralidade das informações que mapeei a partir dos acórdãos e uma com as informações que pretendi cruzar para promover discussões específicas sobre o problema de pesquisa. Em todas as planilhas as informações são apresentadas da mesma forma: cada linha representa um acórdão e cada coluna representa um tipo específico de informação.

As planilhas com a integralidade das informações estão organizadas em quatro camadas distintas: (a) informações gerais do processo; (b) elementos de prova; (c) decisão e fundamentação; (d) dosimetria da pena. As camadas contêm as seguintes questões, representadas uma em cada coluna:

---

<sup>72</sup> Retomaremos esta questão no capítulo 6.



(a) Informações Gerais do Processo: Número do Processo; Tipo de Processo; Relator; Turma/Câmara; Comarca de Origem; Data do Julgamento; Recorrente; Recorrido; Pedido; Resultado do Julgamento; Denúncia; Decisão de Primeiro Grau; Sexo do(s) Réu(s); Antecedente(s) do(s) réu(s); Situação processual do(s) réu(s); Decisão?

(b) Elementos Probatórios: Número do Processo; Tipo de Droga Apreendida; Quantidade (g ou pés de canábis); Forma de acondicionamento; Materiais de preparo/embalo/venda; Local do Cultivo (domicílio, propriedade de terceiro desconhecido, terreno baldio); Outros tipos de droga apreendidos? Em que local?; Circunstâncias da prisão (denúncia anônima, abordagem de rotina, existência de investigação prévia contra o(s) réu(s)); Circunstâncias da apreensão das plantas (entrada em domicílio após prisão em flagrante; ordem judicial; denúncia anônima); Prisão em flagrante?; Entrada em domicílio em decorrência do flagrante?; Quais provas constam dos autos?; Prova testemunhal produzida?; Interceptação telefônica? ; Informações sobre a situação financeira do(s) réu(s)? Qual?; Outro(s) elemento(s) de prova? Qual(is)?; Avaliação médica do(s) réu(s)? (alegação de dependência)

(c) Decisão/Fundamentação: Decisão; Tipificação; Incidência do §4º do art. 33 da LD?; Houve reforma da decisão de 1º grau?; Concurso material?; Fundamento(s) principal(is); Depoimento dos policiais que efetuaram a prisão?; Quantidade foi considerada?; Acondicionamento da substância foi considerado?; Concurso material foi considerado na tipificação do tráfico/uso?; Foi considerado o perfil do réu? De que forma?; Foi aplicado o princípio *favor rei*?<sup>73</sup>; Prova testemunhal foi utilizada na tipificação?; Outras considerações na fundamentação da tipificação penal?

(d) Dosimetria da Pena: Tipificação; Pena aplicada; Regime inicial; Quantidade foi considerada? Como?; Antecedentes do(s) réu(s) considerados? Como?; Tipo de droga foi considerado?; Circunstâncias pessoais do(s) réu(s)?; Concurso material foi considerado?; Continuidade delitiva? (CP art. 71); Outras considerações na dosimetria da pena?

As duas planilhas de cruzamento de dados foram organizadas em camada única contendo as informações que poderiam ser cruzadas para responder à pergunta de pesquisa<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Optamos por nos referir ao princípio *favor rei* por ser ele uma formulação mais genérica que engloba princípios mais específicos e a ele relacionados. Entendemos que o princípio *favor rei* é uma norma genérica segundo a qual os interesses do acusado devem prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado, respeitadas as regras do sistema jurídico (CAPEZ, 2008: 19). A incidência do princípio se dá mormente nas situações de dúvida: deve prevalecer sempre o entendimento que é mais favorável ao réu. Para os fins deste trabalho, entendemos o princípio *favor rei* enquanto gênero, e os princípios *favor libertatis*, *favor innocentiae* e presunção de inocência, *in dubio pro reo*, dentre outros, enquanto espécies. Neste sentido, cf. MORAES, 2004: 390.

<sup>74</sup> As informações selecionadas para as planilhas de cruzamento foram as seguintes: Data do Julgamento; Pedido; Denúncia; Decisão de Primeiro Grau; Sexo do(s) Réu(s); Antecedentes; Tipo de Droga Apreendida; Quantidade; Forma de acondicionamento; Materiais de preparo/embalo/venda; Local do Cultivo;

Estas informações estão diretamente relacionadas com o problema de pesquisa. As hipóteses formuladas neste trabalho são construídas a partir da conjugação de algumas dessas informações, apresentadas no capítulo cinco.

A forma de realização destes cruzamentos foi concebida na tentativa de construir perfis dos acórdãos a partir dos três resultados possíveis para os julgamentos: absolvição (por qualquer fundamento), tipificação do plantio para consumo (arts. 16 da Lei nº 6.368/76 ou 28, §1º, da Lei nº 11.343/06) ou tipificação do plantio para fins de tráfico (arts. 12, §1º, II, da Lei nº 6.368/76 ou 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06).

Para tanto, estas informações foram organizadas a partir de um filtro inicial no *Excel* por tipo de decisão proferida pelo tribunal. Cada um destes três perfis por resultado foi construído a partir do filtro inicial, com o fim de identificar características específicas destes grupos de acórdãos dentro do universo de análise desta pesquisa.

É assim que, por exemplo, discutiremos como a quantidade de drogas se apresentou na fundamentação das decisões. Estabelecemos três grupos de acórdãos e especificamos em cada um deles como se distribuiu a quantidade de droga apreendida, apontando para as relações possíveis entre as quantidades apreendidas e a tipificação penal.

Discutiremos os aspectos quantitativos da população de acórdãos e, mais profundamente, os aspectos qualitativos relativos à tipificação do plantio e suas implicações. Além das questões específicas das planilhas individualmente consideradas (como fundamento principal da tipificação e aplicação do princípio *favor rei*, por exemplo), o cruzamento das informações obtidas será utilizado para enfrentar a problemática de pesquisa.

Os dados quantitativos são apresentados nos capítulos quatro e cinco. Escolhemos apresentar as informações sobre dosimetria da pena no Anexo I deste trabalho. Embora a pesquisa tenha permitido produzir informações importantes sobre dosimetria, a escolha se justifica em razão da problemática de pesquisa. O foco deste trabalho é a fundamentação dos acórdãos sobre a capitulação penal das situações de cultivo.

---

Circunstâncias da prisão; Circunstâncias da apreensão das plantas; Prisão em flagrante?; Quais provas constam dos autos? Prova testemunhal?; Interceptação telefônica?; Decisão de 2º Grau; Tipificação; Incidência do §4º do art. 33 da L11343/06; Concurso material?; Fundamento(s) principal(is); Depoimento dos policiais que efetuaram a prisão? Quantidade foi considerada?; Acondicionamento da substância foi considerado?; Concurso material foi considerado na tipificação do tráfico/uso?; Foi considerado o perfil do réu? De que forma?; Foi aplicado o princípio *favor rei*?; Pena aplicada; Regime inicial; Quantidade foi considerada na dosimetria? Como?

Produzimos três tipos de dados quantitativos: informações sobre as situações de cultivo de canábis que chegaram ao TJSP, informações sobre os processos criminais e informações sobre as decisões judiciais. Os dois primeiros possuem limitações que decorrem do próprio *corpus* da pesquisa. Isso porque boa parte dos acórdãos possui fundamentação muito sucinta e cada um deles é construído a partir da escolha dos magistrados sobre quais informações fáticas e jurídicas devem compor o documento.

Nos capítulos cinco e seis discutiremos os dados qualitativos da pesquisa. Produzimos informações sobre os diferentes tipos de leitura e interpretação dos elementos utilizados na distinção entre os tipos penais de plantio para consumo e para tráfico. Além disso, produzimos informações sobre as relações entre aspectos do processo penal e a tipificação material das condutas de cultivo. Nosso objetivo é discutir como os nós da produção probatória convergem e dialogam com a tipificação penal.

#### 2.3.4 Dois recortes de pesquisa importantes: cultivo para fins terapêuticos e ritualísticos

A investigação aqui desenvolvida sobre a determinação da finalidade nos casos de cultivo de canábis não se debruça sobre dois subtemas comumente discutidos nestes contextos: os casos de cultivo para fins religiosos e para fins terapêuticos.

Estes dois subtemas específicos relativos ao plantio de canábis trazem questões complementares e dimensões distintas. Ambos necessariamente envolvem discussões sobre exceções à vedação ao cultivo/consumo de canábis, com fundamentos distintos. Os temas são tratados superficialmente pela própria Lei nº 11.343/06. O art. 2º da lei está assim redigido:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

A Lei de Drogas estabelece, portanto, três hipóteses que autorizam excepcionalmente o plantio de “vegetais e substratos dos quais possam ser produzidas drogas”: (i) “autorização legal ou regulamentar”; (ii) utilização das plantas para uso ritualístico/religioso, em conformidade com a Convenção de Viena sobre Drogas de 1971; e (iii) autorização da União para plantio com finalidade medicinal.

Embora não seja possível precisar exatamente o que se compreende por autorização legal ou regulamentar, há aí uma regra geral que permite que o legislador ordinário ou o Executivo autorizem excepcionalmente o plantio com alguma finalidade específica, indeterminada *a priori*.

O Brasil é signatário da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de Viena, 1971, complementada em 20 de dezembro de 1988 e aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991. O art. 32 (4) da Convenção explicitou a possibilidade de os países signatários apresentarem reservas a respeito da utilização religiosa das plantas nomeadas (dentre as quais está a canábis).

Como o Brasil não fez nenhuma reserva e aderiu integralmente à Convenção, argumenta-se que não se incorporou no direito brasileiro a possibilidade de utilização da canábis para fins religiosos – ao menos não em razão da vigência da Convenção de Viena, o que, como se verá, não exclui a possibilidade de derivar outro fundamento jurídico para a licitude do cultivo de canábis para fins religiosos.

Isso porque os argumentos em favor do uso religioso da canábis são construídos em torno da ideia central de que o consumo da planta consiste em parte ritualística e espiritual importante da doutrina religiosa *Rastafári*. É, portanto, uma parte essencial para o exercício da liberdade religiosa dos rastafári, questão direta de direitos fundamentais.

Desde a promulgação da Lei nº 11.343/06 o Poder Executivo pátrio não autorizou a realização de pesquisas envolvendo o potencial medicinal/terapêutico da canábis. Tampouco houve qualquer manifestação do Legislativo ou do Executivo em relação à utilização religiosa da planta.

Diante da inércia do Executivo, há notícia de casos de cultivo de canábis para fins medicinais e religiosos em que se tentou emplacar a tese de que a conduta seria atípica materialmente em razão do exercício legítimo de direitos fundamentais (liberdade religiosa, art. 5º, VI e VIII, da CF/88) ou em decorrência da inexistência de lesividade na conduta do

cultivo para fins medicinais<sup>75</sup>. O argumento é, em linhas gerais, o de que a Lei nº 11.343/06 deu autorização tácita para o cultivo ritualístico e para o cultivo medicinal, estabelecendo apenas condições para o exercício destes direito sem ter o condão de impedir sua realização.

Durante a realização desta pesquisa cogitamos incluir dois estudos de caso<sup>76</sup> para explorar com maior profundidade questões relevantes sobre a tipificação do plantio que não aparecem nos acórdãos selecionados. Selecionaríamos um caso sobre cultivo terapêutico e um caso sobre cultivo com fins religiosos para complementar a análise das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>77</sup>.

A estratégia pretendida se aproximaria da ideia de variante não convencional dos estudos de caso (PIRES, 2008: 180-181): o *corpus* empírico singular (um caso) seria selecionado em razão das peculiaridades do fenômeno, que envolve questões complexas que impossibilitam uma *observação completa*, adotando-se uma técnica principal de coleta de dados (documental p.ex.).

À medida que a pesquisa amadureceu, contudo, decidimos não incluir os estudos de caso<sup>78</sup>. Com a formação do banco de dados da pesquisa, percebemos que os estudos de caso fugiriam do escopo de discussão aqui pretendido. Eles trariam à pesquisa mais *variedade*, e não contribuiriam com os aspectos de *variação* dentro do universo de análise que pretendemos abordar. Isso porque estes dois subtemas específicos do cultivo de canábis trazem consigo discussões próprias a respeito da determinação da finalidade. Além disso, possuem arcabouços jurídicos próprios, muitas vezes com questões normativas que transcendem a Lei nº 11.343/06<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Talvez o mais famoso destes casos seja o do gaúcho Alexandre Thomaz, hoje réu na Ação Penal nº 0024772-61.2011.8.21.0008, que tramita perante a 3ª Vara Criminal de Canoas, RS. O processo discute a incriminação de Alexandre Thomaz por tráfico de drogas. O réu cultivava canábis e utilizava os produtos da planta para aliviar os sintomas de um neoplasma maligno na região do pescoço – um tipo raro de tumor que afeta o sistema respiratório e a percepção dos estímulos de paladar e olfato, sobretudo. Após denúncia anônima, Alexandre foi preso em setembro de 2009 e desde então responde processo penal por suposta violação ao art. 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06. O caso de Alexandre repercutiu na mídia brasileira principalmente em 2010, após o lançamento do filme Cortina de Fumaça, dirigido pelo cineasta Rodrigo Mac Niven.

<sup>76</sup> Sobre os estudos de caso enquanto estratégias de pesquisa, cf. YIN, 2001: 19-22.

<sup>77</sup> Havíamos cogitado tratar dos casos de Alexandre Thomaz, a respeito do cultivo terapêutico, e de Geraldo Antonio Baptista, o “Geraldinho Rastafári”, sobre o cultivo para fins religiosos.

<sup>78</sup> A decisão final de não inclusão dos estudos de caso foi tomada após os debates realizados com a banca de qualificação que examinou a versão preliminar desta dissertação. Optamos por acatar as sugestões das professoras Marta Rodriguez de Assis Machado e Mariângela Gama de Magalhães Gomes porque se tornou evidente que as discussões que poderiam ser travadas com os estudos de caso fugiriam do escopo das discussões travadas na abordagem do problema desta pesquisa.

<sup>79</sup> A discussão sobre o cultivo religioso, por exemplo, engloba a interpretação e aplicação de direitos fundamentais, bem como um vasto arcabouço normativo direito internacional público.

Para que seja possível observar os aspectos da tipificação do cultivo de canábis que intentamos, da forma que intentamos, alguns recortes de pesquisa são inevitáveis. Optamos por focalizar a solidez da análise aqui lançada à luz da metodologia escolhida para que o trabalho possa ser futuramente complementado pela comunidade científica.

## 2.4 Por onde navegamos? As fontes da pesquisa

A pesquisa é pensada para ser uma peça dentro de um grande mosaico. O mosaico representa um repertório de conhecimento que articula ao menos três dimensões<sup>80</sup>: a política, a lei<sup>81</sup> e a aplicação da lei. As conexões entre estas dimensões são estudadas por diversos domínios do saber, através de diversos interlocutores.

A pesquisa pretende dialogar principalmente com três destes interlocutores, em graus diferentes. Em maior grau pretende-se dialogar com a dogmática penal, em especial a literatura sobre a dogmática da Lei nº 11.343/06. São interlocutores desta pesquisa os acadêmicos que se aventuram na tarefa de compreender os aspectos operacionais do momento em que o direito encontra o caso concreto, isto é, "as tecnologias para aplicação da lei" (RODRIGUEZ et ali., 2012: 75).

Também se pretende dialogar com a literatura sobre a relação entre dogmática e processo: afinal, se a dogmática se debruça sobre o encontro do direito com os fatos, os casos concretos, o processo regula, dentre outras coisas, a forma pela qual o direito reconhece ou não determinados fatos. O encontro do direito com os fatos cria os *fatos jurídicos*, que muitas vezes são construídos a partir de um conjunto de regras processuais. Dogmática e processo, portanto, são indissociáveis.

Por fim, pretende-se dialogar com a literatura sobre modelos de controle de drogas e de regulamentação do plantio de canábis, dentro do que se pode chamar política de drogas. Aos colegas das ciências sociais e da ciência política fica aberta a agenda para outras pesquisas sobre o tema: ainda que as questões que possam ser abordadas por estas perspectivas sejam igualmente interessantes, é preciso focalizar a pesquisa nos pontos mais

---

<sup>80</sup> A divisão das dimensões é pensada apenas como forma de organizar o repertório de conhecimento que circunscreve o fenômeno que se pretende investigar. É antes uma estratégia didática do que uma tentativa de organizar e classificar as dimensões em si tal como aparecem no caso do plantio de maconha.

<sup>81</sup> Aqui entendemos, lei enquanto qualquer diploma formal que articule um conjunto de regras, ou um diploma normativo positivado.

fortes que a metodologia escolhida permite alcançar. O terreno permanece em aberto aos que nele quiserem se aventurar.

A articulação deste sistema tripartido funciona como se estivéssemos diante de um mosaico com peças de três formatos diferentes. As peças se conectam entre si: são imbricadas de tal forma que a distinção dos três tipos de peças só é perceptível quando o mosaico não está formado. A forma pela qual as peças se encaixam umas às outras depende da compreensão da figura que se pretende montar. Sem compreender a figura é impossível antever como as peças se encaixam e em que direção e sentido elas devem ser ordenadas.

Tanto a escolha das peças quanto a imagem a ser formada dependem das opções feitas pelo pesquisador (o montador do mosaico), em função da pergunta de pesquisa. As escolhas e a ação do montador importam mais do que as peças e a imagem. Afinal, é o montador (pesquisador) quem determina quais são os contornos do mosaico.

Este trabalho é nossa peça, fruto de nossas escolhas. Escolhemos como construímos nossa peça, delimitando seu tamanho e formato através da metodologia de pesquisa empregada. Escolhemos ainda em que parte do mosaico encaixaremos nossa peça, e de que forma a posicionaríamos em relação às outras peças já existentes.

O mosaico hoje possui algumas peças, com as quais se pretende conectar, mas ainda precisa de muitas outras para aos poucos se formar. A tarefa fica a cargo daqueles que quiserem contribuir com a montagem do mosaico para formação das imagens pretendidas. Só assim conseguiremos articular a política, a lei e a aplicação da lei no contexto da regulação do cultivo de canábis no Brasil.

Espera-se, assim, que os aspectos qualitativos da pesquisa possam dialogar com a literatura sobre a dogmática penal da lei de drogas e também com parte da literatura sobre modelos de controle de drogas. Os principais interlocutores da pesquisa, contudo, são da dogmática penal: não poderia assim deixar de ser considerando a própria formulação do problema de pesquisa.

Todos os intérpretes que se debruçaram sobre os aspectos dogmáticos da Lei nº 11.343/06 tiveram de ao menos comentar a problemática trazida pela pergunta de pesquisa. Todos se viram obrigados a comentar a questão sobre o que define o plantio para fins de tráfico em oposição ao cultivo para consumo. Ainda que não tenham se debruçado especificamente sobre questões concretas da definição da finalidade do plantio, certamente tiveram de apresentar as ferramentas com as quais o operador do direito (Judiciário,

Ministério Público, Autoridade Policial) deve construir a fundamentação da tipificação penal.

Esperamos, ainda, que as informações produzidas nesta pesquisa possam dialogar com outros interlocutores, inclusive não juristas. Há uma preocupação adicional que permeia este trabalho: é preciso *decodificar*<sup>82</sup> os elementos jurídicos e traduzir a linguagem do direito. Muito embora a pergunta de pesquisa veicule questões diretamente ligadas à dogmática penal, o problema de pesquisa se insere em uma discussão maior sobre a diferenciação entre as figuras do usuário e do traficante de drogas

O compromisso com a decodificação da linguagem jurídica pode ajudar a entender a operacionalização concreta de um aspecto do modelo de controle de drogas adotado pelo Brasil (a estratégia de dupla tipificação do plantio). Esperamos que ao menos parte dos resultados da pesquisa ajude a compreender as dificuldades e implicações práticas da estratégia de política pública adotada no país.

A estratégia escolhida pelo legislador brasileiro para a tipificação dos crimes de drogas foi pensada dentro de um contexto, com uma finalidade específica<sup>83</sup>. Ela traz uma série de implicações, com vantagens, desvantagens, dificuldades e problemas.

As implicações deste modelo regulatório aparecem de forma mais saliente nos casos de cultivo de canábis: alega-se frequentemente que o plantio se destina a consumo próprio justamente para que o indivíduo não tenha conexão com o universo do tráfico ilícito de drogas. Por esta razão é que se espera que a pesquisa possa dialogar, ainda que de forma complementar, com a literatura sobre modelos de controle de drogas e regulação do plantio de canábis.

Em um primeiro momento a delimitação das fontes com as quais se pretende dialogar se deu por uma revisão da literatura nas duas dimensões mencionadas acima. A seleção das fontes na dogmática penal se deu em torno de uma revisão das obras jurídicas que se debruçam sobre aspectos da Lei de Drogas, especialmente a questão da determinação da finalidade do plantio, essencial para a tipificação do cultivo de canábis.

---

<sup>82</sup> Código é, segundo Luhmann (1986: 43), a comunicação distintiva de que os sistemas sociais se utilizam para diferenciar-se dos demais. O direito enquanto sistema social opera segundo um código específico, o código *lícito/ilícito* (MOELLER, 2006: 216). Este código se especifica com a construção do vocabulário jurídico, altamente específico e construído para enfatizar o processo de diferenciação do direito frente aos outros sistemas sociais. O que aqui se quer dizer com *decodificar* é traduzir esta linguagem altamente específica em termos compreensíveis por quem não é treinado a ler o vocabulário jurídico.

<sup>83</sup> Referimo-nos aqui à opção legislativa por não utilizar o modelo das “*threshold quantities*” (HUGHES, 2010; HARRIS, 2011) para a definição dos tipos penais de tráfico ou porte – e plantio – para consumo.



A literatura sobre modelos de controle de drogas foi selecionada em razão do recorte temático: é preciso dialogar com a questão da regulamentação do cultivo de canábis e das formas de operar a diferenciação entre a figura do usuário e a figura do traficante de drogas.

Para selecionar o material teórico que utilizamos neste trabalho buscamos textos no acervo da Biblioteca Karl A. Boedecker, da FGV SP, no Sistema Integrado de Bibliotecas da Universidade de São Paulo e em bases de dados de artigos acadêmicos – HeinOnline, SSRN, Scielo, LexisNexis, Applied Social Sciences Index and Abstracts (ASSIA), Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD), Biblioteca Virtual da FAPESP, dentre outros.

Nas bases de dados nacionais buscamos textos utilizando palavras-chave e expressões como: “maconha e cultivo”; “plantio de canábis”<sup>84</sup>; “política de drogas”, dentre outras. Já nas bases de dados estrangeiras buscamos textos utilizando expressões como: “*cannabis grow*”<sup>85</sup>; “*drug law*”; “*drug policy*”; “*cannabis regulation*”, dentre outras.

Foram encontrados centenas de textos durante a pesquisa preliminar. Durante a execução do projeto de pesquisa selecionamos os textos que dialogam com os aspectos que se pretende abordar nesta pesquisa. Em especial, selecionamos textos que dizem respeito a regimes jurídicos do cultivo de canábis e diferentes estratégias de criminalização

Durante a elaboração da pesquisa evidenciou-se a necessidade de buscar materiais em repertórios de outros campos do conhecimento para compreender aspectos biológicos da planta *Cannabis*, assim como aspectos agrícolas do seu cultivo. Por essa razão, expandimos nossa revisão de literatura para buscar informações produzidas em outras áreas do saber, sobretudo a botânica e a agronomia.

Buscamos os primeiros artigos sobre aspectos não jurídicos do cultivo de canábis no Journal of the International Hemp Association<sup>86</sup>, que foi a primeira publicação internacional dedicada a discutir o cultivo da planta fora do contexto recreativo. A partir da leitura de artigos sobre as características gerais do cultivo da planta, identificamos algumas palavras-chave utilizadas na literatura estrangeira e expandimos nossa busca para as bases de dados disponíveis online.

---

<sup>84</sup> Considerando que a palavra canábis é muitas vezes grafada em latim como *cannabis* ou substituída pela palavra “maconha”, testamos as combinações de vocábulos utilizando todas as grafias possíveis.

<sup>85</sup> Em inglês costuma-se utilizar o termo grafado em latim para se referir à canábis.

<sup>86</sup> As edições do jornal dos anos de 1994 a 1999 estão disponíveis no link: <http://www.internationalhempassociation.org/jiha/index.html>. Acesso: 10/01/2016.

Para selecionar os textos sobre as características da canábis e seu cultivo utilizamos principalmente a plataforma internacional da base de dados Scielo e a base de artigos acadêmicos do Google, o *Google Scholar*<sup>87</sup>. Utilizamos vários critérios de pesquisa, mas focalizamos a busca em alguns termos principais: “*cannabis cultivation*”; “*cannabis crops*”; “*cannabis yield*”; “*production capacity*”; “*growing conditions*”; “*growth factors*”; “*crop density*”.

Embora a maior parte da literatura sobre o cultivo de canábis seja estrangeira, encontramos materiais nacionais sobre a planta e seu cultivo, principalmente nas áreas de botânica e história. Entre a literatura estrangeira destacaram-se os artigos estadunidenses e holandeses, o que pode ser explicado pelo fato de Holanda e Estados Unidos serem os dois países com as políticas mais liberais sobre o cultivo de maconha.

Utilizamos também uma vasta literatura europeia sobre o cultivo de *Cannabis* para fins industriais, sobretudo para as indústrias têxtil e cosmética. Com a recente flexibilização da estratégia repressiva da guerra às drogas em diversos países do globo houve um crescimento considerável nos estudos científicos sobre a canábis e diversos aspectos do seu cultivo.

O propósito de trazer este tipo de material para as discussões deste trabalho é discutir em que medida os argumentos que são utilizados na fundamentação das decisões são consistentes com as informações que vem sendo produzidas nos diversos repertórios de conhecimento científico sobre o cultivo de canábis. Por muito tempo a produção científica sobre a canábis permaneceu nas trevas. Hoje, no entanto, o repertório de conhecimento científico sobre a planta vem se tornando mais e mais sólido, de modo que a cada dia se tornam mais acessíveis informações sobre a *Cannabis*, seu consumo e seu cultivo.

---

<sup>87</sup> Disponível em: [https://scholar.google.com.br/schhp?hl=pt-BR&as\\_sdt=0,5](https://scholar.google.com.br/schhp?hl=pt-BR&as_sdt=0,5). Acesso: 26/01/2016.

### 3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A CANNABIS

Nos termos do que determina a Lei nº 11.343/06, uma situação de plantio de canábis pode ser tipificada como “porte para consumo” (art. 28, §1º da Lei de Drogas) ou como “tráfico de drogas” (art. 33, §1º, II, da Lei de Drogas). O que diferencia os dois tipos penais é a *finalidade* do cultivo: as plantas destinam-se à produção de drogas para consumo pessoal ou para fornecimento a terceiros? Esta é a pergunta central que os magistrados têm de enfrentar quando desafiados a qualificar juridicamente os casos de cultivo.

Considerando que este trabalho se debruça sobre particularidades do cultivo de canábis, convém apresentar algumas breves considerações sobre esta planta que dá origem à problemática aqui tratada.

Mais que isso: a determinação da finalidade de um plantio impõe a necessidade de abordar aspectos específicos do plantio e do consumo de canábis. A dogmática penal da Lei de Drogas não pode se descolar da realidade fática em que as condutas reguladas estão inseridas. Apresentaremos brevemente algumas informações sobre a canábis, seu cultivo e consumo. Estas informações são relevantes para promover a discussão dos resultados qualitativos da pesquisa e serão retomadas no capítulo 6.

#### 3.1 A planta

A *Cannabis sativa* L. é uma planta da família das Canabiáceas<sup>88</sup>, oficialmente classificada pela primeira vez na comunidade científica por Carolus Linnaeus, em 1753 (FRANÇA, 2015: 7).

Os registros históricos da canábis mais antigos vêm da Ásia e os chineses foram os primeiros a documentar a domesticação da planta (LI, 1974: 437; THOMAS, 2012: 2)<sup>89</sup>. Os

---

<sup>88</sup> Durante algum tempo houve certa divergência na comunidade científica a respeito da correta classificação da *Cannabis sativa*. Inicialmente, quando da sua documentação por Linnaeus a planta foi classificada como pertencente à família *Urticaceae* em razão da semelhança visual com outras herbáceas do grupo. Depois passou a ser incluída na família botânica *Moraceae*. Atualmente, contudo, a comunidade científica acordou na reclassificação da *Cannabis sativa* L.: suas peculiaridades são tantas que não há família botânica na qual ela possa ser inserida seguindo os padrões consistentes de classificação utilizados na biologia. Criou-se, então, a família botânica *Cannabaceae* (Canabiáceas, em português), que abarca todos os gêneros e espécies da herbácea. Para mais informações, cf. THOMAS, 2012: 1-4.

<sup>89</sup> Em sentido contrário, ver: GREEN, 2011: 2.

primeiros registros de utilização da canábis na China têm mais de 6.000 anos e remetem ao período Neolítico (LI, 1974: 437)<sup>90</sup>.

Os registros históricos indicam ao menos cinco formas distintas de utilização e aproveitamento da *Cannabis* na antiguidade chinesa (LI, 1974: 437-439; FLEMMING & CLARKE, 1998: 280-286): (i) do caule eram extraídas as fibras de cânhamo, muito utilizadas na indústria têxtil e nas expedições marítimas; (ii) as sementes da planta eram consumidas e utilizadas na alimentação; (iii) o óleo extraído das sementes da planta era utilizado na preparação de alimentos e na produção de cosméticos; (iv) as flores, folhas e raízes eram amplamente utilizadas para fins medicinais; e (v) as flores e a resina eram utilizadas para induzir alucinações em cerimônias ritualísticas e para fins recreativos.

A canábis é uma planta altamente resistente cujo desenvolvimento ótimo se dá em condições climáticas temperadas e tropicais (THOMAS, 2012: 2). Diz-se ser a canábis altamente resistente porque a planta consegue subsistir em ambientes extremamente hostis, tendo viajado ao redor do globo sem o envolvimento de seres humanos por séculos (RIZZO, 1972; VAVILOV, 1992; GREEN, 2011: 4).

A despeito de sua origem asiática, a canábis se difundiu ao redor do globo primordialmente através de elementos da natureza. A semente da planta pode ser transportada entre regiões distantes através do vento, abelhas, pássaros e outros animais (GREEN, 2011: 4-5). Além disso, a expansão do cultivo da planta ao redor do mundo está historicamente associada aos diferentes fluxos migratórios da civilização humana (THOMAS, 2012: 3; GREEN, 2011: 4-5)<sup>91</sup>.

Com o distanciamento de seu habitat natural ao longo da história e sob influência das práticas humanas, a canábis viu-se constantemente sujeita à hibridização. Hoje, com seu cultivo difundido nos quatro cantos do globo, as Canabiáceas mais comumente encontradas possuem características bem diferentes daquelas originalmente cultivadas (THOMAS, 2012: 3).

---

<sup>90</sup> LI (1974) faz uma revisão histórica e arqueológica da utilização da *Cannabis* na antiguidade chinesa. Partindo de descobertas arqueológicas documentadas e registros históricos da antiguidade oriental a utilização da canábis na cultura chinesa é reconstruída.

<sup>91</sup> Há registros, por exemplo, da introdução da *Cannabis* no norte europeu através dos *Vikings*, que buscaram adentrar o continente para escapar do frio extremo. Estima-se também que o cultivo de canábis foi muito difundido na América do Norte pelos colonos ingleses, que utilizavam a planta principalmente para produção do cânhamo e para consumo recreativo. Neste sentido, cf. THOMAS, 2012: 2.

Muito embora as herbáceas incluídas nas Canabiáceas possuam um espectro de características muito distintas, há traços comuns que são compartilhados (SMALL & CRONQUIST, 1976: 405; CATALÁN, 1995).

A *Cannabis* é uma planta dioica, ou seja, possui dois sexos e a fecundação ocorre entre indivíduos (plantas) de diferentes fenótipos, através da união do pólen masculino com o óvulo feminino. É também angiospérmica – possui semente protegida por flores, que são unissexuais, discretas e cobertas por pelos granulosos.

Explicitamos desde já uma informação extremamente relevante para este trabalho: é aceito na comunidade científica que apenas nas flores fêmeas da *Cannabis* estes pelos granulosos secretam uma resina com propriedades psicoativas (HILLIG & MAHLBERG, 2004: 966-967; SMALL & CRONQUIST, 1976: 408-412; COSTA, 1970: 91)<sup>92</sup>.

Isso porque, como se verá adiante, praticamente todo THC (tetra-hidrocanabinol) presente na canábis concentra-se na resina secretada nos pelos das flores fêmeas (HILLIG & MAHLBERG, 2004: 967; GREEN, 2011: THOMAS, 2012: 3). O THC é a substância com maior efeito psicoativo na canábis, responsável por proporcionar os efeitos associados ao consumo da planta.

O caule da *Cannabis* é altamente fibroso: dele extrai-se o cânhamo, fibra amplamente utilizada para diversos fins industriais (COSTA, 1970: 90; WIELGUS, 2008: 199-207). Suas folhas são desenhadas em porções lineares. As plantas geralmente possuem entre 30 cm e 4 metros, a depender da subespécie e das condições de cultivo. A canábis é também heliotrópica, ou seja, desenvolve-se melhor em espaços abertos diretamente sob a luz do sol (THOMAS, 2012: 2-4).

Classifica-se a *Cannabis* como herbácea anual: seu ciclo de vida (crescimento, reprodução e morte) se completa em um ano ou menos.

---

<sup>92</sup> No mesmo sentido: SCHULTES, 1970: 11-38; SMALL, 1972: 1947-1949; SMALL, 1975: 978-987; MAHLBERG, 2001: 17; SOUZA & RAYMUNDO, 2007: 23.

### 3.1.1 Taxonomia da *Cannabis*

O gênero mais comum das Canabiáceas é *Cannabis*<sup>93</sup> e não há consenso na comunidade científica sobre a classificação das espécies de *Cannabis* (SMALL, 1979: 5-6; HILLIG & MAHLBERG, 2004: 966; EMBODEN, 1981: 15-16). Pesquisadores disputam há anos a classificação das herbáceas em uma, duas ou três espécies (SCHULTES, et. ali., 1974: 337-338)<sup>94</sup>.

Por ora nenhuma corrente majoritária se estabeleceu, muito provavelmente porque esta disputa é também a respeito do conceito de *espécie*<sup>9596</sup>.

Neste trabalho optamos pela classificação da *Cannabis* em duas espécies: *Cannabis sativa* e *Cannabis indica* (LAMARCK, 1795: 694-695; EMBODEN, 1981: 16. A opção se justifica por razões didáticas, já que a *Cannabis* é comumente apresentada no Brasil como planta de duas espécies<sup>97</sup>.

Cabe apontar, contudo, que o Ministério da Saúde do Brasil parece adotar o sistema original de classificação da canábica, entendendo-a como planta de espécie única, a *Cannabis*

<sup>93</sup> O outro gênero da família das Canabiáceas é *Humulus*, cuja espécie mais conhecida é a *Humulus lupulus*, o lúpulo utilizado na produção de cerveja.

<sup>94</sup> O primeiro registro taxonômico da *Cannabis* foi feito por Carolus Linnaeus em 1793, que indicou a existência de apenas uma espécie do gênero *Cannabis*, a *Cannabis sativa*-L (SMALL & CRONQUIST, 1976: 406). Alguns anos depois Linnaeus enfrentou oposição de Jean-Baptiste de Lamarck, que defendia a classificação bipartida em duas espécies: *Cannabis sativa* e *Cannabis indica* (LAMARCK, 1795:694-695). No século XX, pesquisadores intensificaram os pleitos pela reclassificação das herbáceas para reconhecer a existência de mais de uma espécie (EMBODEN, 1981: 16). Há ainda quem reivindique o reconhecimento de uma terceira espécie: a *Cannabis ruderalis* (CALLAWAY & LAAKKONEN, 1996: 32-34; THOMAS, 2012: 2). A planta é originária das porções central e leste da Ásia, sendo há que documentação robusta sobre o cultivo de *Cannabis ruderalis* na Rússia para fins fabris e industriais. Estas plantas difeririam da *Cannabis sativa* e da *Cannabis indica* na quantidade de THC, relação THC/CBD, tamanho, velocidade e ciclo de florescimento (THOMAS, 2012: 4). A *Cannabis ruderalis* cresce em temperaturas mais frias do que as outras e resiste a condições que poderiam ser insustentáveis para as outras espécies.

<sup>95</sup> Cf., neste sentido: RIEGER, et. ali., 1991: 458-459. Os autores sugerem que o conceito de espécie seja: “grupos de populações que efetiva ou potencialmente se cruzam naturalmente e que são reprodutivamente isolados de outros grupos”. A despeito da tentativa de elaboração do conceito, os autores reconhecem que há um alto grau de abstração inerente que permeará o debate.

<sup>96</sup> Apesar da naturalidade da disputa teórico-conceitual sobre a definição de espécie, a taxonomia da *Cannabis* tem sido fortemente criticada na comunidade acadêmica. Argumenta-se que a correta classificação e compreensão das plantas canábicas foi negligenciada por muitos anos, implicando um repertório poroso de conhecimento que é cientificamente mais frágil do que o utilizado em outros aspectos da botânica. Neste sentido, cf: SCHULTES, et. ali., 1974: 337-367.

<sup>97</sup> Cf. SOUZA & RAYMUNDO, 2007: 23; FRANÇA, 2015: 8-10.

*sativum* ou *Cannabis sativa* L, que se subdivide em duas subespécies (*Cannabis sativa sativa* e *Cannabis sativa indica*) e múltiplas variedades<sup>98</sup>.

A Portaria do Ministério da Saúde nº 344/1998 arrola as substâncias controladas e especifica as substâncias de circulação proibida, em conformidade com o art. 1º da Lei nº 11.343/06. Dentre as “listas” de controle apresentadas pelo Ministério, a Lista-E arrola as “plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas”. Nela consta a inscrição da “*Cannabis sativum*“, apenas, sem qualquer outra referência, o que insinua uma adesão ministerial ao critério taxonômico original da planta, tal como apresentado por Linnaeus.

Inobstante o debate, as principais diferenças entre as duas (sub)espécies se apresentam em três aspectos: (i) dimensão das plantas, (ii) concentração de THC e relação CBD/THC e (iii) efeitos percebidos pelos usuários (GREEN, 2003: 13).

A *Cannabis sativa* tende a atingir maiores alturas, com menos ramos, dando origem a flores compridas e mais finas (SCHULTES, 1970: 24-26; THOMAS, 2012: 2-4). Já a *Cannabis indica* alcança menores alturas, com muitos ramos, geralmente criando formato cônico ou piramidal (GREEN, 2003: 13). Além disso, a *Cannabis indica* pode ter uma relação CBD/THC de 4 a 5 vezes maior que a *Cannabis sativa*. Isso significa que a *indica* possui concentração de THC nas porções consumíveis da planta de 4 a 5 vezes maior que a *sativa*.

A concentração de THC impacta diretamente a percepção dos efeitos pelos usuários: predomina na *Cannabis indica* a sensação inebriante de relaxamento, diretamente associada ao THC, ao passo na que na *Cannabis sativa* predomina a sensação muitas vezes descrita como “cerebral”, de equilíbrio entre estimulação e relaxamento (MCPARTLAND & RUSSO, 2001: 3-4).

A domesticação da canábis pelo homem permitiu o desenvolvimento de plantas híbridas, oriundas da fecundação entre plantas de espécies diferentes (THOMAS, 2012: 2-3). As plantas híbridas mesclam características das duas espécies de maneiras que só podem ser determinadas concretamente, considerando os tipos de semente e suas particularidades (SMALL, 1975: 978-982; VAN BAKEL et al. 2011: 12).

---

<sup>98</sup> Variedade aqui referida é uma categoria classificatória da biologia hierarquicamente inferior às subespécies. Ou seja: espécies dividem-se em subespécies; que se dividem em variedades.

No Brasil predomina o cultivo da *Cannabis sativa* e de plantas híbridas (FRAGA, 2006: 102; SOUZA & RAYMUNDO, 2007: 23). A *sativa* se adapta melhor ao clima tropical e cresce livre na natureza em altas temperaturas (THOMAS, 2012: 3).

### 3.2 O consumo da planta

Vimos que a resina com propriedades psicoativas extraída da *Cannabis* advém exclusivamente das flores fêmeas da planta (HILLIG & MAHLBERG, 2004: 967). Quando se está falando do consumo recreativo de canábis, refere-se ao consumo das flores fêmeas secas, *in natura*, ou de extratos da resina psicoativa das flores (BROWNLEE, 2003: 8-10).

A *Cannabis* secreta uma família única de compostos químicos terpeno-fenólicos chamados canabinoides, que são responsáveis pelas sensações experimentadas pelos usuários (ATANCE & RUIZ, 2000: 41-45). Os dois principais canabinoides produzidos são o  $\Delta^9$ -tetrahydrocannabinol (THC) e o canabidiol (CBD) (HILLIG & MAHLBERG, 2004: 968-970).

Apenas o THC apresenta propriedades psicoativas consideráveis (SMALL, 1975: 981-986; MCPARTLAND & RUSSO, 2001: 3; HILLIG & MAHLBERG, 2004: 968-970). O CBD é mais associado a propriedades terapêuticas da canábis e tende a atuar no sistema nervoso central através de estímulos fisiológicos (MCPARTLAND & RUSSO, 2001: 4).

Em 1988 a pesquisadora estadunidense Allyn Howlett divulgou a descoberta de milhões de células receptoras de THC no cérebro humano (THOMAS, 2012: 6), que foram chamadas de receptores endocanabinoides. Os receptores endocanabinoides são células nervosas que se encaixam no formato chave/fechadura à molécula de THC (ATANCE & RUIZ, 2000: 59-60). Quando encaixados, a molécula de THC ativa as células receptoras, desencadeando respostas neurais (PETROCELLI, et. ali., 2004: 765-769)<sup>99</sup>.

Os receptores endocanabinoides não estão presentes em todas as partes do cérebro. Concentram-se apenas nas regiões responsáveis pelo pensamento, memória, movimento e emoção, mas não são encontrados nas regiões do cérebro responsáveis por funções involuntárias, como respiração e circulação sanguínea (THOMAS, 2012: 6)<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Para mais informações sobre o sistema endocanabinoide, cf.: HOWLETT, et. ali., 2004: 345-358; HOWLETT & MUKHOPADHYAY, 2005: 2016-2024.

<sup>100</sup> Howlett et. ali. (2004: 346-348) ressalta que o sistema endocanabinoide interage também com substâncias endógenas, produzidas pelo próprio corpo. Há uma série de moléculas sintetizadas pelo próprio corpo que se



O THC possui baixa toxicidade: a psicoativação é promovida sem afetar as funções primordiais responsáveis pela homeostase do corpo humano (HOWLETT, et. ali., 2004: 347). Além disso, os aspectos biomoleculares da absorção do THC pelas células receptoras específicas implicam a não destruição das células receptoras, que retornam ao seu estado de inativação após a metabolização da molécula de THC a que estava acoplada (HOWLETT & MUKHOPADHYAY, 2005: 2020-2024).

Muito embora praticamente todo o THC da *Cannabis* concentre-se na resina produzida pela flor fêmea (THOMAS, 2012: 5), o canabinoide pode ser encontrado em pequenas quantidades em praticamente todas as partes da planta (MAHLBERG & KIM, 2001: 3; HILLIG & MAHLBERG, 2004: 971-975).

Dois fatores, contudo, impedem com que se consuma o THC presente em outras partes da canábis que não sua flor: a ínfima quantidade passível de ser extraída e a biodisponibilidade inferior do THC que não se encontra na resina da flor (MAHLBERG & KIM, 2001: 3-4). Ou seja, não só a concentração de THC no resto da planta é extremamente baixa, mas também a forma pela qual o canabinoide se apresenta no vegetal dificulta sua absorção e compromete os efeitos psicoativos desejados.

Para fins recreativos, portanto, as flores fêmeas da planta *in natura* e a resina da flor é que são consumidas. Costuma-se referir às flores secas da *Cannabis* prontas para consumo como “maconha” e à resina da flor como “haxixe” (SOUZA & RAYMUNDO, 2007: 25).

Ambos são consumíveis primordialmente através da combustão, ou seja, são preferivelmente fumados. Enquanto a maconha é consumida quase sempre *in natura*, o consumo do haxixe demanda um procedimento para separar a resina da flor e extrair dela o THC (COSTA, 1970: 90-95; SOUZA & RAYMUNDO, 2007: 25). Prontos para consumo, tanto a maconha quanto o haxixe podem ser fumados como cigarros ou através da utilização de apetrechos específicos para consumo de fumo de qualquer tipo – cachimbos e *bongs* sendo os mais comuns.

---

encaixam nos receptores canabinoides e os ativam. Ou seja, é um sistema que opera junto a diversos tipos de canabinoides, mas prefere o funcionamento junto ao THC, cuja molécula encaixa-se perfeitamente à célula receptora.

### 3.3 O cultivo da planta

Estas peculiaridades da canábis e do seu consumo impactam diretamente a forma pela qual o homem domesticou a planta. O cultivo de canábis para fins recreativos é particularmente especial.

Dissemos que a *Cannabis* é altamente resistente e costuma se desenvolver mesmo enfrentando adversidades em ambientes hostis (THOMAS, 2012: 2-3). Não obstante, o cultivo da canábis para fins recreativos demanda cuidado para que a composição do plantio seja majoritariamente de plantas fêmeas – afinal, as flores fêmeas secas e a resina nelas produzida é que serão consumidas.

A *Cannabis* pode ser cultivada tanto em ambientes sem luz solar (cultivo *indoor*) como em ambientes abertos diretamente sob a luz do sol (cultivo *outdoor*)<sup>101</sup>. A planta desenvolve-se melhor, em tese, em locais abertos, em contato direto com a natureza, sobretudo em regiões quentes e úmidas, com solos férteis (THOMAS, 2012: 11-12).

Cinco fatores ecológicos interferem no desenvolvimento da canábis independentemente do tipo de plantio que se tem (COSTA, 1970: 6; THOMAS, 2012: 13): (i) quantidade de luz no espectro correto; (ii) água na temperatura correta; (iii) balanceamento dos nutrientes no solo (fertilidade) e pH; (iv) concentração de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) no ar; (v) umidade e temperatura do ar.

Nos cultivos *indoor* busca-se basicamente reproduzir artificialmente o ambiente natural em que a *Cannabis* possui desenvolvimento ótimo. A luz solar é substituída pela luz de refletores específicos para horticultura; a umidade e a temperatura do ar são controladas por equipamentos como aquecedores, ventiladores, desumidificadores; a concentração de CO<sub>2</sub> pode ser aumentada ou diminuída com emissores de dióxido de carbono; e os nutrientes são fornecidos às plantas através dos fertilizantes utilizados na preparação do solo (GREEN, 2011: 73-74; THOMAS, 2012: 15).

A escolha do local de cultivo é sempre feita considerando os cinco fatores ecológicos que impactam o desenvolvimento da *Cannabis*. Tanto em plantios abertos como em fechados, estes fatores devem ser manipulados ao longo de todo o ciclo de vida da planta.

---

<sup>101</sup> Para os fins deste trabalho nos utilizaremos desta diferenciação entre os cultivos *indoor* e *outdoor*: a exposição das plantas à luz solar ou não.

O ciclo de vida da *Cannabis* completa-se necessariamente em um ano, sendo mais frequente a duração entre 4 a 8 meses. Geralmente apresentam-se três fases do ciclo da canábis: germinação, vegetação e floração (GREEN, 2011: 290-300).

A germinação é o processo inicial do crescimento da planta, a partir de sua semente. Geralmente dura entre 15 e 20 dias, nos quais são fornecidos os nutrientes para que a semente comece a desenvolver a estrutura vital da planta.

A vegetação começa à medida que as primeiras folhas da planta começam a se desenvolver. Neste estágio há o crescimento das raízes e folhas e a fortificação dos caules. O período de vegetação pode durar de 2 a 6 meses, a depender do tipo de cultivo, variedade das sementes e do controle dos fatores ecológicos determinantes. Neste período recomenda-se que a planta receba 16 horas de luz e 8 horas de escuridão total por dia (THOMAS, 2012: 180).

Por fim, o último estágio é o da floração. Como o nome sugere, nele há o desenvolvimento das flores da *Cannabis* e o amadurecimento da planta. Possui duração de 2 a 4 meses, a depender do controle dos fatores e da variedade de semente, recomendando-se oferecer à planta 12 horas de luz e 12 horas de escuridão total (THOMAS, 2012: 181).

É apenas no período de floração que se consegue distinguir definitivamente o sexo das plantas; antes disso a tarefa só pode ser executada com sucesso por geneticistas e botânicos experientes. Por essa razão, costuma-se germinar plantas adicionais para o caso de uma parte considerável do cultivo ser composta de ervas macho, que não florescerão (GREEN, 2011: 306).

Depois do florescimento total a resinação se completa, sendo possível colher os chamados “*buds*” (as flores resinadas) (GREEN, 2011: 78-80; THOMAS, 2012: 16-18). As flores fêmeas resinadas podem ser submetidas ao processo de “secagem e cura” ou podem ser utilizadas para extrair haxixe e seus derivados.

A secagem dura em média duas semanas. Na colheita, as plantas de canábis são arrancadas de sua base e o processo de secagem é geralmente feito pendurando as plantas de ponta cabeça em locais escuros (THOMAS, 2012: 260-262).

As flores secas são então submetidas ao processo de “cura”, que consiste no seu repouso em recipientes lacrados, distante de luz. O objetivo dessa etapa final do cultivo é aumentar ligeiramente a concentração de THC na flor e melhorar a biodisponibilidade dos canabinoides (GREEN, 2011: 365-368).

É também possível extrair a resina das flores fêmeas frescas – o haxixe - por processos bastante variados, que vão da fermentação alcoólica à extração manual

(MECHOULAM & GAONI, 1967: 175-176; COSTA, 1970: 93; CLARKE, 1998; POTTER et ali., 2011: 2). Geralmente o haxixe apresenta concentração maior de THC por grama de massa, sendo consumido em menores quantidades e misturado a tabaco ou outros fumos comerciais secos (REINHARDT & MIDIO, 1993: 55-61; SOUZA & RAYMUNDO, 2007: 25).

Muito embora o controle dos fatores ecológicos que impactam a *canábis* seja a principal habilidade a ser desenvolvida por qualquer cultivador, a escolha do tipo do plantio (*indoor* ou *outdoor*) por si só afeta: (i) o tamanho e as dimensões das plantas; (ii) a duração do seu ciclo de vida; (iii) quantidade de flores produzidas na etapa de floração; e (iv) concentração de THC nas flores (AMADUCCI, 2008: 162; THOMAS, 2012: 2; 280-282).

É mais comum que o desenvolvimento da *Cannabis* seja otimizado em ambientes abertos, com seu cultivo *in natura*, considerando os fatores ecológicos que influenciam o crescimento. Em tese, se garantirmos as mesmas condições ótimas para cultivo *indoor* e *outdoor*, sementes da mesma variedade podem dar ensejo a plantios com características bastante distintas, sendo o *outdoor* maior, mais robusto e com plantas mais concentradas em THC<sup>102</sup>.

O cultivo *indoor*, no entanto, pode ser incrementado e aprimorado com técnicas avançadas de plantio e materiais bastante específicos para o desenvolvimento da *Cannabis*. Em grande medida, as diferentes experiências europeias com o afrouxamento da proibição do consumo de maconha permitiram o desenvolvimento muito rápido de técnicas cada vez mais avançadas de cultivo *indoor* (BONE & WALDRON, 1997: 124; VANHOVE et ali., 2011).

É importante dizer que não é possível determinar a capacidade produtiva<sup>103</sup> de um cultivo *indoor* ou *outdoor* de antemão. Plantios *outdoor* não são necessariamente mais produtivos ou melhores de qualquer forma que plantios *indoor*. A capacidade de controle dos

---

<sup>102</sup> Afirmamos em tese porquanto há registros de que o aprimoramento das técnicas e tecnologias de cultivo *indoor* possibilitou o desenvolvimento de plantas mais produtivas, com maiores concentrações de canabinoides nas flores e sua resina (LEGGETT, 2006: 23). Com o avanço tecnológico e o aumento da produção científica sobre o assunto, cada vez mais é possível controlar os fatores ecológicos do cultivo, otimizando a produção de maconha e incrementando sua qualidade (TOONEN et ali., 2006: 1050-1054).

<sup>103</sup> Capacidade produtiva aqui será entendida como a capacidade das plantas de *canábis* de florescimento completo, ou seja, capacidade das plantas de produzirem flores após o final do seu ciclo de germinação. No contexto da produção agrícola, a capacidade produtiva do cultivo é influenciada por inúmeros fatores, incluindo fatores ecológicos, a individualidade biológica das plantas e a capacidade produtiva do solo (MERTEN & MINELLA, 2012: 1575-1582). No contexto deste trabalho, a capacidade produtiva do cultivo de *canábis* determina a quantidade de “maconha” (ou seja, de flores secas da *Cannabis*) que poderá ser extraída ao final do ciclo de plantio. Isso é particularmente importante na tipificação do cultivo para consumo e, como veremos, especialmente negligenciado na doutrina penal e nos tribunais pátrios.

fatores ecológicos do desenvolvimento da herbácea é o que determina a produtividade e a qualidade do cultivo (MEIER & MEDIAVILLA, 1998: 16-20; VANHOVE et ali., 2011)

A experiência holandesa foi especialmente importante nesse aspecto. O sistema de *coffee shops* criado legalizou a comercialização da maconha, o que imediatamente gerou um incentivo para melhorar a qualidade dos plantios e das substâncias a serem consumidas (PIJLMAN, 2005: 171-180)<sup>104</sup>.

O cultivo da *Cannabis* para fins recreativos é, portanto, bastante complexo. Há muitas variáveis envolvidas que impactam diretamente a capacidade de produção de substâncias psicoativas a partir da canábis. Cultivar a planta para produzir a “maconha” ou o “haxixe” não é tarefa fácil, muito menos barata e acessível.

---

<sup>104</sup> Para mais informações sobre a experiência holandesa e o modelo dos *coffee-shops*, cf.: BOEKHOUT VAN SOLINGE, 1999: 511-528; MACCOUN & REUTER, 2001: 123-128.

#### **4. RESULTADOS DA PESQUISA EMPÍRICA**

Vimos até aqui que a redação dos artigos 28 e 33 da Lei nº 11.343/06 manteve a imensa dificuldade de diferenciação das condutas que compõem os núcleos dos dois tipos penais. Os dispositivos foram redigidos de forma praticamente idêntica aos artigos 12 e 16 da Lei nº 6.368/76, mantendo os mesmos verbos que descrevem os núcleos dos tipos penais de tráfico de drogas e uso pessoal. Os núcleos dos tipos estão descritos na Tabela 1:

|                              | Lei nº 6.368/1976  | Lei nº 11.343/2006  |
|------------------------------|--|---|
| Tráfico                      | <p>Art. 12. <u>Importar</u> ou <u>exportar</u>, <u>remeter</u>, <u>preparar</u>, <u>produzir</u>, <u>fabricar</u>, <u>adquirir</u>, <u>vender</u>, <u>expor à venda</u> ou <u>oferecer</u>, <u>fornecer</u> ainda que gratuitamente, <u>ter em depósito</u>, <u>transportar</u>, <u>trazer consigo</u>, <u>guardar</u>, <u>prescrever</u>, <u>ministrar</u> ou <u>entregar</u>, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;</p> <p>Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.</p> | <p>Art. 33. <u>Importar</u>, <u>exportar</u>, <u>remeter</u>, <u>preparar</u>, <u>produzir</u>, <u>fabricar</u>, <u>adquirir</u>, <u>vender</u>, <u>expor à venda</u>, <u>oferecer</u>, <u>ter em depósito</u>, <u>transportar</u>, <u>trazer consigo</u>, <u>guardar</u>, <u>prescrever</u>, <u>ministrar</u>, <u>entregar</u> a consumo ou <u>fornecer drogas</u>, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;</p> <p>Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.</p> |
| Plantio para fins de tráfico | <p>Art. 12 (...)</p> <p>§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:</p> <p>II - <u>semeia</u>, <u>cultiva</u> ou <u>faz a colheita</u> de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.</p>  | <p>Art. 33 (...)</p> <p>§1º Nas mesmas penas incorre quem:</p> <p>II - <u>semeia</u>, <u>cultiva</u> ou <u>faz a colheita</u>, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;</p>   |
| Porte para consumo           | <p>Art. 16. <u>Adquirir</u>, <u>guardar</u> ou <u>trazer consigo</u>, <i>para o uso próprio</i>, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;</p> <p>Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.</p>   | <p>Art. 28. Quem <u>adquirir</u>, <u>guardar</u>, <u>tiver em depósito</u>, <u>transportar</u> ou <u>trouxeu consigo</u>, <i>para consumo pessoal</i>, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:</p> <p>I - advertência sobre os efeitos das drogas;</p> <p>II - prestação de serviços à comunidade;</p> <p>III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.</p>  |
| Plantio para consumo         | _____  | <p>Art. 28 (...)</p> <p>§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, <u>para seu consumo pessoal</u>, <u>semeia</u>, <u>cultiva</u> ou <u>colhe</u> plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.</p>   |

Tabela 01: núcleos dos tipos penais previstos na Lei 6.368/76 e na Lei 11.343/06

O §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06 confere expressamente ao juiz a atribuição de “determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal”, limitando-se, porém, a dizer que deverão ser consideradas “a natureza e quantidade da substância”, o “local e as condições da ação”, as “circunstâncias sociais e pessoais do agente”, bem como seus “antecedentes”.

O cultivo de plantas para preparação de drogas para consumo próprio recebeu tratamento normativo nos mesmos moldes que o porte de drogas para consumo. Nos termos do art. 28, §1º, da Lei de Drogas, o plantio destinado à produção de pequena quantidade de droga para consumo pessoal é punível da mesma forma que o porte de drogas para consumo, ou seja, sem previsão de pena de prisão. A lei estabelece que também nos casos de cultivo caberá ao juiz determinar a sua finalidade (se para consumo ou para fins de fornecimento a terceiros) tendo em vista os elementos previstos no §2º do art. 28.

Vale destacar que, enquanto a Lei nº 11.343/06 refere-se em abstrato a “*plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica*”, no Brasil a discussão sobre plantio é praticamente inteira a respeito de cultivo de canábis. Praticamente porque é impossível afirmar que não há nenhum caso no país de plantio de outro tipo de vegetal destinado à preparação de outras drogas – um plantio de *coca*, por exemplo. Ao contrário: recentemente a mídia tem noticiado a existência de plantações de *coca* encontradas na região amazônica, sobretudo perto da fronteira com o Peru<sup>105</sup>, indicando que talvez esta seja uma questão que pode chegar ao Judiciário a qualquer momento.

No contexto da política de drogas brasileira, portanto, o juízo do magistrado na determinação da finalidade da posse ou do plantio de drogas é especialmente importante. A tipificação da conduta do indivíduo é determinante no curso do processo penal e influencia bruscamente no grau de intervenção na liberdade do indivíduo.

Há ao menos duas consequências principais decorrentes da tipificação do plantio: uma delas é processual, que afeta aspectos do processo penal contra o indivíduo, e outra delas diz respeito à sanção aplicável.

Na dimensão das consequências processuais, a tipificação do cultivo para consumo próprio determina procedimentos distintos que deverão ser adotados na persecução penal e influencia em quatro aspectos: (a) estabelecimento do juízo competente e do procedimento

---

<sup>105</sup> Neste sentido, cf.: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/12/exercito-teme-que-plantacao-de-coca-do-peru-transborde-para-o-brasil.html>; <http://amazoniareal.com.br/plantios-de-coca-ameacam-floresta-amazonica-na-fronteira-do-brasil/>; [http://acritica.uol.com.br/noticias/Manaus-amazonas-amazonia\\_0\\_771522849.html](http://acritica.uol.com.br/noticias/Manaus-amazonas-amazonia_0_771522849.html)



aplicável; (b) possibilidade de aplicação de medidas alternativas ao processo penal e à prolação de sentença; e (c) possibilidades de prisão em flagrante e prisão temporária; e (d) possibilidade de concessão de anistia, graça e indulto.

Em primeiro lugar, a tipificação determina a competência do juízo responsável pelo processo penal. Isso porque, nos termos do art. 48, §1º, da Lei nº 11.343/06<sup>106</sup>, aos crimes de porte e plantio para consumo (art. 28) aplica-se o procedimento previsto nos arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099/95<sup>107</sup>, de competência dos Juizados Especiais Criminais (JECrim)<sup>108</sup>. O cultivo para fins de tráfico tem pena máxima de 15 anos e, portanto, não é qualificado como crime de menor potencial ofensivo. Em razão disto, o processo penal segue o rito ordinário do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41)<sup>109</sup> perante a Justiça Comum.

Em segundo lugar, o procedimento especial do JECrim não só é formatado nos moldes de um rito sumaríssimo como também abarca algumas figuras processuais específicas que se destinam a substituir a prolação de uma sentença criminal por medidas alternativas.

As duas principais figuras processuais são a transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95<sup>110</sup>) e a suspensão condicional do processo (art. 89<sup>111 112</sup>).

<sup>106</sup> “Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.”

<sup>107</sup> “Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.”

“Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

<sup>108</sup> Os JECrim são juízos especiais criados para fornecer uma abordagem criminal alternativa aos casos de menor potencial ofensivo, dirigida por um rito sumaríssimo e pautada pela informalidade e celeridade enquanto princípios norteadores do processo. Nos termos do art. 62 da Lei nº 9.099/95, “o processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”.

<sup>109</sup> Neste trabalho utilizaremos a sigla “CPP” para nos referir ao Código de Processo Penal de 1941.

<sup>110</sup> “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

A transação penal consiste na possibilidade de aplicação imediata da pena não restritiva de liberdade determinada em sentença proferida em rito sumaríssimo, com o fim de evitar a condenação criminal. Aceita a transação penal, a ação penal é extinta e desconsiderada para todos os fins criminais. A sentença que aplica a proposta de transação penal não é considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, sendo relevante apenas para determinar a possibilidade de aplicação futura do mesmo benefício, nos termos do que dispõe o §4º do art. 76<sup>113</sup>.

A suspensão condicional do processo é cabível nos casos em que o crime processado tem pena mínima não superior a 1 ano. Consiste basicamente no estabelecimento de um período de 2 a 4 anos para que o acusado cumpra determinadas obrigações fixadas na sentença e, ao final do período *probatório*, caso os deveres tenham sido fielmente cumpridos, é declarada extinta a punibilidade e o processo penal é encerrado. Trata-se também de alternativa à aplicação da sentença cuja possibilidade de oferecimento dependerá da tipificação da conduta.

---

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

<sup>111</sup> “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.”

<sup>112</sup> Vale destacar que a suspensão condicional do processo não é figura processual exclusiva dos procedimentos especiais do JECrim. É cabível em todos os processos sobre infrações penais cuja pena mínima fixada em lei não é superior a um ano, como determina o art. 89 da Lei nº 9.099/95.

<sup>113</sup> Cf. nota 14, supra.

A possibilidade de oferecimento da transação penal e da suspensão condicional do processo é, portanto, cabível apenas nos casos em que a conduta for tipificada como plantio para consumo. Caso seja tipificada como plantio para fins de tráfico, afasta-se a competência dos JECrim e impede-se o oferecimento de medidas processuais alternativas.

Em terceiro lugar, a tipificação afeta as possibilidades de prisão do indivíduo. Nos termos do §2º do art. 48 da Lei de Drogas, “tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários”.

Na dimensão das sanções aplicáveis, a tipificação do plantio determinará se é o caso de fixação de penas alternativas (caso de tipificação no art. 28, §1º, como plantio para consumo) ou se é o caso de fixação de pena de prisão de 5 a 15 anos (caso de tipificação no art. 33, como plantio para fins de tráfico)<sup>114</sup>. Nesse aspecto, portanto, a diferenciação é extremamente relevante, sendo certo que a tipificação conduz a consequências penais absolutamente distintas nos dois casos.

Além disso, o art. 44 da Lei de Drogas dispõe que “os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. Ainda, o art. 1º, III, *n*, da Lei nº 7.960/89 (Lei da Prisão Temporária) estabelece que a prisão temporária é admitida “*quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado*” no crime de tráfico de drogas.

No plano teórico, os delitos de plantio para tráfico e para consumo são comumente classificados como sendo de perigo abstrato<sup>115</sup>. Há muita controvérsia dogmática a respeito desta modalidade de delito. Tavares (2003: 226) sugere que, à luz de uma Teoria do Delito entrelaçada com a dogmática dos direitos fundamentais, os acusados pelo cometimento deste

---

<sup>114</sup> O §4º do art. 33 da Lei de Drogas estabelece a possibilidade de redução de um sexto a dois terços das penas aplicáveis às situações de tráfico (porte e plantio) “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Isso significa que a pena de 5 anos (60 meses) prevista no *caput* do art. 33 pode ser reduzida para até 1 ano de 8 meses (20 meses).

<sup>115</sup> De modo geral, podemos definir os crimes de perigo abstrato como sendo delitos cuja tipicidade prescinde da demonstração de qualquer perigo empírico de lesão concreta ou comprometimento do bem jurídico tutelado pelo tipo (RODRIGUEZ, 1993: 131-135). Sobre o conceito de crimes de perigo abstrato, cf: MENDONZA, 2001: 91-338; MOREIRA DE OLIVEIRA, 2004; BOTTINI, 2007; GRECO, 2011.

tipo de delito podem construir sua defesa com base inexistência empírica de qualquer perigo decorrente da conduta. Tavares traça aí uma distinção entre crimes de mera conduta e crimes de perigo abstrato. O autor argumenta que nem sempre estas ideias serão correspondentes (PIMENTEL, 1975: 64; SILVEIRA, RMJ, 2006: 126-127), contrapondo-se ao entendimento de Jescheck (2002: 283).

Além disso, parte da doutrina penal também argumenta que os crimes de perigo abstrato podem implicar violação ao princípio da lesividade. A exigência real de eficácia lesiva é pressuposto da antijuridicidade material. A periculosidade quando não abarcada pelo dolo pode implicar violação ao princípio da lesividade e da responsabilidade subjetiva (MONTAÑES, 2004: 281-292; SILVEIRA, RMJ, 2006: 126-127; 133-141).

Para enfrentar dogmaticamente os problemas relativos às concepções clássicas dos crimes de perigo abstrato, algumas propostas têm ganhado força na doutrina penal. Roxin (1997: 409-410) sugere uma reinterpretação da gramática dos crimes de perigo: devemos deslocar a discussão sobre perigo para a esfera da justificação político-moral-social da tipificação penal, no âmbito da criação das normas jurídicas e da atividade legiferante. Roxin sugere uma concepção dogmática dos crimes de perigo como sendo relativos à violação de deveres de cuidado.

No mesmo sentido, Corcoy (1999: 40-49; 200-218) argumenta que os crimes de perigo abstrato podem ser compreendidos à luz da teoria dos riscos permitidos e proibidos (WELZEL, 1971: 13-43; JAKOBS, 1997: 325-327; ROXIN, 2004: 260-261; 268-269; ROXIN, 2009: 37-61): o “perigo abstrato” pode ser compreendido como a criação de riscos proibidos ou violação de dever de cuidado que implica assunção de riscos proibidos.

As concepções de Roxin e Corcoy parecem conseguir identificar as similitudes entre os crimes que entendemos ser de “perigo abstrato”, reformulando a teoria do bem jurídico à luz da sociedade de risco (CASABONA, 2005: 90-121). Parece haver uma tendência dos sistemas penais contemporâneos a focalizar cada vez mais os riscos, direitos e deveres, e menos os resultados. No contexto deste trabalho, entendemos que este arcabouço teórico permite a melhor compreensão do regime jurídico dos crimes de drogas.

#### 4.1 Algumas considerações sobre os acórdãos anteriores à Lei nº 11.343/06

Foram lidos e fichados 67 acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo proferidos antes do dia 08 de outubro de 2006, data em que a Lei nº 11.343/06 entrou em vigor. O acórdão mais antigo disponibilizado no repertório online de jurisprudência do TJSP foi julgado em 03/11/1997 e o último acórdão julgado antes da vigência da nova Lei de Drogas foi julgado em 25/09/2006. O universo de análise desta pesquisa, portanto, é composto acórdãos proferidos em um período de oito anos e onze meses.

Todos estes casos foram julgados à luz dos dispositivos da Lei nº 6.368/76. Em especial, a tipificação do cultivo de canábis remete aos artigos 12, §1º, II<sup>116</sup> e 16<sup>117</sup> da lei. A figura do cultivo de plantas para preparação de drogas era tipificada expressamente pela lei apenas no art. 12, §1º, II, sendo-lhe atribuída a mesma pena aplicável ao tráfico de drogas. O delito de porte para consumo era tipificado no art. 16 da lei sem qualquer referência ao cultivo.

Diante deste repertório normativo, três entendimentos principais sobre a interpretação dos dispositivos da Lei nº 6.368/76 eram apresentados pela doutrina (JESUS, 2010: 49; GOMES, 2006: 130; FREITAS JÚNIOR, 2006: 42-43).

O primeiro deles defendia uma interpretação dos dispositivos de modo a entender que qualquer situação de cultivo de plantas destinadas à preparação de drogas deveria ser tipificada como tráfico de drogas, incidindo o disposto no art. 12, §1º, II da lei (FREITAS JÚNIOR, 2006: 43; JUNQUEIRA, 2013: 222). Assim, independentemente de qualquer

---

<sup>116</sup> “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.”

<sup>117</sup> “Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.”

característica do plantio ou do agente, todo cultivador deveria ser tipificado como traficante. Este primeiro entendimento prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça<sup>118</sup>.

O segundo entendimento foi construído a partir da ideia de que o direito penal admite excepcionalmente a *analogia in bonam partem* em benefício do réu (ROXIN, 2007: 158; MIR PUIG, 2007: 292-296)<sup>119</sup>. O argumento é o de que diante de uma lacuna normativa é admitido ao operador do direito promover a aplicação analógica de dispositivos em favor do réu (MIRABETE & FABRINI, 2010: 30; PRADO, 1996: 541-548).

Tendo em vista que a Lei nº 6.368/76 tipificou a figura do cultivo em um parágrafo dentro de um artigo, parte da doutrina penal entendeu que os dispositivos (art. 12 *caput* e §1º, II) deveriam ser interpretados conjuntamente. Assim, a tipificação do plantio enquanto modalidade do tráfico de drogas dependeria necessariamente da comprovação do dolo específico de destinação da droga a fornecimento para terceiros. Não bastaria, portanto, a atribuição do plantio ao agente. Seria necessário comprovar que o plantio se destinava a fornecimento para terceiros.

Este entendimento parte da premissa de que o dolo específico compõe o elemento subjetivo do tipo penal do tráfico de drogas. Desta forma, se é exigida a finalidade de fornecimento a terceiros para caracterizar o tráfico na modalidade porte, deve-se exigir a mesma finalidade para caracterizar o tráfico na modalidade plantio.

De outro lado, se não se comprovar a destinação a terceiros ou, ao contrário, se for comprovado que o plantio se destina a consumo próprio, deve-se aplicar analogicamente o disposto no art. 16 da Lei nº 6.368/76, tipificando-se a conduta como porte para consumo

---

<sup>118</sup> Neste sentido, conferir os seguintes precedentes da Quinta e da Sexta Turma do STJ:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 47.495. Origem: Tribunal de Justiça de Tocantins. Quinta Turma. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, julgamento em 13/12/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 509.959. Origem: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quinta Turma. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, julgamento em 06/05/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 316.617. Origem: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, julgamento em 26 de novembro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 401.184. Origem: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sexta Turma. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, DF, julgamento em 14 de outubro de 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 210.484. Origem: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sexta Turma. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, julgamento em 10 de abril de 2001.

<sup>119</sup> Sobre a analogia em benefício do réu, Mir Puig (2005: 125) adverte: “Quando favorecer o réu (*analogia in bonam partem*) não chocará, ao contrário, com o sentido de limite garantidor que possui o texto legal: esse limite só busca garantir ao cidadão que não poderá ser afetado por uma pena que não estava prevista na letra da lei, e não que não possa ser menos punido, ou até isento de pena, se a lei não o previr literalmente” (tradução livre). A *analogia in bonam partem*, nesse sentido, opera como uma ampliação da área de proteção do princípio fundamental *nulla poena sine lege*. A garantia da literalidade da lei penal só pode ser flexibilizada quando a analogia ampliar o seu escopo.

peçoal. Daí a *analogia in bonam partem*: se a lei distingue a tipificação dos casos de porte de drogas a partir da finalidade, o mesmo deve ser feito para distinguir os casos de plantio, que são nada menos que uma modalidade específica de porte.

Muito embora essa interpretação tenha sido bastante contemplada no âmbito das Justiças Estaduais<sup>120</sup>, a orientação majoritária do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de reconhecer ser prescindível a comprovação da finalidade específica de tráfico nos casos de cultivo<sup>121</sup>.

Por fim, um terceiro entendimento também foi defendido na doutrina e nos tribunais brasileiros. Esta terceira corrente defende que o plantio para consumo pessoal era figura materialmente atípica sob a égide da Lei nº 6.368/76 (JESUS, 2001: 50; CAPEZ, 2006: 702). O argumento também parte da premissa de que o plantio a que se refere o art. 12, §1º, II da lei é uma modalidade específica de tráfico de drogas, exigindo-se para sua tipificação a comprovação da existência do elemento subjetivo do tipo, qual seja a finalidade de fornecimento da droga a terceiros.

No entanto, escorados no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal<sup>122</sup> e no art. 1º do Código Penal<sup>123</sup> os patronos desta terceira corrente argumentam que não é possível aplicar a *analogia in bonam partem* às normas incriminadoras porque apenas a lei pode tipificar um

<sup>120</sup> Marcão (2004: 218-219) afirma que esse segundo entendimento foi o que prevaleceu, de modo geral, nos tribunais brasileiros: “É majoritária a corrente jurisprudencial que, a despeito da omissão da Lei n. 6.368/76, que não prevê no art. 16 as condutas de semear, cultivar ou colher para uso próprio, plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica, entende ser aplicável a interpretação *in bonam partem*, ampliando o alcance da norma”. No mesmo sentido, cf. ANDREUCCI, 2007: 48.

<sup>121</sup> Houve, no entanto, ao menos uma oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou em favor da possibilidade de aplicação analógica do art. 16 da Lei nº 6.368/76 aos casos de cultivo para consumo pessoal. Neste sentido, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 60.674. Origem: Tribunal de Justiça do Paraná. Sexta Turma. Relator: Ministro Luiz Vicente Chericchiaro. Brasília, DF, julgamento em 15 de agosto de 1995. Vale a informação: este precedente do STJ foi julgado pela Sexta Turma, que acabou mudando seu entendimento após os anos 2000. Em 1995, quando do julgamento do Recurso Especial nº 60.674, participaram da sessão e acompanharam o relator os Ministros Vicente Leal, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago. Os Ministros Maciel e Santiago aposentaram-se em novembro de 1998 e o Ministro Chericchiaro aposentou-se em 02/08/1999. Em 2001 a composição da Sexta Turma havia mudado completamente: passaram a integrá-la os Ministros Felix Fisher, Hamilton Carvalhido e Paulo Medina, que capitanearam a mudança de orientação da Turma a respeito da interpretação do art. 12, §1º, II, da Lei nº 6.368/76.

<sup>122</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”

<sup>123</sup> “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

crime (ARÁN & CONDE, 2000: 132-133; HASSEMER, 2005: 353; ROXIN, 2007: 149)<sup>124</sup>. Assim, considerando que a tipificação do plantio para fins de tráfico exigiria a comprovação do dolo específico de destinação a terceiros, o plantio para consumo próprio seria fato atípico.

À luz destes três entendimentos avaliamos ser importante para a pesquisa investigar concretamente como os magistrados os interpretavam e os aplicavam durante a vigência da Lei nº 6.368/76. Afinal, além de aspectos teóricos, como o cabimento ou não da *analogia in bonam partem* com relação às normas que criam tipos penais, a finalidade do cultivo se mostrou um fator relevante na aplicação da lei. E é, grosso modo, justamente isso que esta pesquisa se dispõe a investigar: o que determina se o cultivo é destinado ao tráfico ou ao consumo pessoal?

Desta forma, buscamos identificar nas 67 decisões lidas qual o entendimento manifestado pelos juízes sobre a interpretação dos artigos 12, §1º, II e 16 da Lei nº 6.368/76. Além disso, buscamos identificar nos casos em que as duas últimas correntes predominaram quais os elementos foram utilizados pelos magistrados na fundamentação das decisões que tipificavam determinada situação de plantio como tráfico de drogas ou como porte para consumo.

#### 4.2 Algumas considerações sobre os acórdãos posteriores à Lei nº 11.343/06

Foram lidos 68 acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo entre 31/10/2006 e 24/11/2014, período imediatamente posterior à entrada em vigor da Lei nº 11.343/06. Seleccionamos, portanto, decisões proferidas em um período de oito anos e um mês. Muito embora a seleção do *corpus* empírico da pesquisa tenha sido feita em fevereiro de 2015, não encontramos no repertório online do TJSP acórdãos proferidos no interregno entre novembro de 2014 e a data de download das decisões que enfrentavam diretamente a

---

<sup>124</sup> A esse respeito, a advertência de Roxin (2007: 149) é importante: “Ao contrário, a aplicação do Direito à margem do marco da regulação legal (*praeter legem*), ou seja, uma interpretação que já não está coberta pelo sentido literal possível de um preceito penal, constitui uma analogia fundamentadora da pena, e, portanto, é inadmissível” (tradução livre). Ou seja, se a letra da lei gera dúvida sobre a existência de um tipo penal, não é possível a *analogia* para criação de outro tipo penal correlato, ainda que possua pena mais branda. A dúvida sobre a existência de um tipo penal conduz à atipicidade, razão pela qual a aplicação de analogia com relação às normas incriminadoras geraria um efeito prejudicial ao réu, não benéfico (HASSEMER, 2005: 353). Este entendimento conflita diretamente com a interpretação majoritária de que a tipificação do plantio para consumo por analogia, sob a égide da Lei nº 6.368/76, era cabível.



problemática central desta pesquisa. Por esta razão o acórdão mais recente analisado é de novembro de 2014.

Conquanto todos os acórdãos tenham sido proferidos após a entrada em vigor da Lei nº 11.343/06, em parte deles a tipificação penal do cultivo de canábis foi feita com base nos dispositivos da Lei nº 6.368/76, complementados principalmente pelo disposto no §2º do art. 28 da nova lei de drogas. Isto pode ser explicado pelo fato de que boa parte dos acórdãos proferidos após a lei julgou condutas que ocorreram durante o período de vigência da Lei nº 6.368/76. *A priori*, a lei de regência do fato é a que estava vigente na época da sua ocorrência.

É verdade que a nova lei criou a figura do consumo compartilhado de drogas (§3º do art. 33 da Lei nº 11.343/06), à qual se estabeleceu pena menor, de 6 meses a 1 ano de detenção mais multa, e também criou a possibilidade de redução de 1/6 a 2/3 da pena para o tráfico de drogas “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa” (§4º do art. 33 da lei).

A figura do consumo compartilhado de drogas é inaplicável aos casos de cultivo. Isso porque o núcleo ativo do tipo penal do art. 33, §3º, da Lei nº 11.343/06 envolve a ação de oferecer droga para consumo conjunto gratuitamente. A ação de cultivar plantas, portanto, não se subsume no núcleo de ação descrito no tipo penal.

O disposto no §4º do art. 33 é aplicável aos casos de cultivo<sup>125</sup>. No entanto, considerando que a pena mínima para o tráfico de drogas foi elevada de 3 para 5 anos e que a fixação da pena-base para este crime segue os critérios elencados no art. 42<sup>126</sup> da nova lei, parte dos casos pode implicar uma solução jurídico-penal mais gravosa do que a que poderia ser aplicada à luz da Lei nº 6.368/76.

Em primeiro lugar, aos que entendem que a Lei nº 6.368/76 tipifica apenas o plantio para fins de tráfico, sendo o cultivo pessoal figura atípica, o advento da Lei nº 11.343/06 trouxe um regime jurídico menos favorável aos cultivadores: ao tipificar expressamente o plantio para fins de consumo criou-se um tipo penal ainda não previsto pela legislação, que não poderia retroagir em desfavor do réu.

---

<sup>125</sup> É o que dispõe expressamente o dispositivo, estabelecendo que a redução de pena ali prevista é aplicável aos crimes do art. 33 caput e §1º (cultivo).

<sup>126</sup> “Art. 42. 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.”

Mas não só isso. O aumento da pena mínima para tráfico significa que a redução prevista no §4º pode ou não ser benéfica ao acusado. Isso porque o dispositivo permite uma redução da pena de 1/6 a 2/3.

Suponha-se que o acusado é primário e foi preso ainda durante a vigência da Lei nº 6.368/76, mas durante o processo entrou em vigor a Lei nº 11.343/06. Suponha-se ainda que não há dúvida sobre a qualificação do plantio, sendo incontestável a situação de tráfico de drogas, sobretudo em razão da quantidade de droga apreendida.

Neste caso, se forem aplicados os dispositivos da Lei de Drogas, a pena mínima seria fixada em 5 anos e, se aplicada a redução de, por exemplo, 1/6, do §4º do art. 33, a reprimenda seria fixada em 4 anos e 2 meses de reclusão. Caso fosse aplicada a Lei nº 6.368/76, ainda que a pena base fosse elevada em 1/3 por alguma razão, a reprimenda final seria de 4 anos de reclusão.

Assim, tendo em vista que o art. 5º, XL, da Constituição Federal estabelece que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”<sup>127</sup>, parte dos acórdãos proferidos após a entrada em vigor da Lei nº 11.343/06 aplicou os dispositivos da Lei nº 6.368/76 por se entender que seriam estes mais benéficos aos réus.

Mesmo em alguns casos em que o cultivo de canábis foi tipificado como porte para consumo próprio optou-se pela aplicação dos dispositivos da antiga lei de drogas. Isso porque o art. 16 da Lei nº 6.368/76 estabelece a pena máxima para o porte de drogas para consumo próprio em 2 anos de detenção e, nos termos do art. 109, V, do Código Penal, a prescrição nestes casos seria de quatro anos.

Considerando que a publicação de sentença condenatória recorrível interrompe a contagem do prazo prescricional (art. 117, IV, do Código Penal), nos casos em que o julgamento da apelação ocorreu após quatro anos da data da publicação da sentença de primeira instância foi reconhecida a prescrição, determinando-se a extinção da punibilidade do agente nos termos do art. 107, IV, do CP. Nestes casos entendeu-se que a extinção da punibilidade do réu em razão da prescrição seria solução mais benéfica do que a sua condenação na forma do art. 28 da Lei nº 11.343/06 principalmente porque o nome do

---

<sup>127</sup> No mesmo sentido dispõe o art. 2º do Código Penal:

“Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

agente não seria inscrito no rol dos culpados e a condenação não produziria efeito para fins de reincidência.

#### 4.3 Informações gerais sobre os acórdãos do universo de análise

Para apresentar os resultados quantitativos da pesquisa dividimos os acórdãos do universo de análise em dois grupos: um formado por 67 acórdãos (n<sup>1</sup>) proferidos antes da entrada em vigor da Lei nº 11.343/06 e outro composto de 68 acórdãos (n<sup>2</sup>) posteriores à vigência da lei. Para nos referir a todos os acórdãos do universo de análise utilizamos o símbolo n<sup>t</sup>.

Em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> quase todos os casos envolviam réus homens, em sua maior parte primários:

| Réu                                | Homem         | Mulher      |
|------------------------------------|---------------|-------------|
| Lei nº 6.368/76 (n <sup>1</sup> )  | 66/67 (98,5%) | 1/67 (1,5%) |
| Lei nº 11.343/06 (n <sup>2</sup> ) | 65/68 (95,8%) | 3/68 (4,2%) |

Tabela 02 – Sexo dos réus nos acórdãos anteriores e posteriores à Lei de Drogas

| Antecedentes                       | Primário      | Reincidente  | Maus antecedentes | Reincidente + Maus antecedentes | Não consta   |
|------------------------------------|---------------|--------------|-------------------|---------------------------------|--------------|
| Lei nº 6.368/76 (n <sup>1</sup> )  | 52/67 (77,6%) | 6/67 (8,95%) | 3/67 (4,5%)       | —                               | 6/67 (8,95%) |
| Lei nº 11.343/06 (n <sup>2</sup> ) | 53/68 (77,9%) | 9/68 (13,2%) | 4/68 (5,9%)       | 1/68 (1,5%)                     | 1/68 (1,5%)  |

Tabela 03 – Antecedentes dos réus nos acórdãos anteriores e posteriores à Lei de Drogas

Também em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> a grande maioria dos casos envolvia situações de plantio no interior do domicílio do réu, sendo que houve alguns casos em que o cultivo situava-se em terrenos baldios, propriedades de terceiros e terrenos públicos:

| Local                              | Domicílio do Réu | Terreno Baldio | Propriedade de terceiros | Terrenos públicos |
|------------------------------------|------------------|----------------|--------------------------|-------------------|
| Lei nº 6.368/76 (n <sup>1</sup> )  | 61/67 (91%)      | 4/67 (6%)      | —                        | 2/67 (3%)         |
| Lei nº 11.343/06 (n <sup>2</sup> ) | 63/68 (92,6%)    | 3/68 (4,1%)    | 2/68 (3,3%)              | —                 |

Tabela 04 – Local do cultivo nos acórdãos anteriores e posteriores à Lei de Drogas

Na maior parte dos casos em n<sup>1</sup> a situação de cultivo foi descoberta pelas autoridades policiais meio de denúncias anônimas. Houve um número expressivo, mas significativamente menor, de casos em que o cultivo foi descoberto durante diligências policiais para cumprimento de mandado de busca e apreensão. A tabela abaixo especifica as formas de descoberta do cultivo em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup>:

|                  | Denúncia Anônima | Mandado de busca e apreensão (contra o réu)                           | Abordagem de rotina | Denúncia de terceiros | “Flagrante por acaso” | Delação de terceiro em outro processo penal | Material apreendido em outra abordagem (fotos celular) | Não consta   |
|------------------|------------------|---|---------------------|-----------------------|-----------------------|---|--|--------------|
| Lei nº 6.368/76  | 40/67 (60%)      | 7/67 (10,5%)*<br>* 1 caso – mandado em investigação por fato diverso  | 2/67 (3%)           | 6/67 (9%)             | 5/67 (7,5%)           | —   | —  | 7/67 (10,5%) |
| Lei nº 11.343/06 | 47/68 (69,1%)    | 10/68 (14,7%)*<br>* 1 caso – mandado em investigação por fato diverso | 8/68 (11,7%)        | —                     | 1/68 (1,5%)           | 1/68 (1,5%)                                 | 1/68 (1,5%)  | —            |

Tabela 05 – Forma de descoberta do cultivo pelas autoridades nos acórdãos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup>

Em n<sup>2</sup> o número de casos em que a situação de cultivo foi descoberta por meio de “abordagem de rotina” de policiais foi significativamente maior que em n<sup>1</sup> - são 2 casos em n<sup>1</sup> e 8 em n<sup>2</sup>. Por outro lado, em n<sup>2</sup> houve menos casos em que se afirmou que o cultivo foi

descoberto “por acaso”<sup>128</sup> e mais casos em que a descoberta sucedeu diligências em mandados de busca e apreensão.

A maior parte dos casos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> envolvia apreensões apenas de maconha. Em n<sup>2</sup>, no entanto, houve mais casos em que foram apreendidas outras drogas junto com as plantas de maconha, sobretudo crack e cocaína:

| Drogas apreendidas                 | Maconha       | Maconha e crack | Maconha e cocaína | Maconha, crack e cocaína | Maconha e LSD |
|------------------------------------|---------------|-----------------|-------------------|--------------------------|---------------|
| Lei nº 6.368/76 (n <sup>1</sup> )  | 65/67 (97%)   | 2/67 (3%)       | —                 | —                        | —             |
| Lei nº 11.343/06 (n <sup>2</sup> ) | 58/68 (85,3%) | 5/58 (7,3%)     | 1/68 (1,5%)       | 3/68 (4,4%)              | 1/68 (1,5%)   |

Tabela 06 – Drogas apreendidas nos acórdãos anteriores e posteriores à Lei de Drogas.

Na maior parte dos casos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> houve apreensão de plantas e flores secas. Também em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> houve um número significativo de casos em que foram apreendidas plantas e também porções prensadas de maconha. A tabela abaixo indica como as drogas apreendidas estavam acondicionadas:

<sup>128</sup> Diferenciamos os casos em que o cultivo foi descoberto “por acaso” dos casos em que houve abordagem de rotina porque os acórdãos indicaram essas informações de forma diferente. Nos casos de “abordagem de rotina”, os réus foram abordados na rua por policiais e a descoberta dos cultivos de deu em diligências posteriores. Em outros casos, contudo, o cultivo foi descoberto de forma totalmente aleatória e não proposital. Dois exemplos ilustram a diferença: uma situação em que os bombeiros que atendiam um incêndio identificaram as plantas no quintal da residência vizinha e avisaram a polícia e outra em que havia um mandado de busca e apreensão expedido no curso de investigação sobre roubo contra o irmão do acusado, que morava na mesma casa, e a situação de cultivo foi descoberta por policiais civis que buscavam o irmão do réu.

| Forma de acondicionamento                     | Número de casos em n <sup>1</sup> | Número de casos em n <sup>2</sup> |
|---|-----------------------------------|-----------------------------------|
| Plantas e flores secas                        | 42/67                             | 33/68                             |
| Plantas e sementes                            | 3/67                              | —                                 |
| Plantas e porções prensadas                   | 17/67                             | 23/68                             |
| Plantas e porções de crack                    | 2/67                              | 3/68                              |
| Plantas e porções de crack e cocaína          | —                                 | 3/68                              |
| Plantas, porções prensadas e porções de crack | —                                 | 2/68                              |
| Plantas e cigarros de maconha                 | 3/67                              | 1/68                              |
| Plantas e selos de LSD                        | —                                 | 1/68                              |
| Plantas e porções de cocaína                  | —                                 | 1/68                              |
| Plantas e “bolinhas” de haxixe                | —                                 | 1/68                              |

Tabela 07 – Forma de acondicionamento das drogas em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup>

A informação mais difícil de mensurar com precisão dentro do que nos dispusemos a identificar nos acórdãos é a quantidade de drogas apreendida. Poucos acórdãos especificaram o peso ou as dimensões das plantas apreendidas. O único denominador comum possível de identificar entre os acórdãos é o número de plantas apreendidas.

Este denominador, contudo, tem vários problemas. Como visto no capítulo 3, plantas de canábis podem possuir dimensões completamente diferentes, de modo que um cultivo com dois pés a céu aberto pode ser infinitamente maior do que um cultivo com duas pequenas mudas cultivadas em um armário (GREEN, 2013: 13).

Não é possível determinar com precisão o tamanho de um cultivo e a sua efetiva capacidade de produção de maconha pronta para consumo a partir do número de plantas apreendidas (SCHULTES, 1970: 24-26; THOMAS, 2012: 4). No entanto, na maioria dos casos a noção de quantidade de drogas foi apresentada pelo número de plantas de canábis apreendidas. Muito embora isto dificulte a compreensão deste tipo de informação pelo pesquisador, é assim que ela se apresentou nos acórdãos lidos.

Houve uma variação grande no número de plantas apreendidas tanto em n<sup>1</sup> quanto em n<sup>2</sup> (entre 1 e mais de 100). A Tabela 08 a seguir indica as quantidades de plantas apreendidas e o volume de acórdãos correspondente:

| Número de plantas | Número de casos em n <sup>1</sup> | Número de casos em n <sup>2</sup> | Número de casos em n <sup>t</sup> | Representação percentual em n <sup>t</sup> |
|-------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|--|
| 1                 | 23/67                             | 25/68                             | 48/135                            | 35,6%                                      |
| 2                 | 8/67                              | 10/68                             | 18/135                            | 13,4%                                      |
| 3                 | 7/67                              | 5/68                              | 12/135                            | 9%   |
| 4                 | 1/67                              | 1/68                              | 2/135                             | 1,5%                                       |
| 5                 | 4/67                              | 1/68                              | 5/135                             | 3,7%                                       |
| 6                 | 1/67                              | 4/68                              | 5/135                             | 3,7%                                       |
| 7                 | --                                | 2/68                              | 2/135                             | 1,5%                                       |
| 8                 | 1/67                              | --                                | 1/135                             | 0,7%                                       |
| 9                 | --                                | 2/68                              | 2/135                             | 1,5%                                       |
| 10                | 1/67                              | 1/68                              | 2/135                             | 1,5%                                       |
| 11                | --                                | 1/68                              | 1/135                             | 0,7%                                       |
| 12                | 1/67                              | 2/68                              | 3/135                             | 2,2%                                       |
| 14                | 1/67                              | 1/68                              | 2/135                             | 1,5%                                       |
| 15                | 1/67                              | 2/68                              | 3/135                             | 2,2%                                       |
| 18                | --                                | 1/68                              | 1/135                             | 0,7%                                       |
| 19                | --                                | 1/68                              | 1/135                             | 0,7%                                       |
| 20                | 1/67                              | 1/68                              | 2/135                             | 1,5%                                       |
| 23                | 1/67                              | --                                | 1/135                             | 0,7%                                       |
| 30                | 1/67                              | --                                | 1/135                             | 0,7%                                       |
| 31                | --                                | 1/68                              | 1/135                             | 0,7%                                       |
| 32                | 1/67                              | --                                | 1/135                             | 0,7%                                       |
| 36                | 1/67                              | --                                | 1/135                             | 0,7%                                       |
| 38                | --                                | 2/68                              | 2/135                             | 1,5%                                       |
| 40                | 1/67                              | --                                | 1/135                             | 0,7%                                       |
| 42                | 1/67                              | --                                | 1/135                             | 0,7%                                       |
| 45                | 1/67                              | --                                | 1/135                             | 0,7%                                       |
| + de 100          | 1/67                              | 1/68                              | 2/135                             | 1,5%                                       |
| Impreciso         | 7/67                              | --                                | 7/135                             | 5,3%                                       |
| Não consta        | 2/67                              | 4/68                              | 6/135                             | 4,5%                                       |

Tabela 08 – Quantidades de plantas apreendidas em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup>

No universo de análise, portanto, 63,2% dos acórdãos julgaram casos em que foram apreendidas até cinco plantas de canábis. Além disso, 35,6% dos acórdãos julgaram casos envolvendo apreensão de apenas uma planta e apenas 19,6% dos acórdãos julgaram casos envolvendo mais de dez plantas.

Na maior parte dos casos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> não foram apreendidos materiais ligados ao cultivo que possam ser associados à venda de drogas. Em n<sup>2</sup>, contudo, houve um aumento significativo no número de casos em que houve apreensão de materiais – 8 em n<sup>1</sup> e 24 em n<sup>2</sup>. A Tabela 9 lista os materiais apreendidos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup>:

| Materiais apreendidos              | Nenhum        | Balanças de precisão | Sacos plásticos, alumínio, fita adesiva | Grande quantia de dinheiro em espécie e produtos de valor | Estufas, luminárias | Baldes, pás, fertilizantes | Outros      |
|------------------------------------|---------------|----------------------|---|---|---------------------|----------------------------|-------------|
| Lei n° 6.368/76 (n <sup>1</sup> )  | 59/67 (88%)   | 1/67 (1,5)           | 4/67 (6%)                               | —   | 1/67 (1,5)          | —                          | 2/67 (3%)   |
| Lei n° 11.343/06 (n <sup>2</sup> ) | 44/68 (64,8%) | 9/68 (13,2%)         | 4/68 (5,9%)                             | 3/68 (4,4%)   | 2/68 (2,9%)         | 2/68 (2,9%)                | 4/68 (5,9%) |

Tabela 09 – Materiais apreendidos nos acórdãos anteriores e posteriores à Lei de Drogas

Entre os materiais apreendidos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup>, houve um aumento considerável no número de balanças de precisão apreendidas em n<sup>2</sup>. Esta é uma informação que, como veremos no capítulo a seguir, pode estar relacionada ao maior repertório de informações disponíveis sobre a canábis que é acessível pelos cultivadores em geral – sejam eles usuários ou não. Em situações de cultivo, as balanças de precisão não necessariamente estão associadas ao tráfico. Como discutiremos adiante, são necessários diversos cuidados com os fatores ecológicos que influenciam o cultivo, dentre os quais é bastante comum a pesagem de fertilizantes e materiais de cultivo para controle das condições de desenvolvimento das plantas.

A Tabela 10 apresenta os tipos de prova referidos nos acórdãos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup>:



| Provas           | Drogas + depoimento jud. policiais+ depoimento jud. terceiros | Drogas + depoimento jud. policiais+ depoimento jud. réu | Drogas + depoimento jud. policiais+ degravção de escutas | Depoiment o dos policiais + confissão judicial | Drogas + armas + depoimento policiais + depoimento terceiros | Drogas + depoiment o policial + registros telefônicos (outro processo) | Drogas + depoimento policiais + depoimento extrajudicial de terceiros |
|------------------|---|---|--|--|--|--|---|
| Lei nº 6.368/76  | 39/67 (58,2%)   | 27/67 (40,3%)   | —  | 1/67 (1,5%)                                    | —  | —  | —   |
| Lei nº 11.343/06 | 46/68 (67,6%)   | 13/68 (19,1%)   | 3/68 (4,4%)  | 2/68 (2,9%)                                    | 2/68 (2,9%)  | 1/68 (1,5%)  | 1/68 (1,5%)   |

Tabela 10 – Tipos de prova indicados nos acórdãos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup>

Prevaleceu nos acórdãos do universo de análise, portanto, processos em que o acervo probatório é primordialmente testemunhal. A principal prova testemunhal utilizada na grande maioria dos acórdãos foi o depoimento judicial dos policiais que efetuaram as ocorrências, seguida do depoimento de terceiros<sup>129</sup>. Todos os acórdãos fazem referência ao laudo de criminalística sobre as plantas e drogas apreendidas. Em apenas 6 dos 135 acórdãos foi utilizada prova documental e outros materiais (como armas de fogo) na fundamentação da tipificação penal.

Na maior parte dos casos a descoberta do plantio pelas autoridades policiais em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> implicou a prisão em flagrante dos réus:

| Prisão em flagrante?               | Sim           | Não          | Não consta   |
|------------------------------------|---------------|--------------|--------------|
| Lei nº 6.368/76 (n <sup>1</sup> )  | 59/67 (88%)   | 1/67 (1,5%)  | 7/67 (10,5%) |
| Lei nº 11.343/06 (n <sup>2</sup> ) | 57/68 (83,8%) | 8/68 (11,8%) | 3/68 (4,4%)  |

Tabela 11 – Prisão em flagrante nos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup>

Quase todas as denúncias em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> tipificaram as situações de cultivo como “tráfico de drogas” (arts. 12, §1º da Lei nº 6.368/76 e 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06):

<sup>129</sup> Na maior parte dos casos os terceiros que prestaram depoimento eram familiares, amigos e vizinhos dos acusados. Em apenas dois casos os terceiros que depuseram em juízo não possuíam relações pessoais com os acusados. Nestes dois casos, os terceiros depuseram em juízo e afirmaram que haviam adquirido drogas dos réus. Neste sentido, cf.: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9158385-93.2000.8.26.0000. 3ª Câmara Criminal. Relator: Gonçalves Nogueira. São Paulo, SP, j. 28 de novembro de 2000; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 014.64.295500-0. 10ª Câmara Criminal. Relator: Francisco Menin. São Paulo, SP, j. 22 de dezembro de 2004.

| Denúncia                           | Tráfico (arts. 12 ou 33) | Plantio para consumo (arts. 16 ou 28) |
|------------------------------------|--------------------------|---------------------------------------|
| Lei nº 6.368/76 (n <sup>1</sup> )  | 66/67 (88,5%)            | 1/67 (1,5%)                           |
| Lei nº 11.343/06 (n <sup>2</sup> ) | 64/68 (94,1%)            | 4/68 (5,9%)                           |

Tabela 12 – Tipificação do plantio nas denúncias em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup>

Seguindo a sequência de tipificações penais que ocorrem no âmbito do sistema de justiça criminal, as sentenças em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> qualificaram as situações de plantio às seguintes proporções:

| Sentença                           | Absolvição   | Tráfico       | Plantio para consumo |
|------------------------------------|--------------|---------------|----------------------|
| Lei nº 6.368/76 (n <sup>1</sup> )  | 6/67 (9%) *  | 47/67 (70%)   | 14/67 (21%)          |
| Lei nº 11.343/06 (n <sup>2</sup> ) | 5/68 (7,3%)* | 19/68 (27,9%) | 44/68 (64,7%)        |

Tabela 13 – Tipificação do plantio nas sentenças (decisões anteriores e posteriores à Lei de Drogas)

É possível perceber na Tabela 13 que as sentenças de primeira instância nos casos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> tipificaram as situações de plantio em proporções consideravelmente distintas. Enquanto em n<sup>1</sup> a maior parte das sentenças (47/67 - 70%) tipificou as situações de plantio como “tráfico”, em n<sup>2</sup> apenas 19 das 28 (27,9%) sentenças tipificou situações de cultivo para tráfico. Em n<sup>2</sup>, portanto, prevaleceu nas sentenças a tipificação como “plantio para consumo” (44/68 - 64,7%).

Os acórdãos do universo de análise desta pesquisa tipificaram as situações de cultivo nas seguintes proporções:

| Acórdão                            | Absolvição  | Tráfico       | Plantio para consumo |
|------------------------------------|-------------|---------------|----------------------|
| Lei nº 6.368/76 (n <sup>1</sup> )  | 8/67 (12%)  | 33/67 (49%)   | 26/67 (39%)          |
| Lei nº 11.343/06 (n <sup>2</sup> ) | 4/68 (5,9%) | 35/68 (51,5%) | 29/68 (42,6%)        |

Tabela 14 – Tipificação do plantio nos acórdãos (decisões anteriores e posteriores à Lei de Drogas)

Houve em n<sup>2</sup> uma redução no número de casos em que se determinou a absolvição dos acusados. Isso pode ser explicado, em parte, pelo fato de que a criação de um tipo penal específico de cultivo para consumo na Lei de Drogas suprimiu a possibilidade de se reconhecer a atipicidade material do autocultivo. Como veremos a seguir, parte das absolvições reconhecidas nos acórdãos anteriores à Lei de Drogas foi fundamentada no argumento de que o cultivo para consumo era fato atípico sob a égide da Lei nº 6.368/76.

Em termos gerais, portanto, os casos das populações de acórdãos n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> apresentaram características bastante similares. Ou seja, tipos de casos muito próximos chegaram ao Tribunal antes e depois da Lei de Drogas.

As maiores variações proporcionais das características dos casos estão relacionadas à tipificação penal das situações de cultivo em primeira e segunda instância.

Observando-se a Tabela 14 isoladamente, vê-se que a distribuição das tipificações nos acórdãos seguem proporções muito próximas: 33 dos 67 casos de plantio em n<sup>1</sup> (49%) e 35 dos 68 casos em n<sup>2</sup> (51,5%) tipificados como “tráfico”; 26 dos 67 casos de plantio em n<sup>1</sup> (39%) e 29 dos 68 casos em n<sup>2</sup> (42,6%) tipificados como “porte para consumo”.

Isto, contudo, não significa que a entrada em vigor da Lei de Drogas não afetou as decisões tomadas pelo Tribunal.

Comparando-se as Tabelas 13 e 14 é possível perceber uma alteração no sentido das reformas de decisões de primeiro grau pelo TJSP em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup>. Em n<sup>1</sup> o TJSP reclassificou a tipificação penal em 14 das 47 sentenças de primeiro grau que reconheceram a situação de plantio de canábis como tráfico de drogas. Ou seja, em n<sup>1</sup> o Tribunal reformou 29,7% das condenações por plantio para fins de tráfico para dar uma solução jurídico-penal mais favorável ao réu – em 12 casos tipificando-se o plantio para consumo e em 2 casos determinando-se a absolvição dos réus.

Da mesma forma, com as reformas operadas em n<sup>1</sup> pelo TJSP houve um aumento proporcional de 85,7% nos casos tipificados como plantio para consumo (de 14/67 para 26/67) e de 33% nas absolvições.

Em n<sup>2</sup>, por sua vez, o TJSP reclassificou a tipificação penal em 15 das 44 sentenças que reconheceram a situação de plantio para consumo pessoal, requalificando as condutas como “tráfico de drogas”. Ou seja, em n<sup>2</sup> o Tribunal reformou aproximadamente 34,1% das

condenações por plantio para consumo para dar uma solução jurídico-penal mais gravosa ao réu.

Assim, com as reformas operadas pelo TJSP em n<sup>2</sup> houve um aumento proporcional de 78,9% no número de casos reformados que haviam sido tipificados como tráfico de drogas na sentença de primeiro grau. Em n<sup>2</sup> ainda houve a reforma de uma absolvição que havia sido determinada em primeira instância, tipificando-se a conduta, neste caso, como tráfico de drogas.

Estas informações apontam para algo contra intuitivo na forma de atuação do TJSP. Em primeiro lugar, a entrada em vigor da Lei de Drogas não gerou um aumento no número de casos tipificados pelo Tribunal como plantio para consumo. Isto em alguma medida contraria as expectativas depositadas na Lei n<sup>o</sup> 11.343/06, sobretudo no que diz respeito aos aspectos positivos da tipificação específica do plantio para consumo no art. 28, §1<sup>o</sup><sup>130</sup>.

Quando da promulgação da Lei de Drogas, a tipificação do plantio para consumo próprio foi muito comemorada pelos movimentos sociais que pleiteiam a reforma da política de drogas. A expectativa era a de que a promulgação da lei permitiria a requalificação jurídica de muitos casos de plantio que eram automaticamente tipificados como tráfico de drogas à luz da Lei n<sup>o</sup> 6.368/76 (JESUS, 2009: 73-75; KARAM, 2013: 10-11).

Além disso, a alteração no sentido das reformas em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> operadas pelo TJSP após a promulgação da Lei de Drogas também contraria as expectativas criadas. Com a tipificação específica do plantio para consumo no art. 28, §1<sup>o</sup> era bastante intuitivo esperar que o Tribunal pudesse reformar mais condenações em primeira instância por tráfico para requalificar situações de plantio.

No entanto, o que se percebe em n<sup>2</sup> é a tendência contrária: foram predominantes as decisões que reformaram sentenças de primeiro grau para determinar tipificação penal mais gravosa ao acusado, aumentando o número de condenações por tráfico e diminuindo o de condenações por plantio para consumo.

Estas afirmações devem ser lidas considerando as limitações do universo de análise da pesquisa e as características dos casos que chegaram ao tribunal. Em 129 casos as situações de cultivo foram tipificadas nas denúncias como tráfico de drogas. Por conta da incriminação por tráfico, as denúncias foram dirigidas para Varas Criminais comuns, e não para os Juizados Especiais.

---

<sup>130</sup> Discutiremos melhor esta questão nas próximas seções deste trabalho.

Em todos estes 129 casos houve uma decisão de 1ª instância que vislumbrou a materialidade delitiva de tráfico, recebendo a denúncia. O recebimento da denúncia implica o reconhecimento, pelo magistrado, da sua competência para julgar a ação penal, afastando consequentemente a competência do JECrim. Por isso, mesmo nas sentenças em que se determinou a desclassificação para plantio para consumo, as apelações dirigiram-se ao TJSP, que é o tribunal *ad quem*, autoridade judiciária imediatamente superior aos juízos de primeira instância das Varas Criminais comuns.

Em apenas seis casos houve denúncias que tipificaram as situações de cultivo como sendo para consumo próprio, sendo um deles em n<sup>1</sup> e cinco em n<sup>2</sup>. Uma hipótese que pode explicar a existência destes casos sob jurisdição do TJSP é a de que foram originados em comarcas que não possuíam Juizados Especiais Criminais. Os casos ocorreram nas cidades de Cotia, Presidente Prudente, Amparo, Bragança Paulista e General Salgado<sup>131</sup>. Dentre estas cidades, apenas Bragança Paulista possui Varas específicas do JECrim na circunscrição judiciária<sup>132</sup>. No entanto, este único caso foi originado no ano de 2006, antes da criação do Juizado Especial de Bragança.

Por conta destas características da organização judiciária no Estado de São Paulo, estes casos foram processados nas Varas Criminais comuns. Nos seis casos as denúncias foram recebidas e por alguma razão que não foi possível identificar nos acórdãos, não houve transação penal nem suspensão condicional do processo. Os seis processos foram sentenciados em primeira instância, reconhecendo-se a finalidade de consumo nas situações de cultivo. Os recursos de apelação nos seis casos foram interpostos exclusivamente pela defesa, pleiteando-se a absolvição dos acusados.

É também importante considerar que escolhemos trabalhar apenas com recursos de apelação no nosso universo de análise. Em razão disso, não fazem parte da nossa observação todos os pronunciamentos do tribunal sobre as decisões que recebem ou não as denúncias e, portanto, fixam a competência inicial de processamento dos casos. Excluímos do nosso universo de análise acórdãos proferidos em sede de *Habeas Corpus* e Recurso em Sentido Estrito. Muitos destes acórdãos podem ter reconhecido situações de cultivo para consumo

---

<sup>131</sup> Houve dois casos que ocorreram na cidade de Cotia.

<sup>132</sup> É possível consultar quais comarcas em São Paulo possuem Juizados Especiais Criminais no sítio eletrônico do TJSP, no link: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/JuizadosEspeciais/EnderecosJuizadosAnexosComarcasCapitalInterior.pdf>. Acesso: 12/01/2016.

próprio no momento da oferta da denúncia, o que implica a possibilidade de remessa dos casos para os JECrim competentes, nas comarcas em que existem.

Ressaltamos ao longo do trabalho que o objeto desta pesquisa é a investigação sobre a fundamentação da tipificação penal dos casos de plantio de canábis selecionados do TJSP. A metodologia escolhida, portanto, foi pensada para produzir informações específicas com relação a este objeto central de pesquisa. Isso implica reconhecer que, caso se quisesse investigar especificamente os impactos da promulgação da Lei de Drogas na atuação do Tribunal, outra metodologia deveria ser empregada<sup>133</sup>.

Para discutir qualitativamente os resultados de pesquisa e sua relação com a problemática central deste trabalho, escolhemos traçar perfis específicos das decisões relativos aos resultados possíveis da ação penal.

Assim, para discutir aspectos específicos do problema de pesquisa passaremos a apresentar os resultados relativos à população total de acórdãos ( $n^1 = 135$ ).

Quanto à tipificação penal do cultivo, os acórdãos poderiam fornecer três soluções: (i) absolvição quanto à incriminação, quando não for possível a conexão entre a norma, a conduta (plantar) e o sujeito (o réu); (ii) tipificação do plantio para consumo próprio (arts. 16 da Lei nº 6.368/76 ou 28, §1º da Lei nº 11.343/06); ou (iii) tipificação do plantio para fins de tráfico (arts. 12, §1º, II da Lei nº 6.368/76 ou 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06). Cada uma destas soluções exige fundamentação específica, o que justifica sua apresentação separada.

Considerando que o objeto desta pesquisa é a fundamentação da tipificação penal dos casos de plantio de canábis, apresentaremos a seguir os aspectos identificados nas motivações das decisões sobre os parâmetros de qualificação jurídica dos cultivos.

---

<sup>133</sup> Comentamos, por exemplo, que em muitos dos casos julgados pelo TJSP logo após a entrada em vigor da Lei de Drogas determinava-se a aplicação conjunta de dispositivos da lei nova e da lei antiga, à medida que se mostravam mais ou menos favoráveis ao réu, dependendo da tipificação dada pelo tribunal. Considerando que os acórdãos julgados em datas presentes sempre dizem respeito a condutas inicialmente tipificadas em datas pretéritas, muitos casos que compõem a população total de acórdãos são resolvidos com a aplicação sincretista de dispositivos das duas leis. Isso traz grandes limitações a eventual análise de impacto da Lei de Drogas.

#### 4.4 Um banco de dados único: perfil por resultado do acórdão

##### 4.4.1 As absolvições

Vimos que em  $n^1$  houve 9 absolvições quanto à incriminação relativa ao cultivo<sup>134</sup> e em  $n^2$  4<sup>135</sup>. Temos, portanto, em  $n^t$  um total de 13 absolvições quanto ao cultivo de canábis determinadas nos acórdãos lidos. Considerando que  $n^t = 135$ , as absolvições representam 9,6% da população total de acórdãos.

A Tabela 15 abaixo representa a distribuição das quantidades de plantas apreendidas nos casos em que foi determinada a absolvição dos réus em  $n^1$  e  $n^2$  e  $n^t$ :

| Quantidade de plantas           | $n^1$ | $n^2$ | $n^t$ |
|---------------------------------|-------|-------|-------|
| 1                               | 3     | 1     | 4     |
| 2                               | 1     | 1     | 2     |
| 3                               | 1     | —     | 1     |
| 8                               | 1     | —     | 1     |
| 19                              | —     | 1     | 1     |
| 23                              | 1     | —     | 1     |
| 36 <sup>136</sup>               | 1     | —     | 1     |
| Mais de 100                     | 1     | —     | 1     |
| “poucas plantas” <sup>137</sup> | —     | 1     | 1     |

Tabela 15 – Distribuição das quantidades de plantas apreendidas em  $n^1$ ,  $n^2$  e  $n^t$  (absolvições)

Tanto em  $n^1$  quanto em  $n^2$  a maior parte das absolvições envolveu casos com apreensão de menos de 5 plantas<sup>138</sup>. Em  $n^1$  há 4 absolvições em que foram apreendidas mais

<sup>134</sup> Ressalvamos que uma dentre estas nove absolvições foi “imprópria”. Isto porque, como vimos, neste único caso foi reconhecida a inimputabilidade do réu, tendo sido determinada sua internação por prazo mínimo de três anos.

<sup>135</sup> Como destacamos no capítulo 4, em um destes casos foi determinada a absolvição quanto à incriminação relativa ao plantio de canábis, mas persistiu a condenação por tráfico em razão da posse de grande quantidade de maconha prensada. Para os fins deste trabalho, importa destacar a absolvição quanto à incriminação pelo plantio.

<sup>136</sup> No caso a que se referem estas 36 plantas foi determinada a absolvição do réu por reconhecimento da inimputabilidade total.

<sup>137</sup> O acórdão não especifica a quantidade de plantas, fazendo apenas referência à expressão “poucas plantas” para aludir à quantidade apreendida.

<sup>138</sup> Ressalvado em  $n^2$  o único caso que não faz alusão específica ao número de plantas apreendidas, limitando-se à expressão “poucas plantas”.

de 5 plantas, sendo que em 3 casos o número de plantas apreendido foi bastante significativo. Em  $n^2$  há apenas uma absolvição em caso com apreensão de mais de 5 plantas.

Em  $n^1$ , portanto, a maior parte das absolvições (8/13) diz respeito a casos em que menos de 5 plantas foram apreendidas. Ou seja, dentro do universo de análise desta pesquisa, a maior parte das absolvições reconhecidas nos acórdãos refere-se a casos com apreensão de poucas plantas de cânabis.

Nos 13 casos ( $n^1$ ) em que se determinou a absolvição os réus eram primários, bem como a única droga apreendida era a cânabis. Em 3 dos 13 casos de absolvição foram apreendidas porções de maconha prensada junto com as plantas de cânabis. Nestes casos os acórdãos reconheceram expressamente que a apreensão das porções prensadas não poderia ser utilizada para fundamentar a tipificação do cultivo, tratando-se de condutas diversas.

Em  $n^1$  foram apreendidos materiais apenas em 2 casos de absolvição (um caso em  $n^1$  e um caso em  $n^2$ ). Em um deles ( $n^1$ ) o acórdão indicou a apreensão de “40 sacos plásticos para embalo”, e em outro ( $n^2$ ) foi indicada a apreensão de uma sacola plástica contendo sementes de cânabis. Em ambos os casos os acórdãos indicaram que os materiais apreendidos não poderiam ser automaticamente concebidos como materiais de embalo para venda de drogas.

Das absolvições em  $n^1$ , 6 casos envolviam cultivos nos respectivos domicílios dos réus e 3 envolviam cultivos em terrenos baldios. Das absolvições em  $n^2$ , 3 casos dizem respeito a cultivos nos respectivos domicílios dos réus<sup>139</sup> e 1 caso refere-se a um cultivo em terreno baldio. Ou seja, dentro do universo de análise ( $n^1$ ) 9/13 absolvições referem-se a cultivos situados no domicílio dos réus e 4/13 referem-se a cultivos em terrenos baldios.

A Tabela 16 indica quais provas foram mencionadas nos acórdãos que determinaram a absolvição dos acusados em  $n^1$ :

| Provas   | $n^1$ | $n^2$ | $n^1$ |
|--|-------|-------|-------|
| <b>Drogas + Depoimento dos policiais</b>                               | 5     | 2     | 7/13  |
| <b>Drogas + Depoimento dos policiais<br/>+ depoimento de terceiros</b> | 4     | 2     | 6/13  |

Tabela 16 – Provas mencionadas nos acórdãos que determinaram absolvição dos réus

<sup>139</sup> Em um destes casos há a indicação de que o réu reside em habitação coletiva, o que dificultou a comprovação da autoria.



Em n<sup>1</sup>, 5 casos de absolvição referiram-se apenas a dois tipos de prova nos autos: as drogas apreendidas (e os respectivos laudos de criminalística) e os depoimentos dos policiais responsáveis pela ocorrência. Os outros 4 casos de absolvição em n<sup>1</sup> referiram-se a três tipos de prova: as drogas apreendidas (e os respectivos laudos de criminalística), os depoimentos dos policiais responsáveis pela ocorrência e os testemunhos de terceiros interrogados em juízo. Em n<sup>2</sup>, 2 casos de absolvição também referiram-se apenas a dois tipos de prova nos autos e os outros 2 casos referiram-se a três tipos de prova.

Ou seja, no universo de análise (n<sup>1</sup>), 7 casos de absolvição referiram-se apenas a dois tipos de prova nos autos (as drogas apreendidas e os depoimentos dos policiais responsáveis pela ocorrência) e os outros 6 casos de absolvição referiram-se a três tipos de prova (as drogas apreendidas, os depoimentos dos policiais responsáveis pela ocorrência e os testemunhos de terceiros interrogados em juízo).

No que diz respeito especificamente aos depoimentos dos policiais responsáveis pela ocorrência, em n<sup>1</sup> apenas um dos acórdãos que decidiu pela absolvição não os admitiu como prova<sup>140</sup>. Neste caso, o acórdão indica expressamente que os depoimentos dos policiais são inconsistentes entre si, razão pela qual não poderiam ser admitidos como prova. Nos outros 12 casos de absolvição em n<sup>1</sup> os depoimentos dos policiais foram aceitos como prova mas valorados como sendo insuficientes para embasar a condenação.

Tanto em n<sup>1</sup> quanto em n<sup>2</sup> a maior parte dos casos de absolvição teve origem com a prisão em flagrante dos réus. Em n<sup>1</sup>, 10 dos 13 casos noticiaram a prisão em flagrante dos réus quando da descoberta do plantio. Em apenas um dos casos a descoberta do plantio não ensejou a prisão em flagrante, sendo que em dois deles esta informação não consta do acórdão.

Todas as absolvições dentro do universo de análise (n<sup>1</sup>) envolvem situações de cultivo que haviam sido tipificadas na denúncia como tráfico de drogas (tanto pelo art. 12, §1º, II da Lei nº 6.368/76 quanto pelo art. 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06).

Em n<sup>1</sup> 5 das 9 absolvições foram determinadas pelo TJSP reformando condenações por tráfico que haviam sido lançadas em primeira instância. Em n<sup>2</sup> 2 das 4 absolvições decorreram acórdãos do TJSP que reformaram condenações por tráfico de drogas lançadas em primeira instância. Em n<sup>1</sup>, portanto, 7 das 13 absolvições foram determinadas pelo TJSP

---

<sup>140</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0009242-88.2005.8.26.0363. 7ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Francisco Menin. São Paulo, SP, julgamento em 16 de outubro de 2008.

em decorrência da reforma de condenações por tráfico que haviam sido lançadas em primeira instância.

#### 4.4.1.1 Os fundamentos das absolvições

Em n<sup>1</sup> as absolvições foram embasadas em três fundamentos distintos: atipicidade material do plantio para consumo (CPP, art. 386, III); inexistência de comprovação da autoria (CPP art. 386, V); e inimputabilidade (CPP art. 386, VI).

Em 5 das 9 absolvições em n<sup>1</sup> o fundamento constante do acórdão foi a atipicidade material do cultivo para consumo. Nestes casos argumentou-se que o cultivo de pequena quantidade de plantas para consumo não estava tipificado na Lei n<sup>o</sup> 6.368/76. Assim, seria incabível qualquer analogia que viesse a incriminar um fato não previsto expressamente em lei por violação expressa ao art. 5<sup>o</sup>, XXXIX da Constituição Federal de 1988 e ao art. 1<sup>o</sup> do Código Penal<sup>141</sup>. Estes 5 casos envolviam apreensões de 1 a 3 plantas de canábis. Ou seja, em n<sup>1</sup>, todos os casos em que menos de 5 plantas foram apreendidas<sup>142</sup> deram ensejo à absolvição por atipicidade (CPP, art. 386, III).

Em 3 das 9 absolvições em n<sup>1</sup> o fundamento constante do acórdão foi a não comprovação da autoria, ou seja, a inexistência de provas que conectem os réus aos plantios. Nestes 3 casos os cultivos localizavam-se em terrenos baldios e em 2 deles havia quantidade significativa de plantas (23 e mais de 100). Os acórdãos indicaram que as provas nos autos eram insuficientes para atrelar os réus aos cultivos, justificando-se a absolvição.

Houve ainda um caso em n<sup>1</sup> em que se determinou a absolvição imprópria (CPP, art. 386, VI) do réu em decorrência de laudo médico que reconheceu a inimputabilidade total do acusado<sup>143</sup>.

Em n<sup>2</sup> as absolvições também foram embasadas em três fundamentos distintos: atipicidade material do plantio para consumo (CPP, art. 386, III); inexistência de comprovação da autoria (CPP art. 386, V); e inexistência de provas suficientes para condenação (CPP art. 386, VII).

---

<sup>141</sup> Os dispositivos estão transcritos nas notas de rodapé 90 e 91.

<sup>142</sup> Cf. Tabela 15, *supra*.

<sup>143</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal n<sup>o</sup> 9211114-96.2000.8.26.0000. 2<sup>a</sup> Câmara Criminal Extraordinária. Relator: Armando Toledo. São Paulo, SP, julgamento em 21 de junho de 2001.

Em 2 das 4 absolvições em n<sup>2</sup> o fundamento dos acórdãos foi a ausência de comprovação de autoria. Um destes casos envolvia plantio em terreno baldio e o outro plantio no quintal de habitação coletiva. Em ambos os casos os depoimentos dos policiais foram considerados insuficientes para condenação, sobretudo por não haver justificativa razoável para atribuir aos réus a responsabilidade pelos cultivos.

Uma das absolvições em n<sup>2</sup> é bastante peculiar: o caso envolvia uma ré idosa que cultivava canábis em seu jardim por acreditar que eram “mudas de tomate”<sup>144</sup>. A ré cultivava em sua casa um jardim robusto, sendo que nele havia “poucas plantas” de canábis. Em juízo alegou que desconhecia a natureza da canábis e não sabia como aquela planta havia florido em seu jardim. Em primeira instância havia sido determinada sua absolvição, mas o Ministério Público paulista apelou requerendo a condenação da ré por tráfico. O TJSP referendou sua absolvição com fundamento no art. 386, VII, entendendo não haver comprovação do dolo de traficância necessário para a condenação.

Por fim, uma das absolvições em n<sup>2</sup> tem por fundamento a atipicidade material do plantio para consumo (CPP art. 386, III). Muito embora o caso tenha sido julgado depois da entrada em vigor da Lei nº 11.343/06, o fato havia sido noticiado ainda durante a vigência da Lei nº 6.368/76. O cultivo em questão contava com apenas duas plantas e o tribunal entendeu ser cabível a aplicação da lei antiga. Isso porque o entendimento dos magistrados é o de que o cultivo para consumo era fato atípico durante a vigência da Lei nº 6.368/76, justificando-se a não aplicação da Lei de Drogas.

Dentro do universo de análise desta pesquisa (n<sup>l</sup>), portanto, prevaleceram enquanto fundamentos para a absolvição a atipicidade material do cultivo para consumo (5/13) e a insuficiência de provas de autoria (5/13). Em n<sup>1</sup> prevaleceu como fundamento para absolvição o reconhecimento da atipicidade do cultivo de poucas plantas para consumo e em n<sup>2</sup> a não comprovação de autoria.

Em 12 das 13 absolvições em n<sup>1</sup> o princípio *favor rei* foi mencionado expressamente como fundamento jurídico que orientou a absolvição.

---

<sup>144</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0000188-44.2013.8.26.0161. 7ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Roberto Mortari. São Paulo, SP, julgamento em 07 de agosto de 2014.

#### 4.4.2 As condenações por violação ao art. 28, §1º, da Lei nº 11.343/06 (plantio para consumo)

Vimos que em  $n^1$  há 26 casos em que o cultivo de canábis foi tipificado no art. 16 da Lei nº 6.368/76, reconhecendo-se, por analogia, a figura do plantio para fins de consumo. Em  $n^2$  foram 29 casos em que o cultivo foi tipificado no art. 28, §1º da Lei nº 11.343/06, reconhecendo-se a finalidade de consumo.

Dentro do universo de análise ( $n^1$ ), portanto, há 55 casos de cultivo de canábis tipificados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo como “plantio para consumo”. Considerando que  $n^t = 135$ , os casos de plantio para consumo representam 40,7% da população total de acórdãos.

A Tabela 17 abaixo representa a distribuição das quantidades de plantas apreendidas nos casos tipificados como cultivo para fins de consumo em  $n^1$ ,  $n^2$  e  $n^t$ :

| <b>Quantidade de plantas</b> | <b><math>n^1</math></b> | <b><math>n^2</math></b> | <b><math>n^t</math></b> |
|------------------------------|-------------------------|-------------------------|-------------------------|
| 1                            | 12                      | 12                      | 24                      |
| 2                            | 4                       | 7                       | 11                      |
| 3                            | 3                       | 1                       | 4                       |
| 5                            | 2                       | 1                       | 3                       |
| 6                            | —                       | 1                       | 1                       |
| 9                            | —                       | 2                       | 2                       |
| 10                           | —                       | 1                       | 1                       |
| 12                           | —                       | 2                       | 1                       |
| 14                           | —                       | 1                       | 1                       |
| 20                           | 1                       | 1                       | 2                       |
| “algumas plantas”            | 4                       | —                       | 4                       |

Tabela 17 - Distribuição das quantidades de plantas apreendidas em  $n^1$ ,  $n^2$  e  $n^t$  (plantio para consumo)

Tanto em  $n^1$  quanto em  $n^2$  a maior parte dos cultivos qualificados como para consumo pessoal possuíam menos de 5 plantas: são 21/26 em  $n^1$  e 21/29 em  $n^2$ . Em  $n^2$  há um número relevante de cultivos com mais de 5 plantas que foram tipificados como sendo para consumo pessoal: são 8 casos com variações entre 6 e 20 plantas. Em  $n^1$  há apenas um caso de cultivo para consumo com mais de 5 plantas, e há 4 casos sem especificação da quantidade de plantas apreendidas.

Em n<sup>t</sup>, 42 dos 55 (76,3%) casos tipificados como cultivo para consumo próprio envolvem menos de 5 plantas apreendidas. Prevaleram nos casos tipificados como plantio para consumo em n<sup>t</sup> situações de cultivo com apenas uma planta: são 24 dentre os 55, representando 43,% dos casos de cultivo para consumo.

Em 18 dos 26 casos de tipificação do cultivo para fins de consumo em n<sup>1</sup> os réus eram primários. Em 2 os réus eram reincidentes e em 2 foram qualificados como “portadores de maus antecedentes”. 4 acórdãos em n<sup>1</sup> não fazem referência aos antecedentes dos réus. Já em n<sup>2</sup> são 24 dos 29 casos de plantio para consumo que envolvem réus primários. Em 3 casos os réus eram reincidentes e 2 acórdãos não fazem referência aos antecedentes dos réus.

Em n<sup>t</sup>, portanto, 42 dos 55 (76,3%) casos de plantio para consumo envolveram réus primários e situações de cultivo com menos de 5 plantas.

Em todos os casos de cultivo para consumo em n<sup>1</sup> canábis foi a única droga apreendida. Em n<sup>2</sup>, 25 dos 29 casos envolviam apreensões exclusivas de maconha, ao passo que 3 casos envolviam apreensões de maconha e crack, e um caso maconha e cocaína. Dentro do universo de análise desta pesquisa (n<sup>t</sup>), portanto, 51 dos 55 (92,7%) casos tipificados como plantio para consumo envolviam apreensões exclusivas de maconha.

Em n<sup>1</sup>, 21 dos 26 casos tipificados como cultivo para consumo envolviam apreensão apenas de mudas de canábis. Em 3 dos casos houve apreensão de mudas de canábis e porções prensadas de maconha, bem como em 2 deles houve apreensão de plantas e cigarros de maconha.

Em n<sup>2</sup>, 20 dos 29 casos tipificados como cultivo para consumo envolviam apreensão apenas de mudas de canábis. Em 5 casos foram apreendidas plantas e porções prensadas de maconha e em 4 casos foram apreendidas plantas e porções de crack e/ou cocaína (pedras de crack e “pinos” de cocaína).

Nenhum dos acórdãos que tipificaram o cultivo para consumo em n<sup>t</sup> indicou a apreensão de materiais utilizados para embalo e venda de maconha. Em n<sup>1</sup> um acórdão indicou que os policiais responsáveis pela ocorrência afirmaram em seus depoimentos que foram apreendidos “sacos plásticos” e petrechos típicos de venda de maconha<sup>145</sup>. No entanto, o acórdão afirma que esses materiais não constam do auto de apreensão lavrado na delegacia, razão pela qual a afirmação dos policiais deve ser desconsiderada.

---

<sup>145</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0082655-69.1999.8.26.0000. 1ª Câmara Criminal. Relator: Xavier de Souza. São Paulo, SP, julgamento em 5 de setembro de 2001.

Em n<sup>1</sup> todos os casos envolviam cultivos localizados no domicílio dos réus. Em n<sup>2</sup>, 26 dos 29 casos envolviam cultivos no domicílio do réu, 2 casos eram sobre plantios em propriedade de terceiros e um caso em terreno baldio. Em n<sup>t</sup>, portanto, 52 dos 55 casos dizem respeito a plantios no domicílio do réu.

A Tabela 18 abaixo indica as provas mencionadas na fundamentação dos acórdãos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> e quantifica os casos que possuem o mesmo repertório probatório:

| <b>Provas</b>   | <b>n<sup>1</sup></b> | <b>n<sup>2</sup></b> |
|---|----------------------|----------------------|
| Drogas e materiais apreendidos + depoimento do réu                                  | 1                    | —                    |
| Drogas e materiais apreendidos + depoimento dos policiais                           | 10                   | 5                    |
| Drogas e materiais apreendidos + depoimento dos policiais + depoimento de terceiros | 15                   | 20                   |
| Drogas e materiais apreendidos + depoimento dos policiais + depoimento do réu       | —                    | 3                    |
| Drogas e materiais apreendidos + depoimento dos policiais + registros telefônicos   | —                    | 1                    |

Tabela 18 - Distribuição das provas mencionadas nos acórdãos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> (plantio para consumo)

No universo de análise (n<sup>t</sup>), portanto, a maior parte dos acórdãos (35/55 – 63,6%) faz referência a três tipos de prova nos autos: as drogas e materiais apreendidos, os depoimentos dos policiais responsáveis pelas ocorrências e os depoimentos de terceiros<sup>146</sup>. As drogas e materiais apreendidos são mencionados em todos os acórdãos. Isso se deve ao fato de ser necessária, para comprovação da materialidade delitiva, a existência de laudos que ao menos comprovem a natureza das plantas apreendidas<sup>147</sup>.

Chama atenção o fato de que a prova testemunhal desempenha um papel central no conjunto probatório. Em n<sup>t</sup> há apenas um caso que conta com prova não testemunhal além dos laudos de criminalística sobre as plantas/drogas<sup>148</sup>. Chama ainda mais atenção o fato de que neste único caso há referência a registros telefônicos descobertos em outro processo, em que se investigaria a participação de terceiro em rede de tráfico de drogas. Neste acórdão foi afirmado que o fato de o número do celular do réu constar de registros telefônicos de terceiro

<sup>146</sup> Na maior parte dos casos os terceiros que prestaram depoimento eram familiares, amigos e vizinhos dos acusados.

<sup>147</sup> Discutiremos no capítulo 7 a importância destes laudos técnicos e o papel que eles podem ou não desempenhar na correta compreensão das características dos cultivos.

<sup>148</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0040977-09.2002.8.26.0602. 4ª Câmara Criminal. Relator: Ana Lúcia Siqueira de Figueiredo. São Paulo, SP, julgamento em 29 de agosto de 2008.

acusado de tráfico de drogas não pode ser interpretado automaticamente como indício de traficância, sobretudo porque no caso apenas 2 plantas e uma porção de maconha prensada haviam sido apreendidas.

Em n<sup>t</sup>, 40 dos 55 casos tipificados como cultivo para fins de consumo foram originados com a prisão em flagrante dos réus por tráfico de drogas (20 casos em n<sup>1</sup> e 20 casos em n<sup>2</sup>). Também em n<sup>t</sup>, 50 dos 55 casos tipificados como cultivo para consumo haviam sido tipificados na denúncia como tráfico de drogas (art. 12, §1º, II da Lei nº 6.368/76 e art. 33, §1º, II da Lei de Drogas), sendo 25 deles em n<sup>1</sup> e 25 em n<sup>2</sup>. Apenas 5/55 casos em n<sup>t</sup> foram tipificados na denúncia como plantio para consumo (art. 16 da Lei nº 6.368/76 e art. 28, §1º da Lei de Drogas), sendo um deles em n<sup>1</sup> e quatro em n<sup>2</sup>.

Tanto em n<sup>1</sup> quanto em n<sup>2</sup> o tribunal reformou sentenças de primeiro grau da mesma forma e à mesma proporção<sup>149</sup>: 26 casos haviam sido tipificados na sentença de primeiro grau como tráfico de drogas e em outros 4 a sentença havia reconhecido a atipicidade do plantio para consumo. Estes 30 casos foram reformados pelo tribunal: os 26 casos de plantio sentenciados como tráfico foram reclassificados, tipificando-se os cultivos como para fins de consumo; nos 4 casos em que foi determinada absolvição por atipicidade em 1ª instância a sentença foi reformada pelo tribunal para reconhecer a tipicidade do plantio para consumo, aplicando-se por analogia o art. 16 da Lei nº 6.368/76.

#### 4.4.2.1 Fundamentação nos casos de condenação por plantio para fins de consumo

Em n<sup>1</sup> prevaleceu como fundamento da tipificação do cultivo para fins de consumo a “pequena quantidade” de plantas. Todos os 26 acórdãos que tipificaram o cultivo para consumo expressamente utilizaram como fundamento principal da decisão o argumento de que a pequena quantidade de plantas é consistente com o consumo pessoal.

Em 23 dos 26 casos tipificados como plantio para consumo em n<sup>1</sup> o fundamento da “pequena quantidade” foi complementado na *ratio decidendi*<sup>150</sup> dos acórdãos pelo argumento

<sup>149</sup> Ou seja, em n<sup>1</sup> eram 13 sentenças de tráfico e 2 sentenças absolutórias e em n<sup>2</sup> também.

<sup>150</sup> *Ratio decidendi* é uma expressão em latim que pode ser traduzida como “razões de decidir”. A expressão refere-se à forma como os fundamentos jurídicos e fáticos são articulados na motivação de uma decisão (GODHART, 1930: 162-165; MONTROSE, 1957: 587). O conceito de *ratio decidendi* é muito utilizado nos países que adotam a chamada “*common law*”, sobretudo para identificação das regras jurídicas criadas a partir

de que o dolo específico de traficância não se presume. Nestes casos, os acórdãos indicaram que não havia qualquer prova nos autos que pudesse comprovar a finalidade de traficância dos “pequenos cultivos”.

Em um destes casos<sup>151</sup>, o réu havia sido preso por cultivar 20 pés de canábis e os policiais responsáveis pela ocorrência depuseram em juízo alegando que havia denúncias anônimas acusando o réu de tráfico, bem como “rumores” na região no mesmo sentido. No acórdão, o desembargador relator Euvaldo Chaib afirmou que “o tráfico não restou comprovado, limitando-se ele às declarações do referido policial”. Isso, contudo, seria insuficiente para comprovação da finalidade de traficância, razão pela qual a conduta do réu foi tipificada no art. 16 da Lei nº 6.368/76.

Em 2 dos 26 casos tipificados como plantio para consumo em n<sup>1</sup> o fundamento da “pequena quantidade” foi complementado pelo teor do depoimento de testemunhas que afirmavam expressamente a condição de usuário do acusado.

Um último caso em n<sup>1</sup> tipificado como plantio para consumo chamou a atenção por um fundamento adicional lançado pelo desembargador relator<sup>152</sup>. O caso tratava de um cultivo de apenas uma muda de canábis, que havia sido objeto de denúncia anônima. O argumento principal lançado no acórdão é o de que o cultivo de pequenas quantidades de plantas não pode ser tipificado como tráfico de drogas sem comprovação da finalidade de tráfico. O desembargador relator Canellas de Godoy lançou um argumento adicional, que apareceu apenas uma vez no universo de análise: o art. 12, §1º, II, da Lei nº 6.368/76 refere-se ao cultivo de “plantas”, no plural, razão pela qual o plantio de uma única planta não alcança a tipicidade formal do dispositivo. O desembargador, contudo, afirmou que não seria o caso de considerar o fato atípico porquanto o cultivo de uma única planta seria, por analogia, tipificado no art. 16 da lei.

Também em n<sup>2</sup> prevaleceu como fundamento principal da tipificação do cultivo para fins de consumo a “pequena quantidade” de plantas. Todos os 29 acórdãos que tipificaram o cultivo para consumo expressamente afirmaram que a pequena quantidade de plantas é

---

dos precedentes (GODHART, 1930: 161-162; STONE, 1959: 597-599). O sentido exato do conceito e suas implicações, contudo são bastante disputados (GODHART, 1959: 117-118). Para os fins deste trabalho, referimo-nos a expressão para indicar a fundamentação concreta das decisões judiciais analisadas.

<sup>151</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0015115-28.2004.8.26.0000. 4ª Câmara Criminal. Relator: Euvaldo Chaib. São Paulo, SP, julgamento em 26 de julho de 2005.

<sup>152</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9230966-38.2002.8.26.0000. 4ª Câmara Criminal. Relator: Canellas de Godoy. São Paulo, SP, julgamento em 03 de dezembro de 2002.



consistente com o consumo pessoal, salvo quando há prova cabal da finalidade de traficância.

Todos os 29 acórdãos em n<sup>2</sup> que tipificaram cultivos para fins de consumo complementaram a *ratio decidendi* com o argumento de que o dolo específico de tráfico não se presume. Inexistindo comprovação da finalidade de tráfico, a situação de cultivo deve ser tipificada no art. 28, §1º da Lei de Drogas.

Destes 29 acórdãos em n<sup>2</sup>, quatro ainda se utilizaram de outros fundamentos para complementar a *ratio*. Dois deles complementaram a fundamentação do acórdão com a confissão dos réus, que afirmavam serem usuários. Um deles mencionou expressamente o teor do depoimento de testemunhas, que indicaram não existir qualquer movimentação atípica no domicílio do réu (local do cultivo)<sup>153</sup>. Por fim, houve ainda um acórdão que afirmou que a condição de usuário era consistente com as “circunstâncias pessoais do réu”<sup>154</sup>, universitário à época dos fatos, e com “caráter” e “boa índole” que não permitiriam qualificá-lo como traficante.

Assim, dentro do universo de análise desta pesquisa (n<sup>1</sup>), prevaleceram enquanto fundamentos principais para a tipificação do cultivo para fins pessoais a “pequena quantidade”<sup>155</sup> de plantas e a inexistência de comprovação do dolo específico de traficância.

O primeiro elemento considerado nas decisões, contudo, é a quantidade. Em todos os acórdãos analisados a fundamentação da tipificação penal tem início com considerações sobre a quantidade de plantas apreendidas. Em todas as decisões a qualificação dos cultivos como “pequenos” mostrou-se decisiva na tipificação penal.

Em se tratando de “poucas plantas”, o segundo passo utilizado na tipificação envolveu a análise do conjunto probatório com o fim de determinar se há como comprovar que o cultivo destinava-se a fornecer drogas para terceiros. Nos casos discutidos, essa análise

---

<sup>153</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal n° 0055329-71.2005.8.26.0050. 6ª Câmara Criminal. Relator: José Raul Gavião de Almeida. São Paulo, SP, julgamento em 20 de outubro de 2011.

<sup>154</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal n° 9219640-42.2006.8.26.0000. 2ª Câmara Criminal. Relator: Francisco Orlando. São Paulo, SP, julgamento em 18 de junho de 2007. A expressão “circunstâncias pessoais do réu” não é mencionada expressamente. Contudo, o voto do relator refere-se ao “caráter e à boa índole” do acusado, bem como ao fato de ele ter sido universitário à época dos fatos e possuir emprego fixo quando do julgamento da Apelação. Discutiremos mais profundamente os pormenores dos fundamentos das decisões no capítulo 7 deste trabalho.

<sup>155</sup> No capítulo 7 discutiremos em detalhe os critérios utilizados – ou não – na determinação do que pode ser entendido como “pequena quantidade” e os problemas daí decorrentes.

sobre a finalidade do cultivo foi feita predominantemente à luz da prova testemunhal produzida nos autos.

É importante também destacar que em  $n^t$ , boa parte dos acórdãos que tipificaram as situações de cultivo como sendo para fins de consumo considerou os depoimentos dos policiais responsáveis pelas ocorrências insuficientes para comprovar a finalidade de traficância. Mais do que discutir se os depoimentos dos policiais devem ou não ser aceitos como prova, boa parte dos acórdãos enfatizou que o teor da narrativa dos policiais é relevante desde que seja consistente com outros elementos de prova dos autos. Ou seja, afirmou-se que as alegações dos policiais não bastariam por si só para determinar a condenação por tráfico dos acusados.

#### 4.4.3 As condenações por violação ao art. 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06 (plantio para tráfico)

Vimos que em  $n^1$  há 32 casos em que o cultivo de canábis foi tipificado no art. 12, §1º, II, da Lei nº 6.368/76, reconhecendo-se a figura do plantio para fins de tráfico. Em  $n^2$  foram 35 casos em que o cultivo foi tipificado como tráfico, incidindo o art. 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06.

Dentro do universo de análise ( $n^t$ ), portanto, há 67 casos de cultivo de canábis tipificados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo como “plantio para fins de tráfico”. Considerando que  $n^t = 135$ , os casos de plantio para tráfico representam 49,6% da população total de acórdãos.

A Tabela 19 representa a distribuição das quantidades de plantas apreendidas nos casos tipificados como tráfico em  $n^1$ ,  $n^2$  e  $n^t$ :

| Quantidade de plantas     | n <sup>1</sup> | n <sup>2</sup> | n <sup>t</sup> |
|---------------------------|----------------|----------------|----------------|
| 1                         | 9              | 12             | 21             |
| 2                         | 3              | 3              | 6              |
| 3                         | 3              | 4              | 7              |
| 4                         | 1              | 1              | 2              |
| 5                         | 2              | -              | 2              |
| 6                         | 1              | 3              | 4              |
| 7                         | -              | 2              | 2              |
| 10                        | 1              | -              | 1              |
| 11                        | -              | 1              | 1              |
| 12                        | 1              | -              | 1              |
| 14                        | 1              | -              | 1              |
| 15                        | 1              | 2              | 3              |
| 18                        | -              | 1              | 1              |
| 30                        | 1              | -              | 1              |
| 31                        | -              | 1              | 1              |
| 32                        | 1              | -              | 1              |
| 38                        | -              | 2              | 2              |
| 40                        | 1              | -              | 1              |
| 45                        | 1              | -              | 1              |
| 187                       | -              | 1              | 1              |
| 246                       | -              | 1              | 1              |
| “Algumas plantas”         | 3              | -              | 3              |
| + de 10kg (nº indefinido) | -              | 1              | 1              |
| Não consta                | 2              | -              | 2              |

Tabela 19 - Distribuição das quantidades de plantas apreendidas em n<sup>1</sup>, n<sup>2</sup> e n<sup>t</sup> (plantio para tráfico)

Tanto em n<sup>1</sup> quanto em n<sup>2</sup>, a maior parte das condenações por tráfico envolve casos de cultivo de até cinco plantas: são 18/32 casos em n<sup>1</sup> (56,2%) e 20/45 casos em n<sup>2</sup> (57,1%)<sup>156</sup>. Em n<sup>2</sup>, portanto, houve um aumento da quantidade de casos de cultivo de até cinco plantas tipificados como tráfico<sup>157</sup>.

Também em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> a faixa de apreensão de apenas uma planta é a que concentra individualmente a maior parte dos casos de cultivo tipificados como tráfico. Em n<sup>2</sup> houve um aumento da quantidade de casos de cultivo de até uma planta tipificados como tráfico.

Dentro do universo de análise (n<sup>t</sup>), portanto, 38 dos 67 (56,7%) casos tipificados como tráfico de drogas são de cultivos de canábis com até cinco plantas.

<sup>156</sup> Se pensarmos em cultivos de até dez plantas as proporções são ainda mais relevantes: são 20/32 casos em n<sup>1</sup> (62,5%) e 25/35 casos em n<sup>2</sup> (71,4%).

<sup>157</sup> Essa informação é bastante relevante, afinal, a Lei de Drogas tipificou o cultivo para consumo, o que deveria, em tese, implicar uma diminuição significativa nos casos de “pequenos cultivos” tipificados como tráfico. Discutiremos melhor esta questão no capítulo 6.

Em  $n^1$  faixa de apreensão de apenas uma planta é a que concentra individualmente a maior parte dos casos de cultivo tipificados como tráfico: são 9/32 casos em  $n^1$  e 12/35 casos em  $n^2$ , totalizando 21/67 (31,3%) casos em  $n^1$ . Ou seja, cerca de um terço dos casos tipificados como tráfico dizem respeito a cultivos de apenas uma planta, sendo que em  $n^2$  houve um aumento nos casos com uma planta qualificados como tráfico.

Tanto em  $n^1$  quanto em  $n^2$  os réus eram primários na maior parte dos casos de cultivo tipificados como tráfico. Em  $n^1$ , os réus eram primários em 50 dos 67 casos (74,6%); reincidentes em 11 dos 67 casos (16,4%); e qualificados como “portadores de maus antecedentes” em 6 dos 67 casos (9%).

A maior parte dos casos tipificados como tráfico de drogas em  $n^1$ , portanto, diz respeito a cultivos de até cinco plantas envolvendo réus primários.

Em  $n^1$  apenas um caso de cultivo tipificado como tráfico envolvia a apreensão de outra droga além da canábis (crack). Em  $n^2$  29 dos 35 casos contavam com apreensões apenas de maconha; em 2 casos foram apreendidas porções de crack junto com as plantas; em 3 casos foram apreendidas porções de cocaína e crack junto com as plantas; e em um caso foram apreendidos selos de LSD (ácido lisérgico) junto com as plantas de canábis. Em  $n^1$ , portanto, 60 dos 67 (89,5%) casos de cultivo tipificados como tráfico contavam com apreensões exclusivamente de maconha.

A Tabela 20 indica como as drogas apreendidas estavam acondicionadas nas respectivas proporções dos casos analisados em  $n^1$  e  $n^2$ :

| <b>Acondicionamento</b>  | <b><math>n^1</math></b> | <b><math>n^2</math></b> |
|--|-------------------------|-------------------------|
| Somente plantas  | 13                      | 9                       |
| Plantas e porções prensadas                                      | 13                      | 16                      |
| Plantas e pedras de crack  | 2                       | --                      |
| Plantas e sementes   | 3                       | 2                       |
| Plantas e cigarros <sup>158</sup>                                | 1                       | 1                       |
| Plantas, porções prensadas e selos de LSD                        | —                       | 1                       |
| Plantas, porções prensadas e porções de cocaína e crack          | —                       | 5                       |
| Plantas, porções prensadas, porção de haxixe e porção de cocaína | —                       | 1                       |

Tabela 20 – Acondicionamento das drogas apreendidas em  $n^1$  e  $n^2$

<sup>158</sup> Referimo-nos a cigarros de maconha prontos para consumo.

A maior parte das condenações por tráfico em n<sup>1</sup> (51/67), portanto, se deu em casos envolvendo apreensão apenas de plantas de canábis e porções prensadas de maconha

Em n<sup>1</sup>, 26 dos 32 acórdãos que tipificaram o cultivo para fins de tráfico não fizeram qualquer referência a materiais apreendidos no local do cultivo. Nos outros 6 acórdãos há referência a materiais apreendidos na fundamentação da tipificação, com a indicação de que seriam materiais comumente utilizados na comercialização de drogas.

Em n<sup>2</sup> a proporção é inversa: 26 dos 35 acórdãos que tipificaram o cultivo para tráfico referiram-se a materiais apreendidos como indicadores da finalidade de traficância.

Os materiais apreendidos possuem naturezas muito distintas: de sacos plásticos a “prensadores”, passando por “estufas improvisadas” e balanças de precisão. No entanto, em todos os acórdãos analisados a presença destes materiais, com suas características absolutamente distintas, foi utilizada na fundamentação da tipificação do plantio para tráfico. Mais especificamente, a existência destes materiais foi considerada indício da finalidade de traficância dos cultivos.

Esta questão se mostrou bastante relevante dentro do universo de análise. Dentre todos os acórdãos analisados, 33 mencionam a apreensão de algum tipo de material no local do cultivo. Destes 33 acórdãos, 32 tipificaram as situações de cultivo como tráfico de drogas. Em apenas um caso houve referência à apreensão de "sacola plástica com sementes", sendo que a informação não foi utilizada para argumentar o indício da finalidade de traficância<sup>159</sup>. Neste único caso, a existência da "sacola com sementes" foi entendida como fato inerente a qualquer situação de cultivo, não se prestando a indicar a sua finalidade. Discutiremos esta questão detalhadamente no capítulo 7.

Em n<sup>1</sup> quase todos os cultivos tipificados como tráfico localizavam-se no domicílio dos acusados: são 63 dos 67 casos, ao passo que nos outros 4 casos os cultivos localizavam-se em terrenos baldios.

A Tabela 21 indica as provas mencionadas na fundamentação dos acórdãos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> e quantifica os casos que possuem o mesmo repertório probatório:

---

<sup>159</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0009242-88.2005.8.26.0363. 7ª Câmara Criminal. Relator: Francisco Menin. São Paulo, SP, julgamento em 16 de outubro de 2008.

| Provas  | n <sup>1</sup> | n <sup>2</sup> |
|---|----------------|----------------|
| Drogas e materiais apreendidos + depoimento dos policiais                           | 12             | 6              |
| Drogas e materiais apreendidos + depoimento dos policiais + depoimento de terceiros | 20             | 26             |
| Drogas e materiais apreendidos + depoimento dos policiais + escutas telefônicas     | —              | 3              |

Tabela 21 - Provas referidas na fundamentação dos acórdãos em n<sup>1</sup> e n<sup>2</sup> (plantio para tráfico)

Aqui também a maior parte dos acórdãos em n<sup>t</sup> (46/67 - 68,6%) faz referência apenas a três tipos de prova: as drogas e materiais apreendidos (incluindo-se aqui os laudos de criminalística sobre as drogas) , os depoimentos dos policiais responsáveis pelas ocorrências e os depoimentos de terceiros.

Chama atenção o fato de que a prova testemunhal aqui também desempenha um papel central no conjunto probatório. Em n<sup>t</sup> há apenas três casos que contam com prova não testemunhal além dos laudos de criminalística sobre as plantas/drogas. Nestes três casos há fundamentação dos acórdãos menciona o conteúdo da degravação de escutas telefônicas. Os acórdãos indicam que a interceptação telefônica havia sido autorizada judicialmente durante investigação policial contra os réus e os cultivos foram descobertos quando da realização de diligências policiais para cumprimento de mandados de busca e apreensão.

Além disso, importa destacar que nenhum acórdão que tipificou situações de cultivo para tráfico utiliza os depoimentos dos réus em interrogatório judicial em sua fundamentação. Muito embora vários deles mencionem a existência destes depoimentos, não há referência ao teor das declarações na fundamentação da tipificação penal.

Todos os casos de condenação por tráfico em n<sup>t</sup> tiveram início com a prisão em flagrante dos réus e haviam sido tipificados na denúncia como "plantio para fins de tráfico". Em n<sup>t</sup> o tribunal reformou 6 sentenças de primeira instância que haviam reconhecido a finalidade de consumo pessoal nas situações de cultivo, tipificando as condutas como tráfico de drogas.

#### 4.4.3.1 Fundamentação nos casos de plantio para fins de tráfico

Em n<sup>1</sup> o principal argumento utilizado na tipificação do cultivo para fins de tráfico foi o de que o art. 12,§1º, II da Lei nº 6.368/76 não exige comprovação da finalidade de traficância para incidência do tipo penal. Ou seja, prevaleceu o entendimento de que toda situação de plantio à luz da antiga lei de drogas deveria ser tipificada como tráfico de drogas.

Este entendimento foi esposado em 21 dos 32 acórdãos que tipificaram o plantio para tráfico em n<sup>1</sup>. Destes 21 acórdãos, 7 complementaram a fundamentação da tipificação penal com o argumento subsidiário de que a "grande quantidade" de plantas e drogas apreendidas seria inconsistente com o consumo pessoal, indicando a finalidade de traficância. Outros 6 acórdãos complementaram a fundamentação com referências expressas ao teor dos depoimentos dos policiais responsáveis pelas ocorrências. Dois outros acórdãos ainda lançaram na fundamentação o argumento de que a apreensão de porções prensadas de maconha junto com as plantas seria consistente com a finalidade de traficância.

Ainda em n<sup>1</sup>, 9 dos 32 acórdãos apresentaram como fundamento principal da tipificação do plantio para tráfico a grande quantidade de plantas apreendidas. Três destes acórdãos complementaram a fundamentação da tipificação com referências ao teor do depoimento dos policiais responsáveis pelas ocorrências. Dois outros acórdãos referiram-se à existência de porções prensadas e "petrechos" comumente utilizados para embalo e venda de maconha<sup>160</sup>.

Por fim, dois acórdãos em n<sup>1</sup> fundamentaram a tipificação do cultivo de canábis com base no teor do depoimento judicial de testemunhas que afirmaram ter adquirido maconha diretamente dos réus<sup>161</sup>. Nestes casos, a fundamentação da tipificação penal nos acórdãos foi calcada principalmente na prova testemunhal, afirmando-se que a comprovação da finalidade do cultivo decorria do teor do depoimento das testemunhas.

---

<sup>160</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9165693-20.1999.8.26.0000. 3ª Câmara Criminal. Relator: Marcos Zanuzzi. São Paulo, SP, julgamento em 27 de junho de 2002; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 014.60.119900-0. 8ª Câmara Criminal. Relator: Ubiratan de Arruda. São Paulo, SP, julgamento em 25 de novembro de 2004.

<sup>161</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9158385-93.2000.8.26.0000. 3ª Câmara Criminal. Relator: Gonçalves Nogueira. São Paulo, SP, julgamento em 28 de novembro de 2000; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 014.64.295500-0. 10ª Câmara Criminal (antigo Tribunal de Alçada Criminal). Relator: Francisco Menin. São Paulo, SP, julgamento em 22 de novembro de 2004.

Em nº o principal argumento utilizado na tipificação do cultivo para fins de tráfico foi a "grande quantidade" de plantas e/ou drogas apreendidas: 26 dos 35 acórdãos referiram-se a quantidade enquanto principal elemento na determinação da finalidade dos casos de cultivo. Dentre estes 26 acórdãos, seis não se referiram a nenhum outro elemento na tipificação, limitando-se a afirmar que a grande quantidade de plantas seria consistente com a finalidade de traficância. Outros seis acórdãos referiram-se ao teor do depoimento dos policiais responsáveis pela ocorrência para fundamentar a finalidade de traficância dos cultivos. Quatro acórdãos referiram-se ao acondicionamento da maconha na forma "prensada" como um elemento indicativo da finalidade de traficância dos cultivos e outros dois mencionaram expressamente o conteúdo da degravação de escutas telefônicas que serviria a comprovar o dolo específico de tráfico.

Ainda dentre estes 26 acórdãos que utilizaram como argumento principal para fundamentação do plantio para tráfico, outros elementos foram utilizados para tipificação: conteúdo de escutas telefônicas, depoimento de terceiros em juízo, apreensão de materiais (como balanças e cadernetas com anotações indicativas de tráfico), apreensão de grandes quantidades de dinheiro em espécie.

Quatro acórdãos em nº utilizaram o teor do depoimento dos policiais responsáveis pelas ocorrências para fundamentar a existência da finalidade de tráfico em casos de cultivo. Em um destes casos o fundamento da tipificação por tráfico foi complementado pelo fato de o réu ter permanecido em silêncio em seu interrogatório judicial<sup>162</sup>. O acórdão afirmou que se o réu fosse apenas usuário de drogas não teria se mantido em silêncio quando interrogado<sup>163</sup>.

Outros 3 acórdãos em nº utilizaram como fundamento principal para determinação da finalidade de tráfico o teor da degravação de escutas telefônicas contra os réus. Nestes casos, as provas produzidas em razão das interceptações telefônicas foram determinantes para a tipificação penal dos cultivos.

Por fim, outros dois acórdãos em nº utilizaram fundamentos principais distintos na tipificação do cultivo para tráfico. Um deles referiu-se às "circunstâncias da prisão" e à apreensão de pequenas porções de maconha prensada embaladas em pequenos sacos

---

<sup>162</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0000725-16.2012.8.26.0439.4ª Câmara Criminal. Relator: Edison Brandão. São Paulo, SP, julgamento em 25 de junho de 2013.

<sup>163</sup> Por ora abstenho-nos de qualquer consideração jurídica sobre esta - e outras - questão específica. Discutiremos detalhadamente os fundamentos das decisões no capítulo 5 deste trabalho.



plásticos<sup>164</sup>. Neste caso, a descoberta do cultivo pela polícia sucedeu a abordagem do réu enquanto efetuava a venda de porção de maconha a terceiro. Este é o único caso em que o réu foi preso durante a realização de uma venda, nos termos do que fora declarado em juízo pelos policiais responsáveis pela ocorrência.

Há ainda um último acórdão em n<sup>2</sup> que fundamentou a tipificação penal com base no fato de terem sido apreendidos seis vasos vazios junto com as plantas, em outros vasos<sup>165</sup>. Neste caso, afirmou-se no acórdão que os vasos vazios indicariam que o cultivo não se destinaria a consumo pessoal do acusado. Não é possível compreender ao certo o sentido deste argumento lançado. No entanto, cabe destacar que esse e outros tipos de associação entre características físicas do cultivo têm sido associados à finalidade de traficância sem especificação das razões para tanto.

A seguir, discutiremos como a diferenciação entre consumo pessoal e tráfico foi apresentada na fundamentação dos acórdãos do nosso universo de análise.

---

<sup>164</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal n° 9178973-14.2006.8.26.0000. 9ª Câmara Criminal. Relator: Roberto Midolla. São Paulo, SP, julgamento em 13 de dezembro de 2006.

<sup>165</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal n° 0048705-69.2006.8.26.0050. 9ª Câmara Criminal. Relator: Souza Ney. São Paulo, SP, julgamento em 24 de setembro de 2008.

## 5. A FUNDAMENTAÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO PLANTIO DE CANÁBIS: DEFININDO A FINALIDADE DO CULTIVO

Nossa linguagem forense de hoje nos serve, portanto, para dizer, mas, ao mesmo tempo, diz muito de nós mesmos. E, em particular, a linguagem das sentenças traduz ou expressa uma forma de conceber a jurisdição. Por outra parte, muito especialmente, no exercício desta, a maneira de argumentar sobre a prova, de discorrer sobre os fatos, de entender e, sobretudo, praticar a motivação, é muito mais que uma questão técnica, pois remete a um assunto de fundo que é o modelo de juiz que, em realidade, se quer ou não se quer.<sup>166</sup>

O conjunto de decisões judiciais que forma o *corpus* empírico desta pesquisa foi analisado na tentativa de responder a uma pergunta central: nos casos concretos de plantio de canábis, o que é considerado para determinar a finalidade do plantio – tráfico ou consumo pessoal? Procurou-se compreender como os elementos arrolados no §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06<sup>167</sup> são utilizados concretamente na fundamentação da tipificação penal.

A investigação sobre os pormenores da tipificação penal demandou um cuidado adicional na leitura das decisões, sobretudo por se tratarem de acórdãos proferidos em sede de duplo grau de jurisdição. Isso por duas razões.

A primeira delas diz respeito ao entendimento de que a motivação sucinta deve ser considerada fundamentação adequada quando permite ao leitor compreender as razões do convencimento do magistrado (NERY JUNIOR; NERY, 2009: 458). Este entendimento é escorado em precedentes do Supremo Tribunal Federal<sup>168</sup> que pretendem especificar a forma de compreensão do comando constitucional que determina a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade<sup>169</sup>.

<sup>166</sup> Cf. IBÁÑEZ, 2006: 56.

<sup>167</sup> “Art. 28 (...) §2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

<sup>168</sup> Neste sentido, cf: BRASIL, STF, 1ª Turma, RE 77.792/MG, relator Ministro Rodrigues Alckmin, DJ 04/11/1974; BRASIL, STF, 2ª Turma, HC 58.121/RJ, relator Ministro Leitão de Abreu, DJ 26/09/1980; BRASIL, STF, 2ª Turma, AgRgRE 285.052/SC, relator Ministro Carlos Velloso, DJU 28/06/2002

<sup>169</sup> Trata-se do art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*” (grifou-se). A regra foi inserida no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. Antes de sua inserção no texto constitucional a regra vigorava no direito brasileiro por meio de disposições legais. A exigência de fundamentação específica das decisões judiciais já constava dos arts. 118,

A segunda delas diz respeito à admissão da chamada fundamentação *per relationem*, que consiste na remissão a argumentos e justificativas elaboradas em outras peças ou decisões do mesmo processo<sup>170</sup>.

Construiu-se no Brasil o entendimento de que a fundamentação das decisões judiciais, sobretudo dos acórdãos, pode consistir na remissão aos fundamentos lançados em decisões de instâncias inferiores ou em pareceres acostados aos autos do processo. Entende-se que a remissão não viola o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal porque revela as razões de convicção dos magistrados, ainda que consistentes em argumentos lançados em outras partes do processo.

Este entendimento é abarcado tanto pelo Supremo Tribunal Federal<sup>171</sup> quanto pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>172</sup>. No STJ, contudo, este entendimento tem sido complementado com a exigência de que as decisões que adotarem a fundamentação *per relationem* deverão apontar expressamente os trechos importados que componham a razão de decidir. O Ministro Felix Fischer argumentou que

Há divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência quanto à validade da decisão que incorpora essa ordem de motivação. Não obstante, no Superior Tribunal de Justiça, a tendência é aceitá-la, salientando-se, porém, que isto não importa autorizar a mera referência à decisão tomada como fundamento do "decisum", sendo necessário que sejam apontados, de forma expressa, quais os excertos do decisório invocados.<sup>173</sup>

---

parágrafo único, e 280 do Código de Processo Civil de 1939, tendo sido repetida pelos arts. 165 e 458 do Código de Processo Civil de 1973.

<sup>170</sup> Neste sentido, cf: TUCCI, 2011: 204; AVENA, 2011: 35; LIMA, 2011: 1374; GOMES FILHO, 2013: 163

<sup>171</sup> No julgamento do RHC 116.166/SP o relator Ministro Gilmar Mendes assentou: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a técnica da fundamentação *per relationem*, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (BRASIL, STF, 2ª Turma. RHC 116.166/SP, relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 27/05/2014). No mesmo sentido, cf: BRASIL, STF, 1ª Turma. RE 172.292, relator Ministro Moreira Alves, DJ 10/08/2001; BRASIL, STF, 2ª Turma. AgRg no AI 738.982/PR, relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 29/04/2012; BRASIL, STF, 1ª Turma. AgRg no RHC 120.982/SP, relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 25/02/2014; BRASIL, STF, 2ª Turma. Ag no RExt 778.371/SC, relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 16/09/2014.

<sup>172</sup> No julgamento do HC 281.146/RJ o Ministro Felix Fischer afirmou em seu voto: "Não há que se falar em inobservância ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, porquanto a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal assentou-se no sentido de que a técnica da fundamentação *per relationem*, em que o magistrado se utiliza de trechos de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais" (BRASIL, STJ, 5ª Turma. HC 281.146/RJ, relator Ministro Felix Fischer, julgamento em 02/10/2014). No mesmo sentido, cf: BRASIL, STJ, 5ª Turma. AgRg no RMS 27.518, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 20/02/2014; BRASIL, STJ, 6ª Turma. RHC 39.665/RJ, relator Ministro Nefi Cordeiro, julgamento em 18/06/2014; BRASIL, STJ, 6ª Turma. HC 277.823/PR, relator Ministro Rogério Schietti Cruzm julgamento em 21/10/2014.

<sup>173</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1107.191/SP. 5ª Turma. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, j. 3 de março de 2009. No mesmo sentido, também cf.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 176238/SP. 5ª Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, j. 1 de junho de

Assim, a admissão tanto da motivação sucinta quanto da fundamentação *per relationem* traz ao menos duas implicações importantes para este trabalho. A primeira delas já foi mencionada no capítulo metodológico desta dissertação: em determinados casos sequer foi possível incluir o acórdão na população desta pesquisa em razão da carência total de fundamentação.

A segunda implicação é a exigência de cuidados adicionais na leitura dos acórdãos que se utilizavam de remissão na fundamentação, ou simplesmente apresentavam motivação sucinta. Em muitos casos o escrutínio dos argumentos lançados pelos magistrados só se mostrou possível a partir da sistematização de justificativas e trechos de sentenças ou pareceres que constavam dos relatórios dos acórdãos.

Considerando que o que se busca nesta pesquisa é investigar as razões de decidir relativas à tipificação de casos de plantio de canábis, impôs-se a leitura ainda mais minuciosa dos acórdãos cuja fundamentação era mais sucinta.

No capítulo 2 foram elencados os critérios para escolha da metodologia de pesquisa. A opção pela pesquisa de acórdãos, conquanto seja justificável metodologicamente, traz consigo algumas dificuldades que impactam a forma pela qual o trabalho pode ou não responder à pergunta de pesquisa.

É importante explicitar estas limitações da pesquisa. Elas ajudam a evidenciar pontos cegos<sup>174</sup> que podem observados pela comunidade acadêmica na continuidade da investigação deste objeto de pesquisa.

À parte as críticas que se possa fazer à fundamentação dos acórdãos, a pesquisa possibilitou a identificação de alguns elementos que compuseram a convicção dos magistrados na tipificação penal dos casos de plantio de canábis. Neste capítulo discutiremos as informações produzidas no banco de dados desta pesquisa com o fim de formular possíveis respostas à problemática de pesquisa.

Vale retomar a problemática de pesquisa tal como formulada no capítulo 2: *quais os elementos e de que forma eles foram utilizados nas decisões analisadas para tipificação do*

---

2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 220562. 6ª Turma. Rel: Desembargadora convocada Alderita de Oliveira. Brasília, DF, j. 21 de fevereiro de 2013.

<sup>174</sup> MOELLER, 2006: 74-75; 216; VANDERSTRAETEN, 2001: 301-304. Ainda sobre o conceito de ponto cego, cf. FOERSTER, 1981.

*plantio para consumo pessoal (art. 28, §1º, da Lei de Drogas) e do plantio destinado a fornecer drogas a terceiros (art. 33, §1º, II)?*

Sugerimos ainda o desdobramento da pergunta central de pesquisa em outras mais específicas:

- (a) Como a expressão “pequena quantidade” a que alude o §1º do art. 28 da Lei de Drogas foi interpretada nas decisões analisadas? O que os juízes utilizaram nas decisões para definição de “pequena quantidade” de droga a que se refere o §1º do art. 28 da Lei de Drogas, na descrição do núcleo objetivo do tipo?
- (b) Quais provas são consideradas pelos magistrados para tipificação das condutas nos artigos 28, §1º ou 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06?
- (c) O que, além da *quantidade*, foi utilizado para determinar se o plantio se destinava a consumo pessoal? De que forma os elementos constantes do §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06 são utilizados na fundamentação das decisões analisadas?
- (d) Outros elementos foram utilizados na determinação da finalidade das situações de cultivo? Se sim, qual(is) e de que forma eles foram apresentados na fundamentação das decisões?

Para responder à pergunta central e às perguntas específicas dividiremos este capítulo em quatro partes. A primeira delas discute como as decisões interpretaram, mensuraram e valoraram a “quantidade” de drogas nos casos de plantio de canábis.

Na segunda parte discutiremos como os antecedentes, a conduta e as “circunstâncias pessoais e sociais” do agente foram utilizados na fundamentação dos acórdãos no nosso universo de análise.

A terceira parte discute as características do conjunto probatório presente nos casos e a forma como as provas produzidas são relacionadas especificamente à fundamentação da tipificação penal. Focalizaremos a discussão no acervo probatório e na forma como as provas produzidas nos processos foram utilizadas na fundamentação das decisões. Daremos especial atenção à prova testemunhal e ao valor probatório do depoimento dos policiais responsáveis pelas ocorrências. Ainda, discutiremos como os acórdãos dialogam com a dogmática penal e processual penal na questão específica da comprovação da finalidade da conduta penalmente relevante.

Na quarta parte discutiremos como os materiais apreendidos nos cultivos são avaliados na fundamentação da tipificação penal. Considerando que o §2º do art. 28 da Lei de Drogas não faz referência a estes elementos (materiais apreendidos), aqui discutiremos quais outros elementos, além da quantidade (mencionada nos §§1º e 2º do art. 28 da Lei de

Drogas), são utilizados e de que forma eles aparecem na fundamentação das decisões analisadas.

### 5.1 De que quantidade estamos falando?

Vimos que a Lei nº 11.343/06 tipificou a figura do plantio para consumo e conferiu dupla importância à noção de *quantidade*: a “pequena quantidade” compõe o núcleo objetivo do tipo do art. 28, §1º e a “quantidade da substância apreendida” deve ser considerada na análise do elemento subjetivo (art. 28, §2º).

A forma como o tipo penal do “plantio para consumo” foi redigido incorporou alguns elementos importantes para compreensão do seu *elemento objetivo*<sup>175</sup>:

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. (grifamos)

O §1º do art. 28 da Lei de Drogas refere-se ao cultivo de “plantas destinadas à preparação de pequena quantidade” de drogas. O texto literal da lei permite que façamos duas afirmações: (i) a capacidade produtiva<sup>176</sup> das plantas é um elemento relevante na tipificação; e (ii) a noção de “pequena quantidade” de drogas integra o elemento objetivo do tipo.

As afirmações são diferentes e estão relacionadas entre si: podemos dizer que *a capacidade produtiva das plantas é um elemento relevante na tipificação porque afeta diretamente a quantidade de droga que por elas pode ser produzida*. Se, como argumentaremos a seguir, a quantidade de droga que pode ser produzida com uma planta

<sup>175</sup> Sobre os núcleos descritivos e normativos do elemento objetivo do tipo, cf. ZAFFARONI, et. al., 2002: 483-504; ROXIN, 2007: 304-306.

<sup>176</sup> Sobre nossa concepção de “capacidade produtiva”, cf. nota 92 *supra*.

compõe o elemento objetivo do tipo do plantio para consumo, a capacidade produtiva das plantas importa para a tipificação objetiva<sup>177</sup>.

A capacidade produtiva do cultivo importa porque o núcleo objetivo do tipo penal refere-se à destinação das plantas para produção de pequena quantidade de droga. Ou seja, quanto uma planta ou conjunto de plantas pode produzir de folhas secas é relevante para que se possa identificar se se destinam a preparar pequena ou grande quantidade de droga.

No capítulo 3 vimos que uma situação de cultivo com várias plantas em condições ecológicas não favoráveis pode produzir pequena quantidade de maconha. Da mesma forma, um cultivo com poucas plantas em condições ecológicas favoráveis pode produzir grande quantidade de maconha<sup>178</sup>. Em outras palavras, a capacidade produtiva de um cultivo é altamente relativa, sobretudo porque é dependente do controle de variáveis ecológicas e influenciada pela individualidade biológica<sup>179</sup> das plantas.

A literalidade do texto do §1º do art. 28 da Lei de Drogas é bastante importante<sup>180</sup>: a expressão “pequena quantidade” é mencionada enquanto uma qualidade das drogas a serem produzidas com as plantas, não como uma qualidade do plantio. Dito de outra forma, a lei refere-se à pequena quantidade de drogas que pode ser produzida a partir de um plantio, e não à pequena quantidade de plantas em um cultivo. Essa é uma distinção relevante para este trabalho e está com ele imensamente conectada

A expressão “pequena quantidade”, portanto, refere-se à quantidade de droga que pode ser produzida em determinado plantio. E a expressão integra o núcleo ou elemento objetivo do tipo penal do plantio para consumo porque diz respeito a uma qualidade da ação

<sup>177</sup> Tipificação objetiva aqui entendida como a análise sobre a relação entre os fatos concretos e os elementos objetivos do tipo penal.

<sup>178</sup> É verdade, no entanto, que a probabilidade de os cultivos de canábis possuírem capacidade produtiva inferior é maior. Isso porque as variáveis mais importantes do processo produtivo – fatores ecológicos e individualidade biogenética das plantas – são extremamente difíceis de controlar, quando são controláveis (THOMAS, 2012: 2; 280-282). Soma-se a isso o fato de que o controle dos fatores ecológicos no plantio de canábis é também influenciado pela clandestinidade dos plantios e pela proibição legal do cultivo (LENTON, 2011: 197-213). Discutiremos mais profundamente esta questão no capítulo 7.

<sup>179</sup> Sobre o conceito de individualidade biológica, cf. LITTLE, 1954; WILSON, 1999; CHEDIAK, 2005: 65-78; CLARKE, 2010: 312-325. Para nós, à parte as infundáveis discussões filosóficas e biológicas a respeito do conceito, importa compreendê-lo, em linhas gerais, como referência à individualidade genética e às características biológicas dos organismos vivos. As ações e *capacidades* de cada organismo estão relacionadas à sua individualidade biológica.

<sup>180</sup> É possível afirmar que, de modo geral, a literalidade do texto dos dispositivos penais é tanto o principal norte interpretativo, quanto um dos principais limites à sua interpretação. É o principal norte interpretativo porque é a letra da lei que define o crime, no sentido a que se refere o brocardo *nulla poena sine lege*, e a literalidade do texto normativo exerce um importante papel na comunicação do sentido da regulação (TOCILDO, 1993: 108-110; ZAFFARONI, 2002: 116-119; POZO, 2013: 73-76). Da mesma forma, a literalidade do texto legal é uma garantia que limita a aplicação da lei e, portanto, limita a interpretação da lei (DEL ROSAL, 1956: 481-488; ZAPATERO, 1983: 9-46; OCHOA, 2015: 123-137).

– o cultivo –, e não a uma qualidade do sujeito (intencionalidade/finalidade) (JESCHECK & WEIGEND, 2002: 318-320). Vale a pena explorar um pouco mais detalhadamente esta questão.

Nos termos do §1º do art. 28, “[à]s 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”. O dispositivo descreve ações possíveis que um sujeito possa realizar com determinada finalidade.

As ações são descritas pelos verbos (semear, cultivar e colher) e são qualificadas por substantivos e adjetivos (plantas destinadas a preparação de pequena quantidade de droga). Estes elementos compõem o núcleo objetivo do tipo penal.

Por outro lado, o elemento subjetivo<sup>181</sup> do tipo no dispositivo legal é referido pela expressão “para seu consumo pessoal”. A expressão refere-se à intencionalidade do agente, ou a que fim se destinaria o plantio, por isso integra a tipicidade subjetiva do delito (MIR PUIG, 2005: 258; ROXIN, 2007: 307-311).

A Lei de Drogas, então, regula como determinar se um plantio “se destinava a consumo pessoal” (art. 28, §2º):

§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.

Há no dispositivo referência à “quantidade de substância apreendida”. Nos casos de plantio, podemos perguntar “qual substância apreendida”? A(s) planta(s) ou as drogas? À primeira vista, a redação do dispositivo parece indicar tratar-se das drogas, afinal, plantas não são substâncias, são organismos (ou plantas, apenas).

No entanto, em situações de cultivo, há grandes chances de a apreensão das plantas ocorrer em momentos em que nenhuma droga tenha sido produzida. Nesses casos então a “quantidade” não seria um elemento a ser considerado na determinação da finalidade do cultivo? A quantidade seria um critério vazio para determinar a finalidade dos cultivos ainda não florescidos?

---

<sup>181</sup> Cf. nota de rodapé 40 *supra*.



Parece-nos que a resposta para estas duas questões é negativa e que a noção de capacidade produtiva novamente assume um papel importante, agora na tipificação subjetiva do plantio para consumo/tráfico.

A quantidade de plantas não indica por si só a quantidade de drogas que pode ser produzida: é apenas um dentre vários fatores que compõem a capacidade produtiva do cultivo. Nos casos em que as apreensões das plantas são feitas em momentos anteriores à colheita das flores, faz sentido avaliar a quantidade potencial de drogas a serem produzidas considerando a capacidade produtiva do plantio.

A Lei de Drogas, portanto, utiliza a noção de “quantidade” em dois aspectos diferentes dos tipos penais de plantio para consumo e tráfico: (a) a “pequena quantidade” de droga compõe o elemento objetivo e (b) a “quantidade da substância apreendida” deve ser considerada na determinação do elemento subjetivo.

No caso específico do plantio, a lei focaliza a quantidade de drogas e o potencial produtivo das plantas, em contraposição à quantidade de plantas em si. A quantidade de plantas parece ser relevante enquanto componente da capacidade produtiva dos vegetais, e é justamente sobre o que se pode produzir com os vegetais que lei parece ter mais interesse.

#### 5.1.1 Concretizando a noção de *quantidade* no universo de análise.

Partimos da constatação de que o único denominador comum entre todos os acórdãos no que se refere à avaliação da quantidade de drogas é o número de plantas. Poucos acórdãos fazem quaisquer outras referências que não o número de plantas apreendidas. Alguns se referem ao tamanho das mudas e outros aos pesos “líquido” e “bruto” das plantas. Pouquíssimos mencionam o estágio do desenvolvimento das plantas e nenhum faz menção ao sexo das herbáceas.

Essa constatação evidencia uma grande dificuldade em compreender a dimensão empírica das situações de cultivo analisadas. A pesagem das plantas para mensuração da quantidade de drogas é em si problemática. Há registros de que o peso das flores secas da canábis é em média dez vezes menor que o peso da planta (LEGGETT, 2006: 23)<sup>182</sup>. Além

---

<sup>182</sup> Conrad (2007: 7) afirma que os registros científicos indicam que as flores secas para consumo, em média, pesam entre 18% e 28% do peso total da planta após o processo de secagem. De Launey (1996: 127) realizou uma pesquisa com cultivadores profissionais de canábis na Austrália e relata uma média de produtividade das

disso, a inexistência de qualquer parâmetro para apresentação das informações sobre a quantidade de plantas (ou drogas) apreendidas dificulta a visualização das dimensões concretas a que se referem os casos de cultivo julgados pelo tribunal.

A utilização do número de plantas apreendidas enquanto denominador comum que serve de fio condutor à noção de *quantidade* referida na Lei de Drogas é altamente problemática. Vimos no capítulo 2 que há uma série de fatores determinantes para o sucesso de um cultivo de canábis que também influenciam as características físicas do plantio. A capacidade produtiva nos cultivos de canábis é altamente variável e parece fornecer melhores informações sobre as características empíricas de um plantio.

Além disso, vimos no capítulo 6 que a capacidade produtiva do cultivo parece ser um elemento importante que a Lei de Drogas incorpora implicitamente na sua redação. Estas e outras questões importantes não foram discutidas nos acórdãos do nosso universo de análise.

Poucos acórdãos fizeram referência a outras métricas para dimensionamento empírico das situações de cultivo. O peso das plantas também foi utilizado como métrica na apresentação da “quantidade” apreendida. À parte o número de plantas, alguns acórdãos referiram-se aos pesos “líquido” e “bruto” das plantas:

A acusação é no sentido de que no dia 10 de agosto de 2010, por volta das 18h00min, na Rua Alicio Ferrari, n.º 71, Vila Esperança, na cidade e Comarca de Avaré, o réu cultivava, sem autorização e em desacordo com determinação legal regulamentar, uma planta verde com 50cm (cinquenta centímetros) de altura e peso bruto de 26,800g (vinte e seis gramas e oitocentos miligramas) da substância entorpecente Cannabis Sativa L, vulgarmente conhecida como maconha, que se constitui em matéria-prima para a preparação da droga com o mesmo nome.<sup>183</sup>

(...) um feixe de galhos, um caule e fragmentos vegetais de cannabis sativa L, vulgarmente conhecida como maconha, com peso líquido total de 316,71 g (trezentos e dezesseis gramas e setenta e um centigramas) (...)<sup>184</sup>

Nenhum destes acórdãos, contudo, especificou o que significaria o peso bruto em contraposição ao peso líquido das plantas. Ou seja, são afirmações que fazem referência a objetos do mundo empírico sem estabelecer algum de tipo de critério que nos permita fazer

---

plantas entre 2oz e 5oz por planta (aproximadamente entre 30g e 150g). A pesquisa de De Launey aponta para uma produtividade maior das plantas porque ela foi feita com cultivadores profissionais, que vendem canábis no mercado lícito e ilícito no país.

<sup>183</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0007786-27.2010.8.26.0073. 5ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Luís Carlos De Souza Lourenço. São Paulo, SP, j. 15 de dezembro de 2011.

<sup>184</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0001842-59.2010.8.26.0650. 8ª Câmara Criminal. Relator: Louri Barbiero. São Paulo, SP, j. 11 de abril de 2013.

uma aproximação com os aspectos concretos das situações de cultivo. A simples utilização das expressões “peso bruto” e “peso líquido” não permite compreender o que diferencia os dois tipos de pesagem. Não foi possível identificar, por exemplo, se o peso bruto inclui as raízes e a terra, ou se o peso líquido exclui as folhas das plantas.

Esta questão está longe de ser um detalhe. O correto dimensionamento físico das situações de plantio é essencial para que o julgador promova sua dupla avaliação, sobre o tamanho do cultivo (pequeno ou grande) e sobre a sua finalidade. A falta de critérios para esse dimensionamento físico do plantio permite que situações de cultivo muito distintas sejam aproximadas de forma imprópria:

Segundo a denúncia, no dia 17 de fevereiro de 2001, por volta das 10:00 horas, o apelante em unidade de desígnios com a co-ré Luciana Raimunda da Silva, cultivou um arbusto de maconha em seu quintal com um metro e vinte de diâmetro e cerca de dois metros de altura, com ‘incontáveis folhas, flores e frutos ainda verdes’ e peso bruto de aproximadamente dois quilos e duzentos gramas.<sup>185</sup>

[a] substância apreendida se trata da erva *Cannabis sativa* L., vulgarmente denominada maconha, sendo que 1095,0g se referem a 246 pés que estavam sendo cultivados; 174,91g atinentes a sementes da erva; 62,68g ao tóxico já na forma prensada, dividido em três unidades, e 15,73g de sementes e fragmentos vegetais da mesma erva, sendo certo que todas as porções foram apreendidas na residência do apelante, o que, aliado às circunstâncias da sua prisão, demonstram que estava o acusado a semear e cultivar a droga ilícita.<sup>186</sup>

Os casos acima exemplificam a impropriedade a que nos referimos. No primeiro deles, foi apreendida uma planta de canábis com “peso bruto de aproximadamente dois quilos e duzentas gramas”. No segundo deles, foram apreendidas 246 plantas de canábis com peso inferior a dois quilos (1,095kg) – que podemos assumir tratar-se de pesagem “líquida” das plantas, neste caso. Ou seja, temos, de um lado, uma planta com peso bruto atingindo 2,2kg e, de outro, 246 plantas com peso (líquido) de 1,095kg.

Além da falta de clareza na diferenciação dos critérios para pesagem bruta e líquida, há um problema em si na informação produzida a partir do peso bruto das plantas. Essa prática tem sido denunciada pelos cultivadores e por advogados que atuam em causas de

---

<sup>185</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9226193-47.2002.8.26.0000 . 3ª Câmara Criminal. Relator: Oliveira Ribeiro. São Paulo, SP, j. 30 de setembro de 2003.

<sup>186</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0009116-64.2007.8.26.0073. 8ª Câmara Criminal. Relator: Marco Antônio Cogan. São Paulo, SP, j. 18 de outubro de 2012.

cultivo<sup>187</sup>. A crítica é óbvia e antecede qualquer objeção que se possa fazer às métricas de determinação da quantidade: não faz absolutamente nenhum sentido a pesagem das plantas com vasos e terra.

Há ainda casos mais problemáticos, em que o peso das plantas é apresentado sem nenhum tipo de qualificação ou referência, como é possível perceber nos trechos abaixo:

A autoria também é incontroversa e indubitosa em razão de ter sido Renan de Assis surpreendido cultivando uma planta de maconha, no quintal de sua residência, medindo quase dois metros de altura e pesando mais de quatro quilos, com o fim evidente de fornecimento a terceiros.<sup>188</sup>

Dentro do imóvel foram encontradas (com o peso total de vinte e cinco quilos) trinta plantas do entorpecente (algumas com mais de dois metros) e várias sementes, e ainda mais meio quilo dessa mesma droga, em sua forma usual, encontrado, parte na residência, e parte dentro do carro do acusado (fls. 13/4, 174/77 e 250).<sup>189</sup>

Policiais Militares, por conta de denúncia anônima, comparecem ao local dos fatos e logram localizar e apreender várias árvores e arbustos do entorpecente, além de instrumental para preparação da droga, mormente uma estufa improvisada, ventiladores, luminárias, manuais apostilados com técnicas de plantio do entorpecente. Diante dessas circunstâncias, o acusado é detido em flagrante.<sup>190</sup>

Assim, a referência ao peso das plantas traz consigo diversos problemas. O mais importante deles, no entanto, refere-se ao sentido que é dado à pesagem das plantas em contraposição às características físicas e circunstâncias ecológicas que circunscrevem qualquer plantio.

O peso de uma planta serve tão somente para fornecer algum tipo de dimensionamento físico das suas características. Em outras palavras, serve apenas para que possamos conseguir visualizar o “tamanho” da planta.

<sup>187</sup> No dia 08 de maio de 2015 foi promovida uma audiência pública na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro para discussão dos novos rumos da política de drogas brasileira. Na oportunidade, diversos ativistas, cultivadores e advogados presentes denunciaram a prática da pesagem das plantas com seus vasos e terra e enfatizaram a grande crítica feita aos critérios de diferenciação do usuário e traficante na Lei de Drogas. Neste sentido, cf. <http://vivario.org.br/para-carlos-minic-e-preciso-cumprir-a-lei-de-drogas/>. Acesso: 07/01/2016

<sup>188</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9097292-17.2009.8.26.0000. 6ª Câmara Criminal. Relator: Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo, SP, j. 10 de novembro de 2011.

<sup>189</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9178690-30.2002.8.26.0000. 2ª Câmara Criminal. Relator: Teodomiro Mendez. São Paulo, SP, j. 12 de setembro de 2005.

<sup>190</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9088613-67.2005.8.26.0000. 4ª Câmara Criminal. Relator: Luis Soares de Mello. São Paulo, SP, j. 28 de agosto de 2007.

A falta de critérios para determinar como as plantas devem ser pesadas traz ainda outro problema: afinal, essa pesagem inclui qual parte das plantas? A depender de como definimos pesos “líquidos” e “brutos”, podemos aproximar plantas com características absolutamente distintas, bem como podemos distanciar plantas com características similares.

O que mais chama atenção, contudo, é a interpretação que a maior parte dos acórdãos deu ao peso das plantas apreendidas: quanto mais plantas ou quanto maiores elas forem, maior será sua produtividade. Essa afirmação só pode ser verdadeira se estivermos comparando plantas da mesma *variedade genética*<sup>191</sup> cultivadas exatamente nas mesmas condições ecológicas.

O trecho a seguir exemplifica essa associação automática e biologicamente frágil feita em boa parte dos acórdãos:

Quem é apanhado em pleno "iter criminis", como aqui, cultivando entorpecente - maconha - em sua própria residência, em fartíssima quantidade - mais de 10 kg (!!), entre árvores, arbustos em vasos e folhas em fase de secagem, f 62 -, mostrando, nitidamente, comércio, não tem como justificar a situação. **Não há explicação razoável ou verossímil para tal porte de entorpecente, senão aquele que o entenda destinado ao comércio. Fugir desta realidade é fechar os olhos ao óbvio e desprezar o bom-senso. Essa certeza visual, evidente e cristalina** dos acontecimentos, então, consubstanciada na flagrância delitiva, e na perfeita e bem realizada operação da Polícia Militar, é marco indelével de autoria.<sup>192</sup> (grifamos)

Outro trecho extraído de acórdão diferente também explicita a correlação traçada automaticamente entre as dimensões físicas do cultivo e sua produtividade:

A prova colhida é clara e direta e autoriza a condenação do acusado pelo tráfico, nos termos do artigo 33, §1º, II da Lei 11.343/06. Mediante fotografias encontradas no celular da testemunha Willian, os policiais chegaram à residência do acusado e encontraram 07 pés de maconha plantados do lado de fora da casa (folhas 63), com cerca de três metros cada um, sistema de irrigação, além de petrechos para industrialização artesanal.

(...)

**Isso porque a quantidade de plantas apreendidas, indica clara destinação ao comércio ilícito. A quantidade de material, de resto, mostra-se incompatível com o mero consumo, ainda que considerada a condição de viciado de acusado, mormente ao se**

<sup>191</sup> Cf. nota 95 *supra*. Variedade genética é uma subcategoria classificatória da *Espécie*, em biologia, e comumente se refere a diferentes combinações genéticas de vegetais.

<sup>192</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9088613-67.2005.8.26.0000. 4ª Câmara Criminal. Relator: Luis Soares de Mello. São Paulo, SP, j. 28 de agosto de 2007.

**considerar o tamanho das plantas, cerca de três metros, segundo informação do policial, capaz de fornecer quantidade razoável de entorpecente.** Frise-se, ainda, que é perfeitamente natural a coexistência entre o cidadão usuário e o mesmo cidadão traficante.

(...)

E a destinação a terceiros mercantil ou não evidencia-se pela quantidade de material apreendido. **Não é crível nem razoável que alguém, procurando manter seu vício sem precisar adquirir drogas de traficante, mantenha em sua residência tamanha quantidade de plantas e petrechos** para industrialização artesanal, indicativo de que a destinação do material só pode ser o fornecimento ao consumo de terceiros.<sup>193</sup> (grifamos)

Os dois trechos evidenciam a associação automática feita entre o tamanho de um cultivo ou das suas plantas e sua capacidade produtiva. Há uma assunção de que plantas com grandes dimensões necessariamente serão capazes de produzir mais drogas (flores).

Vimos no capítulo 2 que os fatores ecológicos do plantio e a individualidade biológica das plantas determinam as características e a produtividade do cultivo. O tamanho de uma planta, por exemplo, pode ser influenciado pela irrigação do sistema de cultivo e pela quantidade de luz solar a que ela é submetida. Os limites físicos de até onde a planta pode crescer podem ser respostas do vegetal aos estímulos ecológicos, que dependem de suas características genéticas específicas (VAN DER WERF et ali, 1999: 85).

Estas respostas fisiológicas do vegetal podem ou não estar relacionadas à sua capacidade produtiva. O tamanho da planta é, assim como sua capacidade produtiva, *consequência* da sua individualidade biológica e do conjunto de todos os fatores biológicos que circunscrevem o cultivo. Uma planta grande é grande porque foi submetida a estímulos que a fizeram crescer. Da mesma forma, uma planta (grande ou não) produz uma quantidade determinada de flores porque foi submetida a estímulos que condicionaram sua capacidade produtiva.

Ou seja, uma planta de canábis pode atingir grandes proporções em resposta aos estímulos ecológicos sem aumentar sua capacidade de produção de flores. Da mesma forma, cultivos que possuem mais plantas distribuídas em maiores áreas também não implicarão necessariamente em maior produtividade de flores. Nesse sentido, Potter et ali. afirmam: “Não é necessariamente o caso de que todos aqueles que cultivem mais plantas consigam

---

<sup>193</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0111498-34.2012.8.26.0050. 4ª Câmara Criminal. Relator: Edison Brandão. São Paulo, SP, j. 12 de agosto de 2014.

colher mais por cultivo, nem de que aqueles que utilizam maiores áreas para o cultivo necessariamente produzem mais *cannabis*” (POTTER, et. ali., 2014: 272)<sup>194</sup>.

As características físicas de um cultivo variam muito e são influenciadas por fatores ecológicos do ambiente e aspectos biológicos das plantas (CROMACK, 1998: 205-210; DENTON et al., 2001:1005-1012). Além disso, “[a]lguns cultivadores simplesmente preferem plantar um número de pequenas plantas enquanto outros preferem plantar um número menor de plantas maiores” (POTTER, et. ali., 2014: 272)<sup>195</sup>.

A quantidade de plantas e a sua distribuição física no cultivo é relacionada com a densidade do plantio e com a maximização da exposição dos vegetais à luz. Isso é especialmente importante nos cultivos *indoor* por conta das limitações ao crescimento vertical das plantas e das condições de irradiação da luz elétrica (DUNCOMBE & POTTER, 2012: 618).

Quanto piores as condições de iluminação, maior a necessidade de otimização horizontal do cultivo. Isso porque quanto mais alta for a planta, pior será a distribuição da luz nas suas partes inferiores, próximas ao solo. Por essas e outras razões alguns cultivadores optam por semear mais plantas e controlar o seu crescimento para melhorar sua produção e se adaptar às condições em que é possível realizar o plantio.

Não há um problema em si na pesagem das plantas para compreensão do dimensionamento físico do cultivo. Os dois problemas mais graves identificados na fundamentação das decisões são: (i) a completa falta de parâmetros ou critérios para identificação da quantidade de plantas e drogas apreendida; e (ii) a assunção de que quanto maior a planta ou quanto mais plantas, maior será a capacidade produtiva.

A carência de parâmetros de pesagem evidencia parte das dificuldades concretas enfrentadas na aplicação dos §§1º e 2º do art. 28 da Lei de Drogas. Antes de se discutir o que pode ou não ser considerado pequena ou grande quantidade, precisamos decidir qual métrica utilizaremos para dimensionar os aspectos físicos do cultivo.

Essa questão não nos afeta exclusivamente em razão do modelo de tipificação penal que adoramos com a Lei de Drogas. Países que adotam modelos de *threshold quantities* também relatam dificuldades concretas enfrentadas pelos agentes do sistema de justiça

---

<sup>194</sup> Tradução livre. No mesmo sentido, cf. POTTER, 2010; LENTON, 2011: 197-213.

<sup>195</sup> Tradução livre. No mesmo sentido, cf. CONRAD, 2007: 10-11.

criminal na implementação de outras estratégias de tipificação penal (DE LAUNEY, 1996: 127; LENTON, 2011: 197-213).

Há aqui uma importante interface entre a dogmática jurídica e a biologia, mais especificamente a botânica<sup>196</sup> e áreas afins. Pesquisadores destas áreas têm estudado há muito tempo o cultivo de canábis e há um vasto repertório de informações cientificamente sólidas sobre a ecologia da canábis, em geral, e sobre suas mais diversas características biológicas. A seguir discutiremos duas outras questões biologicamente essenciais sobre a canábis – o sexo das plantas e a capacidade produtiva do cultivo - e a forma como elas se apresentaram no nosso universo de análise.

### 5.1.2 O sexo das plantas de *Cannabis*

Nenhum acórdão do nosso universo de análise menciona o sexo das plantas de canábis apreendidas. Isso implica reconhecer que um fator determinante na capacidade produtiva das herbáceas não foi considerado pelos magistrados.

Definimos neste trabalho a capacidade produtiva como sendo a capacidade (ainda que potencial) de a planta gerar flores com resina de THC – a maconha. Ou seja, no contexto da nossa pesquisa, a capacidade produtiva de um cultivo é a medida quantitativa de droga que se pode produzir em determinadas circunstâncias.

No capítulo 3 afirmamos algo que consideramos ser imprescindível para este trabalho: apenas as flores das plantas fêmeas de canábis produzem quantidades de THC e CBD<sup>197</sup> minimamente consideráveis (HILLIG & MAHLBERG, 2004: 966-967; SMALL & CRONQUIST, 1976: 408-412; COSTA, 1970: 91)<sup>198</sup>. Ou seja, a droga conhecida como *maconha* é uma porção de flores fêmeas de canábis secas.

<sup>196</sup> Entendendo-se botânica em sua concepção mais ampla, como campo da biologia que se dedica ao estudo completo do ciclo de vida dos vegetais, incluindo sua fisiologia, morfologia, ecologia, evolução, anatomia, taxonomia, etc. (MORETI, et. ali, 2000: 1-6; SOUZA & LORENZI, 2005).

<sup>197</sup> Referimo-nos ao  $\Delta^9$ -THC,  $\Delta^9$ -tetra-hidrocanabinol e ao CBD – Canabidiol, os dois principais canabinóides que proporcionam os efeitos vivenciados pelos usuários de maconha. Dissemos anteriormente, e vale relembrar, que o THC é mais associado aos efeitos psicoativos do consumo de canábis (SMALL, 1975: 981-986; MCPARTLAND & RUSSO, 2001: 3; HILLIG & MAHLBERG, 2004: 968-970), ao passo que o CBD é mais comumente associado aos efeitos fisiológicos e terapêuticos (MCPARTLAND & RUSSO, 2001: 4).

<sup>198</sup> Há relatos, no entanto, de experimentos em que foi possível induzir a formação de flores nas plantas masculinas de canábis (RAM et ali., 1972: 263-266; RAM & SETT, 1982: 369-375). Estas circunstâncias são excepcionais e dizem respeito a experimentos botânicos conduzidos em laboratórios que não encontram respaldo anedótico na cultura de cultivo de canábis para fins recreativos.



Afirmamos também que o THC pode eventualmente ser encontrado em quantidades ínfimas em praticamente todas as partes da planta (MAHLBERG & KIM, 2001: 3; HILLIG & MAHLBERG, 2004: 971-975). No entanto, os registros de consumo recreativo de outras partes da canábis que não suas flores são muito raros e quase sempre feitos em circunstâncias experimentais (POTTER, 2011: 2; THOMAS, 2012: 5-6).

Vimos que o delito de “cultivo para consumo” na Lei de Drogas (art. 28, §1º) possui como elemento objetivo do tipo as ações de plantar/cultivar/semear/colher “plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”. Ou seja, compõe o núcleo objetivo do tipo a exigência de que o cultivo seja destinado à preparação de pequena quantidade de drogas.

Da mesma forma, o art. 33, §1º, II da Lei de Drogas<sup>199</sup> tipifica a ação de cultivo para fins de tráfico como sendo relativa a “plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”. Ou seja, compõe o elemento objetivo do tipo de plantio para tráfico a capacidade de as plantas de canábis produzirem drogas.

Considerando que é cientificamente aceito que as drogas preparadas a partir da canábis advêm de suas flores (LEGGETT, 2006: 7), é possível argumentar que o cultivo de plantas do sexo masculino é fato materialmente atípico.

É verdade que planta do sexo masculino pode gerar sementes, que, por sua vez, podem ser feminizadas e gerar plantas fêmeas capazes de produzir flores. No entanto, as plantas macho não são “plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”. São no máximo plantas que podem ser utilizadas para gerar outras plantas que constituem matéria-prima para preparação de maconha. Ou seja, considerar a tipicidade do cultivo da planta macho é criminalizar a possibilidade de produção de sementes que podem ou não ser utilizadas na produção de maconha.

---

<sup>199</sup> “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas (...).”

O fato de nenhum acórdão referir-se ao sexo das plantas nos cultivos apreendidos indica que este importante aspecto da tipicidade material dos casos de cultivo não foi sequer enfrentado.

Pela leitura dos acórdãos não foi possível identificar se a informação a respeito do sexo das plantas apreendidas constava dos laudos de criminalística nos autos. Conseguimos apenas identificar que essa informação não foi considerada pelos juízes na fundamentação da tipificação penal.

Alguns acórdãos, no entanto, enfrentaram alegações da defesa dos réus de que muitas plantas apreendidas eram do sexo masculino:

De mais a mais, no que concerne ao argumento da defesa no sentido de que somente das plantas fêmeas pode-se extrair a substância capaz de causar a dependência (fls. 298), verifica-se que, ao inverso, todas as partes da planta, seja ela feminina ou masculina, contêm o princípio ativo, o tetraidrocanabinol (THC). Da resina das flores da planta feminina, onde há maior concentração de THC, se extrai o haxixe, droga mais potente. (Leis Antitóxicos Comentadas, GILBERTO RENTZ PÉRIAS, 4a edição, 2005, Editora Vale do Mogi, p. 58)<sup>200</sup>

Não bastasse, descabida a alegação de que as plantas não possuíam o princípio ativo que só existe na época da florada, uma vez que o PROERD (Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência) explicita que o uso da maconha se faz usualmente pelo cigarro comum, feito a partir das folhas secas da planta. Também alerta a Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD que o termo Cannabis descreve a maconha e outras drogas derivadas da mesma planta. A primeira advém das folhas da planta e é conhecida por Cannabis sativa e explica que, da resina gomosa das flores das plantas fêmeas advém uma droga mais potente, que contém níveis maiores de THC, denominada haxixe (disponível em [www.apad.clickvida.org.br](http://www.apad.clickvida.org.br), extraído em 17.06.2009)<sup>201</sup>

O argumento é tão inconsistente que merece ser explorado em detalhes. Três afirmações são especialmente importantes porque se situam na contramão da produção científica sobre a canábis e seu cultivo: (i) “todas as partes da planta, seja ela feminina ou masculina, contêm o princípio ativo, o tetraidrocanabinol (THC)”; (ii) “o uso da maconha se faz usualmente pelo cigarro comum, feito a partir das folhas secas da planta”; e (iii) “[d]a resina das flores da planta feminina, onde há maior concentração de THC, se extrai o haxixe,

---

<sup>200</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0052020-39.2008.8.26.0114. 5ª Câmara Criminal. Relator: Juvenal Duarte. São Paulo, SP, j. 20 de maio de 2010.

<sup>201</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9195542-85.2009.8.26.0000. 5ª Câmara Criminal. Relator: Marcos Zanuzzi. São Paulo, SP, j. 25 de fevereiro de 2010.

droga mais potente”. As três afirmações do magistrado exemplificam como a utilização de informações incompletas pode gerar resultados falaciosos.

É verdade que “todas as partes da planta, seja ela feminina ou masculina, contêm o princípio ativo, o tetraidrocanabinol”. Essa afirmação, entendida isoladamente, é consistente com o repertório de conhecimento científico existente sobre a morfologia da canábis (MAHLBERG & KIM, 2001: 3; HILLIG & MAHLBERG, 2004: 971-975). Quanto a isso não há dúvidas.

No entanto, esta afirmação não reproduz informações cientificamente importantes produzidas a respeito do THC nas plantas de canábis e sua possibilidade de consumo. A primeira delas é a de que a concentração de THC fora das flores da canábis é ínfima (KIMURA & OKAMOTO, 1970: 819-820; MAHLBERG & KIM, 2001: 3; THOMAS, 2012: 5). A segunda é a de que o THC encontrado fora das flores da canábis tem biodisponibilidade muito inferior, o que significa que sua capacidade de produzir efeitos fisiológicos e psicoativos em humanos é altamente comprometida (MAHLBERG & KIM, 2001: 3-4).

Ou seja, conquanto seja verdade que o THC é encontrado em várias partes da canábis, apenas os canabinóides encontrados nas flores podem produzir efeitos psicoativos. Assim, podemos dizer que o THC está em várias partes da planta, mas é apenas o THC constante das flores que pode ser utilizado para preparar drogas com fins recreativos (POTTER, 2011:2; VAN BAKEL, 2011: 1-18).

A afirmação de que “[d]a resina das flores da planta feminina, onde há maior concentração de THC, se extrai o haxixe, droga mais potente” também pode ser entendida isoladamente como verdadeira, mas não revela informações importantes sobre o que é o haxixe.

O haxixe é a “resina seca extraída das flores de plantas fêmeas” (MECHOULAM & GAONI, 1967: 176; HONÓRIO et ali., 2006: 318). Em geral, o haxixe possui maior concentração de THC que a maconha (entendida como a flor da canábis) (BAKER et ali., 1980: 49-50). Isso se deve ao fato de que o haxixe é produzido diretamente a partir da secagem da resina das flores, onde há a maior concentração de THC na canábis (CLARKE, 1998, POTTER, 2011: 2-3).

Não se pode, contudo, afirmar que o haxixe é mais potente que a maconha. Primeiramente porque a “potência” das drogas preparadas a partir da canábis não é dada

exclusivamente em razão da concentração de THC<sup>202</sup>. Há ao menos 66 canabinoides que já foram identificados na canábis e sobre a maior parte deles há pouca informação disponível (ELSOHLY, 2002: 29). Muito embora o THC seja tido como principal responsável pelos efeitos psicoativos sentidos pelos usuários, todos os canabinoides possuem algum tipo de efeito fisiológico que compõem as sensações experimentadas com o consumo da droga.

Mesmo se assumirmos uma definição de “potência” como concentração de THC, há registros de flores de plantas canábicas de variedades específicas que possuem concentrações maiores de THC também nos pelos granulosos, e não apenas na resina da flor (PIJLMAN, 2005: 171-180). Como afirmam Honório et ali (2006: 318)<sup>203</sup>

A concentração de compostos psicoativos (canabinóides) na Cannabis é uma função de fatores genéticos e ambientais, mas outros fatores que causam variações no conteúdo psicoativo da planta devem ser considerados, tais como o tempo de cultivo (maturação da planta) e tratamento da amostra (secagem, estocagem, extração e condições de análise).

Ou seja, nem sempre o haxixe será mais potente que a maconha (MECHOULAM & GAONI, 1967: 177-180).

Por fim, a afirmação de que “o uso da maconha se faz usualmente pelo cigarro comum, feito a partir das folhas secas da planta” não é verdadeira. O cigarro de maconha é, sim, feito a partir das *flores* – e não das folhas – secas da planta (BROWNLIE, 2003: 8-10; HILLIG & MAHLBERG, 2004: 967; POTTER, 2011: 2-3). A diferença é terminologicamente sutil e empiricamente gritante.

Todas as plantas de canábis possuem folhas, mas nem todas possuem flores. Além disso, o volume de folhas nas plantas de canábis é muito maior do que seu volume de flores. Isso significa que as folhas da canábis são visualmente muito mais robustas e perceptíveis que as flores da planta.

Muito embora as folhas da canábis possam conter resíduos de THC (ELSOHLY, 2002: 176), não é possível afirmar que o consumo de maconha usualmente se faz pelo cigarro feito de folhas de canábis. Ainda que parte da maconha prensada que é comercializada no Brasil inclua folhas e caules das plantas colhidas<sup>204</sup>, certamente esta prática não decorre da existência de THC nas folhas de canábis. Ao contrário, esta prática

<sup>202</sup> Sobre as dimensões de “potência” da canábis, cf. MCLAREN, 2008: 1100-1109.

<sup>203</sup> No mesmo sentido, cf. HEMPHILL et ali., 1980: 112-122; AVICO et ali., 1985: 61-65

<sup>204</sup> Neste sentido, cf.: <http://coletivodar.org/2012/11/paraguaia-maconha-vendida-em-sp-vem-com-fungos-e-formigas/>. Acesso: 12/08/2015.

compromete a qualidade da maconha produzida e é comumente utilizada para aumentar o volume de substâncias prensadas a um baixo custo. A prensagem da planta com flores e folhas faz com que o volume de “droga prensada” por planta produzida seja muito maior, já que não apenas as flores são utilizadas na preparação da maconha.

Essas questões permeiam a relação dos usuários de canábis com a planta e também afetam diretamente a forma como se planeja o cultivo. Isso porque não é possível identificar o sexo da planta a partir da sua semente (DELLAPORTA & CALDERON-URREA, 1993: 1241-1251).

Contrariamente ao funcionamento do sistema reprodutor no *reino animal*, “o sexo das plantas pode ser consideravelmente modificado por fatores ambientais como a duração do dia, temperatura e fertilização mineral do solo” (GALOCH, 1978: 153). A semente da planta contém uma série de características genéticas que influenciarão a formação do seu sexo junto das condições ecológicas que a circunscrevem (HESLOP-HARRISON, 1956: 588-589).

Cultivadores inexperientes costumam ser prejudicados por essa particularidade genética dos vegetais. Quanto menor o controle que o cultivador tem sobre os fatores ecológicos que influenciam o plantio, menos chances ele tem de produzir plantas fêmeas (GALOCH, 1978: 154).

Mesmo quando há controle total das condições ecológicas de cultivo, a determinação do sexo das plantas ainda é influenciada por uma série de fatores genéticos ainda misteriosos para a ciência (DELLAPORTA & CALDERON-URREA, 1993: 1241-1242)<sup>205</sup>. Há um aspecto randômico que permeia essa questão na ciência e afeta a forma como cultivos – sobretudo de canábis - são pensados<sup>206</sup>.

Isso impacta a estratégia de cultivo para usuários inexperientes: planta-se mais sementes de canábis na expectativa de que parte delas germinará e formará plantas do sexo masculino, ao passo que parte florescerá e formará plantas fêmeas (DECORTE, 2010: 341-343; LENTON, 2011: 200-201). Ou seja, há uma tendência a plantar mais do que se espera

<sup>205</sup> Dellaporta & Caleron-Urrea (1993: 1241) afirmam que a determinação sexual das plantas requer melhor compreensão científica de análises genéticas, da biologia molecular e da bioquímica dos genes que determinam a formação sexual nos vegetais.

<sup>206</sup> No início dos anos 70, Rizzo (1972) cultivou em laboratório 8 sementes de plantas de canábis que haviam sido apreendidas no final dos anos 60. Mesmo em condições laboratoriais de cultivo, apenas 4 das sementes germinaram, sendo que 4 delas formaram plantas do sexo masculino e apenas 1 delas floresceu e formou uma planta do sexo feminino.

cultivar para consumo porque uma parte do plantio muito provavelmente não será capaz de gerar flores consumíveis.

À medida que o cultivador possui mais experiências de cultivo, não só ele consegue controlar melhor as condições ecológicas do plantio como também ele passa a fertilizar mais sementes de plantas fêmeas. No longo prazo, quanto mais a estratégia é repetida em diferentes experiências de cultivo, maior a chance de serem formadas plantas fêmeas<sup>207</sup>.

Usuários mais experientes que dominam a ecologia do cultivo de canábis por vezes conseguem implementar estratégias de *feminização* das plantas de canábis. Basicamente, a “planta-mãe” é cultivada e submetida a situações regulares de stress induzido por fatores ambientais (TOONEN et ali., 2006: 1050). A reação esperada da planta ao stress ambiental é a de florescer e são utilizadas técnicas de polinização específica para aumentar as chances de o vegetal produzir sementes com predisposição genética à feminização.

Estes aspectos biológicos sobre a sexualidade das plantas de canábis não importam apenas para a tipificação formal das situações de cultivo. Eles refletem invariavelmente a realidade empírica em que os casos cultivo estão inseridos. Não há como promover nenhum tipo de abordagem sobre o cultivo de canábis sem se considerar como estes (e outros) fatores biológicos determinam as características concretas do plantio.

O fato de nenhum dos acórdãos do nosso universo de análise fazer referência a estes aspectos biológicos indica um distanciamento muito grande entre o julgador e as especificidades dos casos de cultivo. Mesmo nos casos em que estas questões foram levantadas pela defesa, as fontes utilizadas pelos magistrados na fundamentação dos acórdãos gerou decisões com argumentos e premissas fáticas que são inconsistentes com as informações do repertório científico atual sobre a *Cannabis* e o seu cultivo.

---

<sup>207</sup> Usuários mais experientes que dominam a ecologia do cultivo de canábis por vezes conseguem implementar estratégias de *feminização* das plantas de canábis. Basicamente, a “planta-mãe” é cultivada e submetida a situações regulares de stress induzido por fatores ambientais (TOONEN et ali., 2006: 1050). A reação esperada da planta ao stress ambiental é a de florescer. São utilizadas técnicas de polinização específica para aumentar as chances de o vegetal produzir sementes com predisposição genética à *feminização*. Alternativamente, as plantas-mãe podem ser clonadas ou submetidas a outras técnicas vegetativas de propagação que permitem a reprodução assexuada das plantas (LEGGETT, 2006: 15). Nestes casos, as plantas-clone possuem o exato mesmo genótipo das plantas-mãe (CLARKE, 1981: 35-45). Estas técnicas têm sido reportadas em situações de cultivos “profissionalizados”, sobretudo em países que não criminalizam o cultivo para consumo.

### 5.1.3 Capacidade produtiva e condições ecológicas do cultivo

Até aqui enfatizamos muitas vezes a importância da noção de “capacidade produtiva” para compreender as características empíricas do cultivo de canábis. Neste trabalho utilizamos a expressão para indicar a capacidade de a planta de canábis produzir flores consumíveis.

A principal razão da nossa insistência nesse aspecto é simples: para os fins criminais da Lei de Drogas, a *Cannabis* importa enquanto planta capaz de produzir drogas. Ou seja, muito embora o cultivo de canábis seja proibido, a configuração dos tipos penais de plantio na Lei de Drogas (arts. 28, §1º e 33, §1º, II) requer a análise da capacidade concreta de produção de drogas.

Além disso, a Lei de Drogas utiliza a “quantidade” de drogas enquanto um elemento relevante para a determinação das finalidades de consumo e tráfico. Para avaliar a quantidade de drogas que se poderia ou não consumir precisamos antes dimensionar a quantidade de drogas que se poderia produzir a partir de determinadas plantas.

Vimos que a canábis é altamente adaptável: a planta promove por si alterações morfológicas para se adequar melhor às condições ambientais em que está inserida (DENTON et al., 2001: 1005-1012; POTTER, 2011: 3-4). Estas alterações morfológicas operam sobre o *fenótipo* da planta e são influenciadas pelo seu *genótipo* (WITTEWER, 1974: 216-224). A sua densidade de fibras que compõem o seu caule, por exemplo, é influenciada tanto pelas suas características genéticas quanto pelas condições de iluminação e irrigação do cultivo (CROMACK, 1998: 205-210).

Assim como a densidade do caule, a floração da canábis é igualmente influenciada pelas condições genéticas da planta e ecológicas do cultivo (TOONEN et al., 2006: 1050)<sup>208</sup>.

Um dos principais fatores ecológicos que influenciam o florescimento da canábis é a iluminação. A quantidade de luz a que a planta é submetida e o tipo de luz impactam a sua capacidade de produção de flores (VAN DER WERF, 1994: 117-123). Isso significa que: (i) plantas submetidas a menores períodos de exposição à luz terão menor capacidade de produção de flores; e (ii) plantas submetidas à luz solar tendem a produzir maior quantidade

---

<sup>208</sup> Sobre os fatores ecológicos que influenciam a morfologia da canábis, cf. VAN DER WERF et al., 1999.

de flores<sup>209</sup> (TOONEN et ali., 2006: 1050; POTTER, 2011: 32; POTTER, et. ali., 2014: 270).

Há diferenças importantes entre a capacidade produtiva de um cultivo *indoor* e a de um cultivo *outdoor* (LEGGETT, 2006: 20-26; POTTER, 2011: 9). Na Holanda, pesquisadores estimaram uma média de produção de 33,7g de flores secas por planta em cultivos *indoor*, sendo que há registros de que a produtividade é consideravelmente maior em plantios *outdoor* (CERVANTES, 1993; TOONEN et ali., 2006: 1051). No Reino Unido, pesquisas também indicam essa diferença na capacidade produtiva dos cultivos *indoor* e *outdoor*, com registros indicando média de produção de 50g de flores secas por planta cultivada *outdoor* (BAKER et ali., 1982: 27-36).

Nos cultivos *indoor* o controle da exposição das plantas à luz elétrica impacta significativamente a produtividade (VANHOVE et ali., 2011: 1-3; DUNCOMBE & POTTER, 2012: 618). Nos cultivos *outdoor* a duração do dia e a irradiação da luz solar são os dois fatores de otimização da iluminação do cultivo (VAN DER WERF, 1994: 117-123; VAN DER WERF et ali, 1999: 85)<sup>210</sup>.

A irrigação do sistema de cultivo e a fertilização mineral da terra utilizada também influenciam diretamente a morfologia e a produtividade da canábis (VAN DER WERF, 1994: 119-120; MEIER & MEDIAVILLA, 1998: 16-20; AMADUCCI, 2008: 162). Nos cultivos *indoor* é possível contornar os efeitos das variações climáticas sazonais através de sistemas simples de irrigação, automatizados ou não (LEGGETT, 2006: 20). Nos cultivos *outdoor* a canábis se sujeita às condições climáticas naturais do seu local de plantio. Apesar de a planta ser altamente capaz de se adaptar às condições ambientais (RIZZO, 1972; POTTER et ali., 2011: 4), uma das principais respostas fisiológicas do vegetal pode ser a

---

<sup>209</sup> Afirmamos que essas relações são *tendências* porque há exceções registradas que não podem ser ignoradas. É o caso dos cultivos *indoor* “profissionalizados”, em que as condições ecológicas são ajustadas às particularidades de cada *variedade genética* da canábis, permitindo o florescimento ótimo das plantas mesmo sem luz solar (TOONEN et ali., 2006: 1050; LEGGETT, 2006: 20; BOUCHARD & NGUYEN, 2011: 110).

<sup>210</sup> Os estudos conduzidos por Van Der Werf (1994; 1999) focalizaram a observação das condições de cultivo e desenvolvimento de plantas de canábis conhecidas como “canábis fibrosa”. Estas plantas pertencem ao gênero *Cannabis* e são cientificamente referidas como *Cannabis sativa* L. A canábis fibrosa é conhecida por este nome em razão das suas características morfológicas que permitem sua ampla utilização na produção de fibras, sobretudo de aplicação têxtil (TURNER et ali., 1980: 169-234). Van Der Werf (1994: 122), no entanto, afirma que as relações entre fatores ecológicos e produtividade de flores, fibras e óleos da canábis são similares nas diferentes espécies e variedades da planta. As correlações específicas entre as variáveis e as métricas de produtividade, contudo, são diferentes entre si nas diferentes espécies da canábis. Para nós importa apenas estabelecer que estas variáveis se relacionam e influenciam a produtividade de todo e qualquer cultivo de canábis.



produção de menor quantidade de flores (VAN DER WERF, 1994: 120; DENTON et al., 2001: 1012).

Estes aspectos da capacidade produtiva dos cultivos apareceram de forma residual no nosso universo de análise. Curiosamente, as decisões que determinam condenações por tráfico não se referiram a estas questões, tampouco adentraram na análise das dimensões e características empíricas do cultivo.

Alguns acórdãos que tipificaram o plantio para consumo referiram-se expressamente à capacidade produtiva das plantas enquanto orientação para interpretação concreta dos §§ 1º e 2º do art. 28 da Lei de Drogas:

“Trata-se de apelação contra sentença condenatória do douto Juízo da 6ª Vara Criminal da comarca de Santos (fls. 116/120), que condenou R.F.<sup>211</sup> às penas de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime integral fechado, e multa de 58 diárias, pelo piso, por infração ao art. 12, § 1º, inciso II, da Lei 6368/76, constando que em 24 de fevereiro de 2005, na residência situada à rua Benjamin Constant, nº 12, da referida comarca, o réu foi surpreendido cultivando em dois vasos 14 pés de maconha, cada um dos pés com mais ou menos 38 cm de altura.

(...)

No mérito, entretanto, o resultado beneficia o recorrente. **Impossível reconhecer que mesmo admitindo que o recorrente tivesse conhecimento dos pés de cannabis sativa L que foram encontrados plantados em dois vasos na casa onde morava, pudessem estes destinar-se à mercancia ilícita. Certamente, as plantas, se secas e processadas, como consta dos compêndios científicos a respeito, serviriam, quando muito, ao consumo próprio.**”<sup>212</sup> (grifamos)

A decisão é sobre um cultivo de 14 plantas de aproximadamente 0,5m (meio metro). O caso foi julgado pelo Tribunal em agosto de 2007, pouco tempo antes do primeiro aniversário da Lei de Drogas. Três qualidades da fundamentação do acórdão nos parecem mais evidentes: (i) é sucinta; (ii) é pouco concreta<sup>213</sup>; e (iii) é consistente com o repertório multidisciplinar de conhecimento sobre o cultivo de canábis.

Apesar das eventuais críticas que se possa lançar sobre a decisão, a referência feita à capacidade produtiva do cultivo do acusado está alinhada com o repertório científico

<sup>211</sup> Removemos os nomes originais do réu.

<sup>212</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0001709-63.2005.8.26.0562. 11ª Câmara Criminal. Relator: Aben-Athar. São Paulo, SP, j. 1 de agosto de 2007.

<sup>213</sup> Referimos aqui a um conceito de concretude da fundamentação como a capacidade de: (i) reconstrução dos eventos empíricos juridicamente relevantes (JIAN-JUN, 2007: 3); e (ii) construção de argumentos jurídicos sobre a aplicabilidade ou não do direito a estes eventos empíricos (cf. entre outros, GROSS, 1977: 801; MALTZ, 1987: 67; LIND, 1993: 159).

multidisciplinar sobre o plantio de cânabís. A falta de concretude na fundamentação dificulta a compreensão de alguns aspectos fáticos importantes do caso. No entanto, é possível afirmar que a tipificação desta situação de cultivo incorporou informações científicas sobre o cultivo de cânabís.

Se assumirmos que todas as 14 plantas são fêmeas que irão florescer - algo altamente improvável - e que cada planta pode produzir entre 20g e 30g<sup>214</sup> de flores secas, o cultivo produzirá entre 280g e 420g de maconha ao final do ciclo completo das plantas.

Se imaginarmos que o ciclo das plantas durou quatro meses e que neste mesmo período de tempo seria possível colher novamente, o cultivo renderá entre 70g e 80g de maconha por mês no próximo quadrimestre. Ou seja, na gramática da Lei de Drogas, as plantas apreendidas seriam destinadas a uma produção média de 70g a 80g de maconha por mês. A quantidade de droga que poderia ser produzida é consistente com padrões de consumo de usuários relatados em produções científicas<sup>215</sup>

Vale uma ressalva novamente: a partir da leitura dos acórdãos não foi possível identificar se os laudos de criminalística que acompanham todas as apreensões possuem informações sobre sexo, produtividade, estágio do desenvolvimento. Identificamos apenas que a maior parte dos acórdãos analisados menciona exclusivamente a informação técnica sobre o pertencimento dos vegetais ao gênero *Cannabis*.

A maior parte dos acórdãos do universo de análise afirma apenas que “a materialidade delitiva está comprovada pelos autos de apreensão e constatação de fls., e, principalmente, pelo exame químico toxicológico, positivo para ‘maconha’, fls..”<sup>216</sup>. A partir deste tipo de afirmação não podemos inferir se há outras informações indicadas no laudo.

Poucos acórdãos indicaram informações mais precisas sobre as características físicas dos cultivos presentes nos laudos de criminalística:

---

<sup>214</sup> E aqui nos importa apenas o exercício hipotético sobre as afirmações feitas no acórdão. A faixa de 20g a 30g por planta fêmea é, como vimos, consistente com os registros na literatura especializada (LEGGETT, 2006: 23; VANHOVE et ali., 2011: 158). Vale lembrar que boa parte das pesquisas sobre cultivo de cânabís para fins recreativos é realizada em países que possuem controles penais menos severos sobre a cânabís. A maior parte dos usuários que fazem parte das pesquisas são cultivadores mais experientes em países cuja cultura de cultivo é mais difundida. Se estivermos diante de um cultivador inexperiente a produtividade do cultivo poderá ser muito menor.

<sup>215</sup> Neste sentido, cf. GARCIA, 2013.

<sup>216</sup> Conferir, por exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9063833-73.1999.8.26.0000. 2ª Câmara Criminal de Férias. Relator: Egidio de Carvalho.

Encontrada a droga, isto é, em três porções, tudo bem descrito pelo miliciano a fls. 96, primeira resposta ao MP:

a) quatro (04) pés com peso líquido de 15 (quinze) gramas.

b) Porção de fragmentos prensados com peso líquido de 50 (cinquenta) gramas.

c) Um pé de 67 (sessenta e sete) gramas. Esta também é a descrição do laudo de fls. 45.

Observação: como quatro pés pesam 15 gramas e um só 67 gramas?

A resposta é simples e está no auto de apreensão de fls. 12: os quatro pés estavam secos e o do item "c" acima ainda estava verde, não seco ainda.<sup>217</sup>

Também não é possível afirmar por que razão alguns laudos contêm algumas informações adicionais sobre o cultivo e as plantas e outro não. Não tivemos acesso a quais quesitos foram submetidos à perícia e por isso não podemos afirmar se estas questões haviam sido submetidas aos peritos<sup>218</sup>.

Importa aqui apenas indicar que as informações discutidas neste capítulo sequer compuseram o repertório de questões enfrentadas pelo tribunal. Muito embora a Lei de Drogas tenha conferido dupla importância à noção de “quantidade de droga” no âmbito da tipificação dos crimes de cultivo, a pesquisa indica que a maior parte dos acórdãos tratou destas questões de forma desconectada com o repertório científico recente de outras áreas do saber.

#### 5.1.4 Quantidade e os elementos objetivo e subjetivo dos delitos de cultivo

Foi possível identificar em alguns acórdãos controvérsias sobre o teor dos laudos de criminalística. Algumas decisões discutiram se quesitos apresentados pela defesa aos peritos sobre as características biológicas do cultivo eram essenciais para compor o acervo probatório. Como vimos, prevaleceu o entendimento de que a comprovação de que as plantas são do gênero *Cannabis* basta para tipificação penal:

<sup>217</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9103869-50.2005.8.26.0000. 6ª Câmara Criminal. Relator: Luiz Felipe Nogueira Junior. São Paulo, SP, j. 06 de outubro de 2005.

<sup>218</sup> Alguns acórdãos enfrentaram alegações apresentadas pela defesa dos réus sobre nulidade processual por violação de direito de defesa decorrente da rejeição de quesitos que deveriam ter sido apresentados aos peritos (cf. notas 210 e 211 *supra*). Nestes casos foi possível identificar que a defesa expressamente havia requerido a apresentação de quesitos para o laudo pericial sobre as plantas. Os quesitos, que foram indeferidos, traziam questões sobre sexo, condições de cultivo e capacidade de produção, que a defesa expressamente requereu fossem avaliadas pelos técnicos.

O apelante foi denunciado e condenado como incurso nas penas do tráfico de entorpecentes porque, segundo a denúncia, no dia 04 de maio de 2.001, por volta das 13:40 horas, na Rua Américo Carlos de Almeida, nº 270, Jardim Primavera, na cidade e comarca de Monte Aprazível - SP, semeava e cultivava, para fins de tráfico, 45 pés de *Cannabis Sativa L*, conhecida como maconha, medindo cada um aproximadamente 07 (sete) centímetros, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (...)

Por fim, o questionamento da Defesa quanto ao exame químico toxicológico não merece acolhida. A análise feita, tanto no laudo de constatação (fls. 27), quanto no exame químico toxicológico (fls. 56), levou em conta os elementos que compõem a substância periciada, concluindo que se trata do vegetal *Cannabis Sativa L*, composto de Tetrahydrocannabinol, entre outros, responsável pelos efeitos farmacológicos, estando incluído na Portaria nº 344 - ANVISA (SVS/MS), de 12.05.98.<sup>219</sup>

O argumento é o de que a Portaria nº 344/98 da ANVISA/SVS/MS proíbe todo e qualquer cultivo de canábis, razão pela qual a materialidade dos delitos de plantio se comprova pela informação de que os vegetais são pertencentes ao gênero *Cannabis*. Este entendimento não nos parece adequado.

Vimos que os arts. 28, §1º e 33, §1º, II, da Lei de Drogas referem-se a “plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância” e “plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas”, respectivamente, na descrição do núcleo objetivo dos tipos penais de cultivo.

Estas expressões implicam duas exigências distintas para a configuração do elemento objetivo dos delitos de cultivo. Num plano abstrato, é necessário que a lei ou “listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (art. 1º, parágrafo único da Lei de Drogas) indiquem quais são as plantas que se destinam ou constituem matéria-prima para a preparação de drogas.

Em um plano concreto, também é necessária a comprovação de que as plantas apreendidas são ao menos potencialmente capazes de produzir drogas. Ou seja, no caso da *Cannabis* a tipificação dos delitos de cultivo requer ao menos a comprovação de que as plantas são do sexo feminino.

Isso porque as plantas do sexo masculino não produzem flores e contém quantidades ínfimas de THC em suas estruturas. As plantas de canábis do sexo masculino, portanto, não

---

<sup>219</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9125404-40.2002.8.26.0000. 1ª Câmara Criminal Extraordinária. Relator: Marco Antonio. São Paulo, SP, j. 25 de junho de 2003.

são nem “destinadas à preparação” de drogas, nem “constituem matéria-prima para a preparação de drogas”<sup>220</sup>. Quando muito as plantas do sexo masculino podem gerar sementes que germinem e produzam plantas fêmeas capazes de produzir flores. No entanto, esse potencial de geração de sementes não pode ser considerado “matéria-prima” para produção de drogas porque a planta macho em si não é capaz de fazê-lo.

Esse entendimento parte da premissa de que as drogas são o objeto do controle penal estabelecido na Lei de Drogas. O cultivo de determinadas plantas não é proibido em razão das plantas em si. As plantas importam para as disposições penais enquanto matéria-prima para produção de drogas.

Assim, entendemos ser essencial para a configuração da tipicidade objetiva dos delitos de cultivo a comprovação de que as plantas de canábis sejam ao menos potencialmente capazes de gerar flores consumíveis.

Além disso, a Lei de Drogas também dispõe que *quantidade de drogas* é relevante para determinação dos fins de consumo pessoal e tráfico (§2º do art. 28). Isso implica a necessidade de compreensão das características físicas que influenciam produtividade dos cultivos para que se possa dimensionar a quantidade de droga que pode ser produzida. Ou seja, ainda que desconsideremos a importância das características biológicas das plantas para o elemento objetivo dos delitos de cultivo, elas são essenciais para que possamos diferenciar os casos de consumo dos de tráfico.

Para determinar *qual* a capitulação penal de um cultivo é essencial ao menos estimar a quantidade de droga que as plantas poderiam efetivamente gerar. Não se pode afirmar que determinada quantidade de plantas não poderia se destinar apenas ao consumo sem antes discutir quanta droga poderia ser produzida.

Esta abordagem sobre a tipificação dos delitos de cultivo proporciona ferramentas importantes ao operador do direito e impõe a necessidade de diálogo com outros campos do conhecimento. Isso é especialmente importante para que possamos evitar que decisões sejam constantemente fundamentadas em presunções descompassadas com os aspectos concretos analisados nos autos.

---

<sup>220</sup> De Launey (1996) conduziu uma pesquisa qualitativa com cultivadores de canábis que produzem maconha para venda a terceiros na Austrália. Nas entrevistas realizadas com os cultivadores, De Launey (1996: 127) relata que todos afirmaram não ser possível produzir drogas recreativas a partir das plantas macho de canábis. Isso é consistente com as informações científicas sobre os padrões de concentração dos canabinoides nas plantas macho e fêmea (KIMURA & OKAMOTO, 1970: 819-820; HEMPHILL et ali., 1980: 112-122; AVICO et ali., 1985: 61-65; ELSOHL, 2002: 27-36).

Afirmações como a de que quem é preso “cultivando entorpecente - maconha - em sua própria residência, em fartíssima quantidade - mais de 10 kg (!), entre árvores, arbustos em vasos e folhas em fase de secagem, f. 62 -, mostrando, nitidamente, comércio, não tem como justificar a situação”<sup>221</sup> desconsideram as especificidades do cultivo de canábis. Pior, estas afirmações são utilizadas para fundamentar decisões que trazem graves consequências à vida e à liberdade dos indivíduos.

Além destas questões sobre produtividade do cultivo, para determinar a finalidade de consumo pessoal é necessário discutir concretamente os padrões de consumo<sup>222</sup> do indivíduo.

Aqui também a maior parte dos acórdãos analisados abordou a noção de padrões de consumo de modo bastante superficial. Prevaleceram decisões que traçam associações entre as expectativas críveis ou razoáveis do magistrado sobre padrões de consumo sem qualquer referência às circunstâncias individuais do usuário:

O conjunto probatório figura harmonioso, já que as afirmações dos agentes da lei e a confissão encontram-se em sintonia com as demais provas colhidas, em especial a apreensão de 07 (sete) vasos de maconha encontrados na residência, tornando incontestes a responsabilidade de André pelo crime tráfico de drogas.

A natureza da droga (maconha) e as circunstâncias em que se deram a prisão justificam o reconhecimento do narcotráfico, visto que, apesar do acusado **André não ter sido surpreendido comercializando o tóxico, foi encontrada expressiva quantidade da droga sendo cultivada em 07 (sete) vasos. Observo que o fato das plantas estarem em estágio inicial de crescimento, como mencionando no depoimento dos policiais, não o exime do crime de tráfico, pois a expressiva quantidade de droga encontrada, que é capaz de, em pouco tempo, após sua colheita e preparação, difundir a substância nos mais diversos meios sociais, é incompatível com a tipificação de usuário prevista no artigo 28, § 1º da Lei nº 11.343/06.**<sup>223</sup> (grifamos)

E a destinação a terceiros mercantil ou não evidencia-se pela quantidade de material apreendido. **Não é crível nem razoável que alguém, procurando manter seu vício sem precisar adquirir drogas de traficantes, mantenha em sua residência tamanha quantidade de plantas e petrechos para industrialização artesanal, indicativo de que a**

<sup>221</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9088613-67.2005.8.26.0000. 4ª Câmara Criminal. Relator: Luis Soares de Mello. São Paulo, SP, j. 28 de agosto de 2007.

<sup>222</sup> Sobre a noção de *padrões de consumo*, cf. SMART & WHITEHEAD, 1972: 39-47; BABOR, 1975; LIMA FILHO, 2010; GARCIA, 2013.

<sup>223</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0002980-19.2010.8.26.0470. 6ª Câmara Criminal. Relator: Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo, SP, j. São Paulo, SP 26 de setembro de 2013.

destinação do material só pode ser o fornecimento ao consumo de terceiros.<sup>224</sup> (grifamos)

Não bastasse, tendo em vista a natural deterioração do produto em decorrência de armazenamento, o preço das drogas e a facilidade de aquisição delas, **não é lógica a conclusão de que um mero usuário tenha consigo mais do que o necessário para consumo em curto espaço de tempo.**<sup>225</sup> (grifamos)

Alguns argumentos contrariam inclusive o bom senso: é justamente em razão da sua condição de viciado em maconha que um indivíduo cultivaria grandes quantidades de plantas para “manter seu vício sem precisar adquirir drogas de traficantes”. Aliás, todo o propósito do plantio recreativo da canábis é poder produzir quantidades de droga suficientes para períodos maiores de tempo.

Além disso, é problemática a afirmação de que um “mero usuário” não guarda consigo mais droga “do que o necessário para consumo em curto espaço de tempo”. A assertiva poderia se justificar no contexto da tipificação da posse de drogas prontas, mas não no contexto do cultivo de canábis. Os usuários que decidem plantar buscam otimizar a produção para que consigam estocar a droga produzida e não mais ter de recorrer ao mercado ilícito (POTTER, et. ali., 2014: 264-268).

Outras decisões parecem confundir padrões de consumo de drogas com padrões de vida, como é evidenciado no trecho abaixo:

Conforme também, de forma perspicaz, salientado pelo representante do Ministério Público (fls. 139), ‘*Curioso que, segundo as declarações do apelado, o valor em dinheiro encontrada em sua casa era do sogro. E como nenhuma outra quantia em dinheiro foi apreendida, é de se estranhar que em plena segunda-feira de manhã, por volta das 10h00, o recorrido e sua companheira estivessem ainda dormindo, sem nenhuma preocupação aparente com a obtenção de dinheiro para o sustento da casa*’. Assim, o conjunto probatório releva a ocorrência do crime de tráfico (...)’<sup>226</sup> (destaques do texto original)

O trecho acima claramente aponta para um dos problemas da não especificação de parâmetros de quantidade para a definição do usuário e do traficante de drogas. A ausência de explicitação sobre os critérios para as quantidades de droga abre espaço para que

<sup>224</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0111498-34.2012.8.26.0050. 4ª Câmara Criminal. Relator: Edison Brandão. São Paulo, SP, j. 12 de agosto de 2014.

<sup>225</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9195542-85.2009.8.26.0000. 5ª Câmara Criminal. Relator: Marcos Zanuzzi. São Paulo, SP, j. 25 de fevereiro de 2010.

<sup>226</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0000125-07.2006.8.26.0115. 12ª Câmara Criminal. Relator: Rossana Teresa Curioni Mergulhão. São Paulo, SP, j. 29 de julho de 2011.

considerações sobre a vida pessoal dos indivíduos sejam utilizadas na fundamentação da tipificação penal.

Há ainda outro aspecto essencial para a determinação do elemento subjetivo do tipo que diz respeito à intersecção entre as características do cultivo e os padrões de consumo do usuário.

Vimos que o ciclo de cultivo da canábis dura de 4 a 10 meses, a depender de inúmeros fatores, muitos dos quais não podem ser controlados no âmbito do cultivo ilegal. O indivíduo que decide cultivar a própria canábis o faz para evitar a aquisição pelo mercado ilegal. Muitas vezes os frutos de um plantio são pensados para durar até que novo ciclo de plantio se complete, de modo que seja possível consumir a droga sem recorrer ao tráfico.

Ainda que assumíssemos que todos os cultivos tenham a menor duração possível para o ciclo das plantas, a expectativa é a de que se produza droga suficiente para ser consumida em no mínimo quatro meses. Este planejamento do cultivo é diretamente impactado pela capacidade produtiva das plantas e está intrinsecamente relacionado com os padrões individuais de consumo do usuário (DECORTE, 2010; HAMMESVIK et ali, 2012: 458-464; POTTER, et. ali., 2014: 268).

Mesmo nos poucos acórdãos em que há referência às alegações do réu sobre seu padrão de consumo de canábis a questão foi enfrentada com fórmulas gerais:

A autoria também é certa, pois, em pretório, os apelantes admitiram que as plantas e as drogas apreendidas no local dos fatos lhes pertenciam, aduzindo, porém, que se destinavam ao próprio consumo. Sedrek disse ser dependente químico há quinze anos. A plantação pertencia a ambos e a balança apreendida era utilizada para a exata divisão das drogas entre eles. Assim, economizaram dinheiro e evitavam passar por constrangimento no *ponto de venda*. *Os vasos estavam numerados para o controle da produção, pois colhiam dois pés por mês*. Cultivaram, inicialmente, uma planta que lhes rendeu aproximadamente *30 gramas de maconha*, com os quais confeccionaram cerca de quinze cigarros, que foram consumidos ao longo de uma semana. As demais drogas apreendidas também lhes pertenciam. Consome cerca *de 10 a 15 gramas de maconha por dia*, mas em nada interfere no seu trabalho. Trabalhava das 8 às 12h30 e das 13h30 às 17h30, de segunda a sábado, e recebia cerca de R\$ 1.500,00 mensais, mas quando foi preso, seu salário chegava a R\$ 3.000,00. Estava regularmente matriculado no curso de propaganda e marketing da UNIP. O veículo lhe pertencia, mas era usado somente para o trabalho. A empresa em que trabalha é da esposa de seu pai. A balança foi encontrada na estante de livros e não no carro. Esteve internado para tratar o vício em 2006, por seis meses. Rodrigo contribuía com o aluguel do imóvel. As sementes foram separadas de um *tablete*, adquirido *na boca*. O restante das drogas havia



sido adquirido a cerca de uma semana. Adquiriram um livro em um sebo na cidade de Campinas, que ensinava o cultivo de *maconha* para o próprio consumo. Possuíam apenas um pé pronto para o consumo. *Adquiria caixas de papeis de boa qualidade, para preparar os cigarros.* Todavia, esses relatos não convencem e não se coadunam com demais elementos de convicção coligidos, os quais, ao reverso, confirmaram - na íntegra - os termos da inicial acusatória e evidenciaram a configuração do crime de tráfico (...) <sup>227</sup> (destaques do texto original)

O argumento lançado no acórdão chama atenção porque a defesa do réu fornece explicações específicas para cada aspecto narrado na denúncia e submete ao tribunal argumentos relativos à capacidade de produção das plantas e ao padrão de consumo do acusado. No entanto, afirma-se no acórdão que “esses relatos não convencem”, fundamentando-se o não convencimento na fórmula geral de que “não se coadunam com demais elementos de convicção coligidos”. Não há, contudo, nenhuma explicitação no acórdão sobre quais seriam estes demais elementos de convicção.

O único conceito relacionado aos padrões de consumo de drogas que foi utilizado nas decisões é o de dependência.

No caso, indiscutível a condição de viciado do réu e não sendo exagerada a plantação, pode-se perfeitamente admitir que a conduta do réu se enquadra no referido artigo 28, parágrafo segundo, da Lei 11 343, de 23 de agosto de 2006. <sup>228</sup>

Assim, toda a prova dos autos incrimina o apelante, com segurança, pelo delito de tráfico de entorpecentes descrito na exordial, o qual gerou a condenação ora combatida. Foi instaurado incidente de dependência toxicológica, havendo a conclusão de que o apelante não apresenta quadro de dependência de drogas, não tendo, portanto, sua capacidade de entendimento alterada ou reduzida em relação ao tráfico. <sup>229</sup>

Indagado acerca da ilícita posse, admitiu a propriedade e asseverou que a finalidade era para consumo próprio (fl.58). Disse que era viciado, entretanto, tal escusa vem desmentida pelo exame de dependência toxicológica que concluiu não ser ele viciado (fls. 29/31 do apenso). <sup>230</sup>

<sup>227</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0052020-39.2008.8.26.0114. 5ª Câmara Criminal. Relator: Juvenal Duarte. São Paulo, SP, j. 20 de maio de 2010.

<sup>228</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9120383-78.2005.8.26.0000. 2ª Câmara Criminal. Relator: Ivan Marques. São Paulo, SP, j. 03 de novembro de 2008.

<sup>229</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9125404-40.2002.8.26.0000. 1ª Câmara Criminal Extraordinária. Relator: Marco Antonio. São Paulo, SP, j. 25 de junho de 2003.

<sup>230</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9228279-54.2003.8.26.0000. 2ª Câmara Criminal. Relator: Mariano Siqueira. São Paulo, SP, j. 02 de maio de 2005.

Acrescento que frequentemente os usuários passam também a comercializar entorpecentes, justamente para obter dinheiro e garantir seu vício e o próprio sustento.<sup>231</sup>

Estes acórdãos refletem um problema que se tem atribuído à Lei de Drogas: a medicalização do usuário de drogas (CARVALHO, 2010: 14-15). Duras críticas têm sido lançadas à forma como a lei aproxima as figuras do usuário de drogas recreativas e do dependente (BIZZOTO, et. ali., 2010: 2-5)<sup>232</sup>.

Algumas decisões parecem ter como premissa a associação entre o usuário e o dependente químico:

E não há que se falar em desclassificação da conduta para a forma de porte de drogas para consumo próprio, tendo-se em conta, repita-se, a enorme quantidade de droga apreendida, da qual compunha inclusive sementes da planta, além do que a perícia médica a que foi submetido o acusado, no incidente de dependência toxicológica juntado as fls. 37/38 do 5º apenso ao primeiro volume, dá conta de que o recorrente não apresentava sinais de dependência de drogas, como também foi hábil a comprovar que se trata ele de pessoa plenamente imputável.<sup>233</sup>

Nenhum dos acórdãos, por exemplo, refere-se ao conceito de tolerância fisiológica ao consumo de drogas (BABOR, 1975: 1548-1552; JONES et ali., 1976: 221-239; LICHTMAN & MARTIN, 2005: 691-717). Usuários frequentes de maconha em geral possuem organismos mais tolerantes aos efeitos dos canabinoides, o que induz o consumo de quantidades maiores.

Por estas e outras razões é que se disputa cientificamente se é possível ou não afirmar que existe dependência de maconha (ROSELLI et ali., 2005: 248)<sup>234</sup>. A utilização dos “laudos de dependência toxicológica” a que se referem alguns acórdãos, portanto, é

<sup>231</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0000725-16.2012.8.26.0439. 4ª Câmara Criminal. Relator: Edison Brandão. São Paulo, SP, j. 25 de junho de 2013.

<sup>232</sup> Santoucy et ali. (2010: 176-185) conduziram uma pesquisa empírica com operadores do sistema de justiça criminal do Distrito Federal que dialoga diretamente com este problema. Os autores afirmam que há uma percepção generalizada dentre os agentes do sistema de justiça criminal de que o consumo de drogas está geralmente associado à dependência e a condições médicas dos usuários. Alguns dos acórdãos do nosso *corpus* parecem apontar para o mesmo sentido.

<sup>233</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0009116-64.2007.8.26.0073. 8ª Câmara Criminal. Relator: Marco Antônio Cogan. São Paulo, SP, j. 18 de outubro de 2012.

<sup>234</sup> Em seu site, o médico brasileiro Drauzio Varella disponibiliza uma entrevista em que ele discute a controvérsia científica que existe sobre a dependência de maconha. Na entrevista, Drauzio Varella ressalta que a individualidade dos padrões de consumo da droga é muito elástica, de modo que é difícil estabelecer cientificamente os patamares da dependência. A questão é altamente controversa nas áreas médicas. A entrevista está disponível no link: <http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/maconha/>. Acesso: 12/01/2016.

problemática em si mesma. No plano teórico não há consenso científico sobre a aplicabilidade do conceito de dependência ao consumo de maconha. Isso implica reconhecer a fragilidade da utilização dos laudos no processo penal para determinar se os acusados são ou não dependentes de maconha.

A forma como foram abordadas as questões sobre padrões de consumo dos acusados revela mais sobre as percepções dos magistrados do que sobre os padrões em si. Mais: a fundamentação dos acórdãos do nosso *corpus* revelou mais sobre as concepções dos juízes sobre características de cultivo e consumo de canábis do que sobre critérios de determinação da finalidade nos delitos de plantio.

## **5.2 Condições em que se desenvolveu a ação, antecedentes, circunstâncias e conduta do agente**

O §2º do art. 28 da Lei de Drogas prevê que a determinação das finalidades de consumo e tráfico considerará *o local e as condições da ação, as circunstâncias da prisão, circunstâncias sociais e pessoais* do agente, bem como seus *antecedentes* e sua *conduta*.

Nenhum acórdão do universo de análise trata de situação de cultivo em que o acusado fora flagrado efetivamente distribuindo drogas a terceiros. A grande maioria dos casos analisados tratava de cultivos descobertos pelas autoridades policiais a partir de denúncias anônimas, que culminaram em circunstâncias de prisão muito similares e pouco elucidativas. Da mesma forma, quase nenhum dos acórdãos faz referência às condições da ação, limitando-se as menções a indicar alguns detalhes sobre o descobrimento do plantio.

Algumas decisões mencionam tentativas de fuga dos acusados quando abordados pela polícia e referem-se a circunstâncias de prisão que apontariam para o tráfico de drogas:

A denúncia noticia que em data, hora e local que indica, V.A. foi surpreendido na posse de 7 porções de maconha, destinadas a comércio. Consta também que V.A. cultivava planta para a preparação de droga. É da inicial que o apelante e outro indivíduo não identificado caminhavam pelo local dos fatos e, ao avistarem a viatura, dispensaram um pacote e fugiram. Os policiais, em perseguição, abordaram V.A. e com ele encontraram sete porções de maconha embaladas da mesma forma que

as dispensadas pelo indivíduo que conseguiu se evadir. Na residência de V.A. foram encontradas sementes de maconha e muda da planta.<sup>235</sup>

Outrossim, os depoimentos dos policiais, prestados em Juízo sob o crivo do contraditório, foram extremamente coerentes, claros e concisos, sendo que narraram os fatos com precisão e riqueza de detalhes desde o inquérito e responderam às perguntas feitas em Juízo de forma uníssona. Os policiais militares Thiago e Willian contaram que realizavam patrulhamento em local já conhecido pela comercialização de drogas, havendo denúncias anteriores sobre a prática do tráfico em uma residência ali localizada. Viram o réu juntamente com o indivíduo de nome Valdir, sendo que ambos se separaram ao notar a presença policial. Valdir conseguiu fugir e o réu foi detido em frente a sua casa. Ao lado do réu, no chão, encontraram uma pequena porção do que aparentava ser crack, e um rolo de fita crepe. O réu trazia consigo R\$27,00 em dinheiro (cinco notas de R\$5,00 e uma de R\$2,00). Em razão disso, fizeram uma revista no interior da residência. Encontraram duas porções de maconha (25g) e R\$508,00 em dinheiro (notas de R\$50,00, R\$20,00, R\$10,00, R\$5,00 e R\$2,00) debaixo de um notebook. Em um armário na cozinha localizaram uma cápsula intacta de munição calibre 45 e uma lata com mudas de maconha plantadas. Encontraram, ainda, celulares, relógios, um notebook e um DVD (fls. 03/04; 06; 85/91).<sup>236</sup>

Mesmo nestes casos em que há relatos de tentativas de fuga, identificamos que as referências às circunstâncias da prisão na fundamentação das decisões são complementares e quase sempre associadas a outros elementos do §2º do art. 28 da Lei de Drogas:

A natureza da droga (maconha) e as circunstâncias em que se deram a prisão justificam o reconhecimento do narcotráfico, visto que, apesar do acusado André não ter sido surpreendido comercializando o tóxico, foi encontrada expressiva quantidade da droga sendo cultivada em 07 (sete) vasos.<sup>237</sup>

Por outro lado, envolvendo o tráfico de drogas atividade essencialmente clandestina, para sua caracterização não se exige prova flagrancial do comércio ilícito. No presente caso, os elementos indiciários, tais como as circunstâncias da apreensão da droga, após denúncia anônima de tráfico, de uma arma e de dinheiro em poder do réu evidenciam tal atividade delituosa.<sup>238</sup>

<sup>235</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9178973-14.2006.8.26.0000. 9ª Câmara Criminal. Relator: Roberto Midolla. São Paulo, SP, j. 13 de dezembro de 2006.

<sup>236</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0000725-16.2012.8.26.0439. 4ª Câmara Criminal. Relator: Edison Brandão. São Paulo, SP, j. 25 de junho de 2013.

<sup>237</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0002980-19.2010.8.26.0470. 6ª Câmara Criminal. Relator: Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo, SP, j. São Paulo, SP, j. 26 de setembro de 2013.

<sup>238</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9183985-72.2007.8.26.0000. 9ª Câmara Criminal. Relator: Rene Nunes. São Paulo, SP, j. 13 de fevereiro de 2008.

As relações entre os antecedentes criminais e o funcionamento sistema de justiça criminal (BARATTA, 1999: 175) têm sido exploradas na literatura especializada há algum tempo<sup>239</sup>. Não é nova a ideia de que os antecedentes criminais operam como linguagem do sistema penal na formação da sua própria clientela (TERRA & ALVARENGA, 2015: 156-158).

Não foi possível identificar nos acórdãos do universo de análise o estabelecimento de relações entre antecedentes do agente e a tipificação penal das situações de cultivo. Os resultados da nossa pesquisa também não apontam para nenhuma tendência de tipificação dos casos de cultivo calcada nos antecedentes do acusado. Isso não significa, contudo, que estas associações não existam. Significa apenas que elas não foram explicitadas na fundamentação das decisões.

A Lei de Drogas inseriu a expressão “circunstâncias pessoais e sociais” do agente dentre os elementos que devem ser considerados para determinação da finalidade do plantio/posse. A disposição foi recebida com certa desconfiança pela doutrina penal. O maior temor é o de que esta expressão seja interpretada de forma que prejudique os indivíduos em situações sociais e econômicas desfavoráveis (NUCCI, 2010: 349). Nesse sentido, Lins adverte quanto aos cuidados na interpretação do sentido desta norma:

As características pessoais e sociais do agente, segundo a lei, também devem ser analisadas pelas autoridades. Dessa maneira, a atividade que o sujeito desenvolve, seu processo histórico, como se dá suas relações, qual sua fonte de renda e patrimônio são características que, em conjunto, formam o que Luiz Flávio Gomes (2006) denominou de *modus vivendi* do agente. Todavia, a investigação desse ponto deflagra uma série de preocupações quanto à sua aplicabilidade e efetividade, em razão da quase iminente e cristalina possibilidade de se acabar atingindo apenas aqueles indivíduos pertencentes à população carente, residentes em favelas e subúrbios. (LINS, 2009: 251)

Foram poucos os acórdãos que se referiram às circunstâncias pessoais e sociais dos acusados. Algumas decisões parecem justamente interpretar o sentido concreto da expressão de modo a desvalorizar as condições socioeconômicas do indivíduo:

Não obstante ao fato incontroverso, no sentido de que o acusado seria usuário, a diligência policial se deu em razão de denúncia anônima, formalizada as fls. 26, comunicando sobre a ocorrência de tráfico no local (...)

<sup>239</sup> A esse respeito, cf. SCALAMBRINI, 1996: 496–503; CARVALHO, 1999: 738–755; PÊCEGO & DA SILVEIRA, 2009: 183–198; CAMPOS, 2014: 59–78; TERRA & ALVARENGA, 2015: 155–178.

(...)

Ainda de ser considerado o fato de o acusado não ter trabalho fixo, tendo a própria companheira declarado que ele usa droga todos os dias e que não sabe o que ele faz para sobreviver (fls. 72). O acusado em seu interrogatório (fls. 66/67) declarou que cada porção de crack custa R\$ 10,00 e cada uma de maconha, R\$ 5,00. Disse que recebe mensalmente, aproximadamente, R\$200,00 a R\$ 300,00 em razão de trabalhos esporádicos; que é ele quem mantém a residência; que o valor encontrado na residência (aproximadamente R\$ 40,00), seria de seu sogro. **Diante da situação econômica do acusado, pouco crível que pudesse armazenar substância entorpecente no valor de R\$ 135,00, para uso futuro.**<sup>240</sup> (grifamos)

Alegou o recorrente ter adquirido 50 porções de cocaína pelo preço de R\$ 400,00 e fez uso de duas porções, sendo apreendidas as restantes 48. **Ocorre que o valor pago representa excessivo poder de compra para uma pessoa nas condições do recorrente, que alegou trabalhar como moto-boy, fazendo bicos e percebendo cerca de R\$ 520,00 reais por mês. Ora, quem recebe essa importância mensal não pode dispor de uma só vez da importância de R\$ 400,00 para adquirir entorpecente.** O mais certo é tê-las comprado para venda.<sup>241</sup> (grifamos)

As decisões chamam atenção pela associação feita entre a condição socioeconômica do réu e a tipificação penal do cultivo para tráfico.

Nos dois casos a polícia havia apreendido nas residências dos réus pequenas porções de crack, maconha prensada e de cocaína, junto com as mudas de canábis. Os acusados admitiram a posse das drogas e a responsabilidade pelos cultivos, tendo afirmado serem usuários.

Duas afirmações são especialmente problemáticas: a de que as circunstâncias sociais do réu tornam “pouco crível” que ele seja apenas usuário de drogas e a de que “quem recebe essa importância mensal (R\$ 520,00) não pode dispor de uma só vez da importância de R\$ 400,00 para adquirir entorpecente”. Uma pergunta salta aqui aos olhos: quanto o indivíduo precisaria receber de rendimentos mensais para ser razoável gastar R\$ 400,00 em drogas?

No mesmo sentido, outro trecho é importante:

A alegação de consumo pessoal, porém não convence. Primeiro, porque muito improvável que pessoa na condição social do réu pudesse, tal como alegado, dispor de R\$ 600,00 para adquirir tamanha quantidade de

<sup>240</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0000125-07.2006.8.26.0115. 12ª Câmara Criminal. Relator: Rossana Teresa Curioni Mergulhão. São Paulo, SP, j. 29 de julho de 2011.

<sup>241</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0026685-45.2010.8.26.0050. 4ª Câmara Criminal. Relator: Salles Abreu. São Paulo, SP, j. 7 de junho de 2011.

entorpecente exclusivamente para seu uso. Segundo, porque a versão vem contrariada por outros elementos de prova.<sup>242</sup>

Os argumentos partem de premissas que não refletem as características do consumo de drogas. Lins (2009: 251-253) faz algumas considerações interessantes sobre a necessidade de interpretar a noção de *circunstâncias pessoais e sociais* de forma a garantir que o acusado não seja prejudicado pela sua condição socioeconômica:

Ora, apreendido um indivíduo de poucas posses com uma quantidade elevada de drogas, a primeira pergunta que a autoridade coatora colocará é: como este indivíduo conseguiu o valor necessário para a aquisição da droga? Se miserável, não iria preferir investir o valor em sua própria subsistência? Entre alimentar-se dignamente e usar drogas, não deveria optar pelo primeiro? Assim, partindo da perspectiva de uma classe e realidade tão divergente, seria óbvio concluir que ali estaria um traficante e não um usuário. Mas essa é uma visão limitada. A escolha do indivíduo nem sempre perpassa por um processo linear de raciocínio; não necessariamente é ponderado e sopesado.

(...)

A atenção, no momento de averiguação destes critérios, quando a autoridade estiver diante de um sujeito miserável, é imperiosa. A análise deverá ser sopesada levando em consideração, sim, a sua realidade e problemática social, mas não para imputar ainda maior lesão ao cidadão, fazendo com que a sua condição social sirva não só de mola propulsora ao encaminhamento ao uso de drogas, bem como seja a própria navalha, apta a lhe proferir novo golpe. (LINS, 2009: 251-253)

O argumento é importante porque ressalta alguns aspectos concretos do universo do consumo de drogas que devem ser considerados na interpretação das circunstâncias sociais e pessoais do acusado. As escolhas dos indivíduos que consomem drogas não são necessariamente racionalizáveis. Ao contrário, estas escolhas seguem orientações absolutamente individuais, que muitas vezes vão na contramão do que pode ser socialmente considerado aceitável.

Além disso, é necessário um cuidado especial para avaliar as condições socioeconômicas do indivíduo e a forma como elas se relacionam com o consumo de drogas. Indivíduos com condições econômicas desfavorecidas no Brasil muitas vezes recorrem ao mercado informal de trabalho, o que dificulta a comprovação de seus rendimentos em juízo. Isso implica um cuidado adicional na utilização da renda e de fatores econômicos enquanto circunstâncias do agente.

---

<sup>242</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0301661-92.2010.8.26.0000. 16ª Câmara Criminal. Relator: Alberto Mariz de Oliveira. São Paulo, SP, j. 27 de agosto de 2013.

As “circunstâncias pessoais e sociais” do indivíduo, portanto, devem ser analisadas de forma que a condição social do indivíduo não venha a prejudicar sua situação jurídico-penal. Deve-se considerar que em grande parte dos casos de consumo de drogas nas classes sociais menos favorecidas a pobreza e a miséria são os motivadores da decisão do indivíduo de consumi-las (LINS, 2009: 253). Esse cuidado se justifica para evitar o reforço de estereótipos do tráfico de drogas associado à pobreza (DE JESUS, 2011: 9).

De outro lado, a mesma cautela se impõe para evitar que as condições socioeconômicas favoráveis do sujeito sejam associadas automaticamente à tipificação do delito menos grave (plantio para consumo pessoal). Em alguns acórdãos foi possível identificar argumentos que indicaram associações feitas entre condições socioeconômicas favoráveis do réu e a inexistência da finalidade de tráfico:

Assim é que para o investigador de polícia V.C. ‘o réu não parece traficante, mas sim usuário’ (fls. 170); C.R.P. esclareceu que ‘A porção de 40 gramas estava condicionada em uma barra única, um tijolinho, de forma não indicativa do tráfico de drogas’ (textual, fls. 171); M.M.S. se recordou que no momento da prisão ‘o réu verbalizou que era viciado em ‘maconha’ (fls. 172).

(...)

E a tudo se acrescenta que o réu é primário e não ostenta antecedentes criminais. Universitário à época do fato, e já se passaram seis anos desde então, concluiu o bacharelado e vem se dedicando com sucesso à profissão, circunstâncias a revelar seu caráter e a sua boa índole. Longe de qualificá-lo como perigoso traficante de drogas, o episódio, isolado na sua existência, não passou de lamentável impulso próprio da sua condição de jovem em formação à época do fato.<sup>243</sup>

A afirmação de que “o réu não parece traficante, mas sim usuário” é altamente problemática. Isso não só porque é uma afirmação que não possui qualquer valor jurídico, mas principalmente porque ela reflete estereótipos perigosos da marginalização do traficante de drogas<sup>244</sup>. Ninguém “parece” traficante ou usuário.

Outros acórdãos deram sentidos diversos à expressão e a utilizaram de forma complementar na fundamentação da tipificação penal:

Com efeito, só a afirmação da testemunha Pedro (fls. 98), de que a busca por ele realizada no apartamento do ora recorrente decorreu de denúncia anônima de que ali havia plantio e tráfico de droga, sustenta a acusação de que houve violação ao artigo 12 e não 16 da Lei nº 6.368/76. Consoante esclareceram os próprios policiais que realizaram a

<sup>243</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9219640-42.2006.8.26.0000. 2ª Câmara Criminal. Relator: Francisco Orlando. São Paulo, SP, j. 18 de junho de 2007.

<sup>244</sup> Sobre a estereotipação do traficante e sua demonização social, cf. CARVALHO, 2010: 14-15.



diligência, nada foi encontrado, além de droga, que indicasse tráfico. Por sua vez, a quantidade apreendida é consentânea com a destinação para uso próprio, fato sustentado pelo réu desde a diligência em sua moradia. Some-se que as testemunhas arroladas pela defesa corroboram a tese de inexistência de tráfico, pois esclareceram que no apartamento não há frequência de pessoas indicativa de tráfico, mas movimento próprio de vida familiar, e que o réu consome droga. A tudo se some que a vida do acusado, que reside com a mãe, trabalha regularmente e não dá mostra de conduta com envolvimento no tráfico (segundo o que dos autos consta) fortalecem a conclusão alcançada na sentença e que, por isso, deve ser prestigiada.<sup>245</sup>

Muito embora poucos acórdãos tenham se referido às circunstâncias do acusado, a problemática da sua aplicação nos parece importante. As questões que surgem sobre a interpretação do sentido das circunstâncias pessoais e sociais remetem às discussões sobre a seletividade do sistema penal<sup>246</sup>.

### 5.2.1 Conduta do agente e o direito à não-incriminação

A *conduta* do agente também foi referida em poucas decisões. Alguns acórdãos mencionaram a conduta do réu nos interrogatórios policial e judicial e avaliaram negativamente o exercício do direito ao silêncio:

Preso e autuado em flagrante, o apelante, **já à primeira hora, assumiu comprometedora postura silente, quando é certo que aquele que se vê injustamente acusado trata, logo, de anunciar a injustiça da acusação, se convidado a falar sobre ela.** Como, então, acabassem apreendidos os três pés da erva alucinógena encontrados em sua residência, tudo isso já compunha quadro bastante significativo a propósito da realidade da imputação. Em juízo, por outro lado, embora sobrevivendo a costumeira negativa de autoria, o apelante foi comprometido pelo que testemunhou sua cunhada Maria Luiza de Almeida (fls. 73), que, embora sem confirmar tratar-se de maconha a erva plantada na residência, não deixou de reconhecer a realidade da apreensão dela por ali acontecida, enfatizando, até, que o réu usava aquilo para fazer chás<sup>247</sup> (grifamos)

<sup>245</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0055329-71.2005.8.26.0050. 6ª Câmara Criminal. Relator: José Raul Gavião de Almeida. São Paulo, SP, j. 20 de outubro de 2011.

<sup>246</sup> Sobre a noção de seletividade do sistema de justiça criminal, cf., dentre muitos outros: BIANCHINI, 2000: 51-64; WACQUANT, 2001: 401-412; WACQUANT, 2010: 197-220; CONTRUCCI, 2010: 181-208; GUIMARÃES & REGO, 2012; MONTEIRO & CARDOSO, 2013: 93-117; LEMOS, 2015: 51-62.

<sup>247</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9036715-54.2001.8.26.0000.2ª Câmara Criminal. Relator: Canguçu de Almeida. São Paulo, SP, j. 10 de julho de 2002.

**Nenhum homem inocente, podendo falar, prefere o silêncio para defender-se de injusta acusação. Se permaneceu calado, ainda que direito seu garantido pela Constituição da República (art. 5º, nº LXIII), dificilmente se eximirá de juízo adverso'** (TJSP - Apelação Criminal nº 9154735- 91.2007.8.26.0000 - 5ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Carlos Biasotti j. 06/11/2008). 'Muito embora o silêncio do interrogando seja uma faculdade procedimental, é difícil acreditar que alguém, preso e acusado de delito grave, mantenha-se calado só para fazer uso de uma prerrogativa constitucional' (RJTACrimSP, vol. 36, p. 325; rel. José Habice) (...)

Ora, se o réu era mero usuário de drogas, difícil entender porque não tenha ofertado tal versão na delegacia de polícia, ainda que lhe seja facultado o direito ao silêncio, pois estava sendo acusado de delitos de extrema gravidade. Assim, ainda que o silêncio não possa ser interpretado em desfavor do réu e não é hábil, por si só, a ensejar a condenação, nada impede que seja pontuado em cotejo com os demais elementos de convencimento.<sup>248</sup>

Aquilo que é referido na decisão como “comprometedora postura silente” do réu é conhecido na dogmática penal como exercício do direito fundamental à não-incriminação (MORGAN, 1949; DOLINKO, 1985: 1063; FAYOS GARDÓ, 1993: 284-293; MONTÓN REDONDO et ali., 1995: 199). O direito ao silêncio está expressamente previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal<sup>249</sup> e no art. 186 do Código de Processo Penal<sup>250</sup>.

Ainda mais problemática é a assertiva expressa de que se o acusado “permaneceu calado, ainda que direito seu garantido pela Constituição da República (art. 5º, nº LXIII), dificilmente se eximirá de juízo adverso”. Essa afirmação esvazia completamente a área de

<sup>248</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0000725-16.2012.8.26.0439. 4ª Câmara Criminal. Relator: Edison Brandão. São Paulo, SP, j. 25 de junho de 2013.

<sup>249</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”

<sup>250</sup> “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)”

proteção<sup>251</sup> do direito à não-incriminação à medida que implicitamente reconhece o silêncio enquanto atributo de culpa<sup>252</sup>.

Além disso, o parágrafo único do art. 186 do Código Penal prevê expressamente que o silêncio “não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”<sup>253</sup>. A afirmação de que, quanto ao silêncio, “nada impede que seja pontuado em cotejo com os demais elementos de convencimento”, portanto, é contrária à determinação legal de que o silêncio não pode ser utilizado para prejudicar a situação do réu.

A existência de uma regra expressa que proíbe a interpretação do silêncio como “postura comprometedora” é vista na doutrina penal como uma medida destinada à efetivação do direito ao silêncio<sup>254</sup>. É justamente nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que “nenhuma conclusão desfavorável à situação individual da pessoa que invoque essa cláusula de tutela poderá ser extraída de sua válida e legítima opção pelo silêncio”<sup>255</sup>.

Importa aqui indicar que a noção de “conduta do agente” foi pouco utilizada enquanto elemento para tipificação penal no nosso universo de análise. Prevaleceu no universo de análise uma concepção de conduta processual do agente, com poucas referências à conduta social.

Nos casos raros em que houve menção à conduta social do agente, a questão foi tratada a partir das considerações individuais dos magistrados sobre o comportamento dos indivíduos. Nesse sentido é que se lançaram afirmações como: “é de se estranhar que em plena segunda-feira de manhã, por volta das 10h00, o recorrido e sua companheira estivessem ainda dormindo, sem nenhuma preocupação aparente com a obtenção de dinheiro para o sustento da casa”<sup>256</sup>. O sentido que é dado ao comportamento do acusado é atrelado à

<sup>251</sup> Sobre o conceito de área de proteção, cf. ALEXY, 2008b: 301-321; DIMOULIS & MARTINS, 2007: 136-141.

<sup>252</sup> Sobre as consequências do exercício do direito ao silêncio, cf. RATNER, 1957: 472-511; MCNAUGHTON, 1960.

<sup>253</sup> O parágrafo único do art. 186 do Código Penal foi incluído pela Lei nº 10.792 de 1 de dezembro de 2003.

<sup>254</sup> Neste sentido, cf. NUCCI, 1999: 431; TOURINHO FILHO, 2009: 279.

<sup>255</sup> A questão foge do escopo do nosso trabalho, mas vale indicar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona ao reconhecer que “o réu não pode, em virtude do princípio constitucional que protege qualquer acusado ou indiciado contra a auto-incriminação, sofrer, em função do legítimo exercício desse direito, restrições que afetem o seu “status poenalis” ou que atinjam a sua esfera jurídica”. Neste sentido, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.494/MS. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 6 de novembro de 2001.

<sup>256</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0000125-07.2006.8.26.0115. 12ª Câmara Criminal. Relator: Rossana Teresa Curioni Mergulhão. São Paulo, SP, j. 29 de julho de 2011.

finalidade de tráfico da situação de cultivo. A referência ao horário em que o réu acorda com a consideração de que seria incompatível com quem se preocupa com o “sustento da casa” é altamente problemática. Há antes um pré-juízo, e não um juízo, sobre a conduta social do agente.

### 5.3 Materiais apreendidos

Assim formulamos uma das subperguntas de pesquisa: *Outros elementos foram utilizados na determinação da finalidade das situações de cultivo? Se sim, qual(is) e de que forma eles foram apresentados na fundamentação das decisões?*

As preliminares indicaram que a maior parte dos acórdãos mencionava apenas apreensões das plantas e/ou outras drogas. Algumas decisões referiam-se a materiais apreendidos junto com as plantas e que seriam relacionados ao cultivo. Por essa razão, quando analisamos as decisões do nosso *corpus* criamos uma categoria geral sobre “materiais apreendidos”.

Em 33 dos 135 acórdãos do nosso universo de análise há referência à apreensão de algum tipo de material junto com as plantas e/ou drogas. Dentre estes 33 acórdãos, 31 tipificaram as situações de cultivo como sendo para fins de tráfico (art. 33, 1º, II, da Lei de Drogas) e mencionaram expressamente na sua fundamentação que os materiais apreendidos indicariam a finalidade de tráfico.

Mas afinal, que materiais são estes? Foi possível identificar ao menos dois tipos de materiais associados ao cultivo nas decisões: o que podemos chamar de “materiais de cultivo” e “materiais de embalo e preparo para venda”. Enquanto os primeiros são acessórios e ferramentas utilizadas para cultivar qualquer planta, os materiais associados à venda são instrumentos utilizados na separação e acondicionamento da droga pronta para consumo (as flores secas).

Muitos acórdãos trataram indiscriminadamente materiais de cultivo e materiais de preparo como sinônimos, afirmando serem indicadores da finalidade de tráfico:

O que entendeu a nobre defesa ser flagrante preparado cuidou-se de efetiva diligência policial, respaldada por mandado de busca domiciliar, e que redundou na prisão em flagrante do réu e na descoberta de que ele cultivava ‘maconha’ num dos cômodos da residência, utilizando-se de **balde com terra onde as mudas eram plantadas e um engenho de**

**lâmpadas e ventilador para fins de efeito de estufa** (cf. fls. 165/171).”<sup>257</sup> (grifamos)

Acusado cultivava maconha em sua residência. Policiais Militares, por conta de denúncia anônima, comparecem ao local dos fatos e logram localizar e apreender várias árvores e arbustos do entorpecente, **além de instrumental para preparação da droga, mormente uma estufa improvisada, ventiladores, luminárias, manuais apostilados com técnicas de plantio do entorpecente**. Diante dessas circunstâncias, o acusado é detido em flagrante. Condenação acertada. Elementos mais que suficientes a garantir autoria e materialidade delitiva. Esta caracterizada pelo (i) boletim de ocorrência, f. 6/8, (iii) auto de exibição e apreensão, f. 8/9, (iii) laudo de constatação prévia, f. 18, (iv) exame químico toxicológico, f. 61/63, a bem constatar tratar-se de substância entorpecente - maconha, e (v) laudo pericial do local, f. 205/214, demonstrando a grande quantidade de árvores e arbustos de maconha, estufa improvisada e plantas em fase de secagem.<sup>258</sup> (grifamos)

**Nem se olvide que havia no local papel alumínio, plástico e fitas adesivas, cuja apreensão, nas circunstâncias relatadas na denúncia, constitui mais do que indício da destinação a terceiros**. Aliás, sequer se compreende a necessidade de tais materiais se as plantas efetivamente se destinassem ao consumo próprio do réu. A quantidade de material, de resto, mostra-se incompatível com o mero consumo, ainda que considerada a condição de viciado de R., mormente ao se considerar o tamanho das plantas, entre 10 e 60 centímetros, segundo informação do policial, capaz de fornecer quantidade razoável de entorpecente.<sup>259</sup> (grifamos)

[o]bservo que o réu tinha em sua estufa improvisada nada menos que seis vasos (3 pequenos e 3 grandes), os quais serviriam certamente para receber sementes da planta, a indicar que a sua conduta não se dirigia a semear planta somente para si mesmo.<sup>260</sup>

No capítulo 3 vimos que o cultivo *indoor* de canábis (com iluminação artificial) requer a utilização de algumas ferramentas básicas para reprodução das condições físicas do ambiente natural da planta. É muito comum o uso de estufas, que possuem sistemas próprios de iluminação, ventilação e irrigação (POTTER et ali., 2011: 9-16; DUNCOMBE & POTTER, 2012: 618).

<sup>257</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9056581-14.2002.8.26.0000. 1ª Câmara Criminal de Férias de Janeiro de 2004. Relator: Pericles Piza. São Paulo, SP, j. 21 de janeiro de 2004.

<sup>258</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9088613-67.2005.8.26.0000. 4ª Câmara Criminal. Relator: Luis Soares de Mello. São Paulo, SP, j. 28 de agosto de 2007.

<sup>259</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0000778-05.2011.8.26.0286. 5ª Câmara Criminal. Relator: Pinheiro Franco. São Paulo, SP, j. 31 de janeiro de 2013.

<sup>260</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0048705-69.2006.8.26.0050. 9ª Câmara Criminal. Relator: Souza Ney. São Paulo, SP, j. 24 de setembro de 2008.

Não é possível afirmar que estes materiais constituem “indício da destinação a terceiros”. São ferramentas de cultivo que certamente serão utilizadas por quem queira cultivar as plantas em ambientes sem luz solar. Estufas profissionais ou improvisadas não indicam a produtividade do cultivo e não podem ser interpretadas automaticamente como indícios da finalidade de tráfico. São apenas materiais que indicam a existência de um cultivo *indoor*, podendo ser utilizado para produzir maconha para consumo pessoal ou para terceiros.

O mesmo se pode dizer sobre “papel alumínio, plástico e fitas adesivas”. Entendemos ser inapropriada a assertiva de que a apreensão destes materiais “constitui mais do que indicio da destinação a terceiros”. Plásticos e fitas são materiais corriqueiramente encontrados em quaisquer residências. Ainda que pudéssemos assumir que estes materiais foram apreendidos em circunstâncias que os conectassem ao cultivo, eles também podem ser utilizados para controlar as condições de crescimento das plantas e a densidade do cultivo (VANHOVE et ali., 2011: 160)<sup>261</sup> no contexto da produção para consumo pessoal.

Além disso, plásticos e fitas também são comumente utilizados por usuários para embalar e armazenar as flores secas colhidas. O planejamento do cultivo inclui a preparação das plantas para colheita após o ciclo de florescimento. A colheita é feita geralmente de uma só vez, recolhendo todas as flores das plantas ao mesmo tempo. Após a colheita, as flores precisam ser armazenadas em ambientes fechados e escuros para o processo de secagem e cura (LOJA, 2011: 92-93). É durante o processo de secagem e cura que a resina das flores secas aumenta a secreção de THC por seus poros (GÁLLEGO, 2006: 63).

Quando secas, as flores são geralmente embaladas em plástico para serem armazenadas sem prejudicar a qualidade da maconha (GÁLLEGO, 2006: 70). Este embalo é feito tanto por usuários quanto por traficantes, e seu objetivo é preservar a qualidade da maconha. Como as flores secas da canábis são consumidas *in natura*, cuidados para o armazenamento são necessários porque se trata de material orgânico que se submete aos processos de decomposição ao longo do tempo.

Aqui o que mais preocupa é a associação automática entre estes materiais e a finalidade de tráfico. A partir das afirmações feitas nos acórdãos não é possível identificar a

---

<sup>261</sup> É comum a utilização de técnicas de controle de crescimento das plantas que envolvem a manipulação física das condições de cultivo. Um exemplo muito comum destas técnicas é a amarração de alguns caules das plantas para induzir maior ou menor crescimento vertical. Essas técnicas específicas visam controlar a densidade do cultivo, ou seja, a quantidade de plantas por área de plantio (TOONEN et ali., 2006: 1050-1054), e também visam otimizar a utilização do espaço horizontal de cultivo – algo especialmente importante nos cultivos *indoor* ou nos cultivos em ambientes que haja limitação de altura.

destinação dos materiais. Podem ser utilizados tanto para embalagem de maconha quanto para amarração das plantas. Ainda, deve se considerar que usuários também armazenam a droga produzida a partir do cultivo, sobretudo quando o cultivo é produtivo e gera uma quantidade significativa de flores secas.

Em alguns casos foi relatada a apreensão de fertilizantes e balanças de precisão. Foi possível identificar as relações feitas entre as balanças de precisão e a pesagem da maconha pronta para venda:

Consta da denúncia que pautados em inúmeras denúncias anônimas indicando o cultivo de mudas de maconha no local dos fatos, pelo réu, policiais militares se para lá se deslocaram onde constataram a veracidade das informações inominadas, assim como também encontraram na residência do réu acessórios para o cultivo (adubos, fertilizantes e ferramentas) assim como para o acondicionamento delas (balança de precisão e fitas adesivas), apreendendo, ainda, no interior do guarda roupas, duas porções da mesma droga e em uma bacia grande folhas secas também daquela mesma substância entorpecente.<sup>262</sup>

Réu que, quando interrogado em Juízo, simplesmente negou, gratuitamente, o fim narcotraficante da questionada posse, alegando ser apenas usuário do entorpecente. Mas, como já destacado, os policiais militares, acima nominados, encontraram, em poder do réu, 01 (uma) porção pesando 33 gramas de "maconha", pronta para a venda, além de 50 (cinquenta) sementes e 02 (dois) pés, ambos de "maconha" e 02 (duas) balanças de precisão, conforme o auto de exibição e apreensão (fls. 15/17).

(...)

Assim, certa a materialidade criminosa narcotraficante, a respectiva autoria também é certa e deve ser imputada ao réu, quer porque a quantidade da substância entorpecente encontrada em seu poder, 01 (uma) porção pesando 33 gramas de "maconha", pronta para a venda, além de 50 (cinquenta) sementes e 02 (dois) pés, ambos de "maconha" e 02 (duas) balanças de precisão, servem, inquestionavelmente, de prova da mercancia, não se perdendo de vista que os milicianos receberam notícia de que no local dos fatos era realizada a traficância<sup>263</sup>

Muito embora balanças de precisão sejam comumente utilizadas para acondicionamento e embalo de maconha para venda, no contexto do cultivo de canábis também é muito comum a sua utilização para pesagem de fertilizantes e adubos (CERVANTES, 1993: 3-4; VANHOVE et ali., 2011: 159).

<sup>262</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9195542-85.2009.8.26.0000. 5ª Câmara Criminal. Relator: Marcos Zanuzzi. São Paulo, SP, j. 25 de fevereiro de 2010.

<sup>263</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0006802-60.2012.8.26.0368. 1ª Câmara Criminal Extraordinária. Relator: Airton Vieira. São Paulo, SP, j. 24 de novembro de 2014.

Isso porque a fertilização mineral da terra impacta diretamente as características do cultivo, o desenvolvimento das plantas e a sua capacidade de floração (GALOCH, 1978: 153). Fertilizantes e aditivos para a terra exercem um papel importante no controle de pH das plantas, por isso devem ser manipulados com cuidado e, sobretudo, com precisão (CERVANTES, 1993: 5; ROSENTHAL, 1998: 14-15). Nesse aspecto, a pesagem destas substâncias é primordial.

Alguns acórdãos se referiram à apreensão de “petrechos para industrialização artesanal”<sup>264</sup> de maconha. Não foi possível identificar quais seriam os “petrechos”, muito menos o que se quer dizer com “industrialização artesanal” de maconha. A expressão parece uma contradição em seus próprios termos e definitivamente reflete uma compreensão muito superficial do processo produtivo da maconha.

Afirmamos diversas vezes ao longo deste trabalho que a maconha é composta das flores secas extraídas diretamente das plantas de canábis (POTTER et ali., 2011: 3). Isso significa que a maconha não exige *preparo* para consumo. Basta colher as flores e aguardar o processo de secagem natural para que as flores possam resinar e produzir THC (ROSENTHAL, 1998: 3; LOJA, 2011: 95).

A noção de “industrialização artesanal” de maconha parece inconsistente com os aspectos concretos da preparação da droga. Pode ser uma noção que faça sentido no contexto do preparo de drogas sintéticas, como a cocaína, mas definitivamente não o faz no contexto do cultivo de canábis. Nem mesmo o haxixe é produzido “industrialmente”. Ele é produzido a partir da secagem da resina encontrada nos pelos granulosos da canábis.

Também encontramos referências à apreensão de “pedaços de plásticos e papéis de seda, usados na embalagem da substância entorpecente”<sup>265</sup>. Ainda que pedaços de plástico possam ser usados para embalar a maconha, papéis de seda certamente não o são. Papéis de seda são utilizados na preparação de cigarros de tabaco ou maconha para consumo, não para embalar a droga para venda.

Apenas um acórdão do universo de análise menciona a apreensão de um objeto que efetivamente constitui “material de preparo” para venda: as prensas ou prensadores. A maconha comercializada no Brasil é, em sua maior parte, prensada (MACEDO, 2010: 8-9).

---

<sup>264</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0111498-34.2012.8.26.0050. 4ª Câmara Criminal. Relator: Edison Brandão. São Paulo, SP, j. 12 de agosto de 2014.

<sup>265</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0003540-55.2005.8.26.0366. 13ª Câmara Criminal. Relator: Cardoso Perpétuo. São Paulo, SP, j. 21 de agosto de 2008.



A prensagem é utilizada para diminuir o volume da droga, o que facilita o seu transporte e otimiza sua possibilidade de distribuição.

Usuários de maconha que cultivam as próprias plantas não costumam prensar as flores produzidas. A prensagem tende a comprometer a qualidade da droga, favorece a criação de culturas de fungos e acelera a produção da amônia a partir da decomposição de tecidos mortos das flores. Embora não seja impossível que o usuário prene sua maconha, é altamente incomum. É comum o emalo da droga em plásticos e seu armazenamento em recipientes fechados, mas não sua prensagem. A existência de prensadores, portanto, pode indicar a finalidade de tráfico.

Outros materiais, como livros sobre cultivo de canábis, também foram interpretados como indícios da finalidade de traficância:

Foram encontrados em poder do apelante 19 fotografias abordando exposições da planta ‘cannabis’, **diversas literaturas inclusive estrangeiras com temas exclusivos sobre o cultivo de maconha, requinte demais para um mero usuário**, uma balança digital sabiamente utilizada por traficantes para pesagem de pequenas quantidades de drogas destinadas à venda, um triturador e prensador de maconha, dois rolos de fita adesiva 3M, cor prata, e 13 envelopinhos contendo folhas de seda para enrolar cigarros.<sup>266</sup> (grifamos)

As afirmações são tão interessantes quanto problemáticas. A literatura sobre cultivo de canábis seria “requinte demais para um mero usuário” e a balança digital “sabiamente utilizada por traficantes para pesagem”. Nessa lógica, usuários de maconha não podem ser “requintados” nem podem pesar fertilizantes para suas plantas. Estas considerações não possuem suporte na literatura especializada e revelam um grau relevante de desconhecimento dos aspectos concretos do cultivo de canábis.

Aqui os exemplos são riquíssimos e apontam para duas questões importantes. Em primeiro lugar, em quase todos os casos com apreensão de materiais além das plantas as situações de cultivo foram tipificadas como tráfico de drogas. Ainda, a forma como estes materiais foram mencionados na fundamentação da tipificação penal parece indicar que esta categoria (materiais) foi utilizada como complemento aos elementos do §2º do art. 28 da Lei de Drogas.

Além disso, as afirmações lançadas nos acórdãos indicam uma associação entre profissionalização do cultivo e tráfico de drogas. Dito de outra forma, as afirmações indicam

<sup>266</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9165693-20.1999.8.26.0000. 3ª Câmara Criminal Extraordinária. Relator: Marcos Zanuzzi. São Paulo, SP, j. 27 de junho de 2002.

uma confusão entre *cultivadores profissionais e traficantes* (BOUCHARD & NGUYEN, 2011: 110).

A profissionalização do cultivo de canábis é decorrência do interesse e da disponibilidade de recursos do cultivador. No contexto dos plantios de canábis, há uma tendência de profissionalização dos usuários à medida que evoluem suas experiências de cultivo (DECORTE, 2010: 344-345; BOUCHARD & NGUYEN, 2011: 122; POTTER, et. ali., 2014: 267-269).

#### **5.4 O conjunto probatório**

Nesta pesquisa também buscamos identificar *quais provas são consideradas pelos magistrados para tipificação das condutas nos artigos 28, §1º ou 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06*.

Nos capítulos 4 e 5 afirmamos que a maior parte dos acórdãos do nosso corpus fez referência a apenas dois tipos de prova: prova testemunhal e pericial.

Prevaleceu no universo de análise a utilização da prova testemunhal para fundamentar as questões sobre o elemento subjetivo dos tipos de cultivo. Ainda, afirmamos que a prova testemunhal mais utilizada na fundamentação das decisões foi o depoimento dos policiais que efetuaram as ocorrências, seguida do depoimento de terceiros – sobretudo familiares e vizinhos dos acusados.

Da mesma forma, afirmamos que as questões sobre o elemento objetivo dos delitos de cultivo foram fundamentadas com base nos laudos periciais que quase sempre se limitaram a determinar o número de plantas e o seu pertencimento ao gênero *Cannabis*. Poucos atestaram o estágio de desenvolvimento do cultivo e o dimensionamento físico das plantas. Nenhum indicou o sexo das plantas.

No contexto da nossa pesquisa, focalizamos a análise do conjunto probatório nos aspectos relacionados à prova da finalidade do cultivo. Ou seja, direcionamos as discussões para aspectos da prova produzida sobre o elemento subjetivo do tipo penal, concernente à dimensão psicológica dos agentes.

Entendemos que não existe uma diferença epistemológica entre cognição sobre a existência física de algo e a cognição sobre a dimensão intencional do sujeito (IBAÑEZ,

2006: 76-77; GASCÓN ABELLÁN, 2010: 68-70). No entanto, a prova sobre a dimensão intencional tem “maior grau de dificuldade” sendo natural “que sua determinação demande maior cuidado ou finura na observação ou na análise” (IBAÑEZ, 2006: 77).

Assumimos nesta pesquisa que “motivar a decisão sobre os fatos quer dizer elaborar uma justificação específica da opção consistente em ter alguns destes por provados” (IBAÑEZ, 2006: 48). Por isso, quando optamos por discutir questões de prova no contexto deste trabalho buscamos focalizar as justificativas apresentadas para fundamentar quais os elementos concretos que comprovariam a finalidade do cultivo em cada caso.

Essa abordagem sobre a fundamentação e os elementos de prova possibilita encontrar algumas pistas sobre “que verdade foi buscada e alcançada no ato decisório” (LOPES JÚNIOR & GLOECKNER, 2014: 304). Isso é interessante principalmente porque nosso objeto de pesquisa navega justamente sobre aspectos sensíveis da intersecção entre os fatos e as normas jurídicas.

Em geral, a maior parte dos acórdãos que estudamos abordou de forma muito superficial como os elementos de prova dos autos serviriam para atestar a finalidade do cultivo. Enfrentamos muitas dificuldades para compreender nos acórdãos quais indícios e elementos de prova eram articulados e de que forma foram construídos a partir deles os argumentos jurídicos. Conseguimos, no entanto, identificar alguns aspectos importantes sobre a valoração dos elementos de prova e a fundamentação da tipificação das situações de cultivo de canábis.

#### 5.4.1 Prova indiciária e induções

Prevaleceu a prova indiciária<sup>267</sup> para fundamentar a cognição sobre a destinação do cultivo, quase sempre calcada em depoimentos de policias e testemunhas que se limitaram a atestar fatos secundários<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> Sobre o conceito de prova indiciária, cf. MALUF, 1984: 192-223; COELHO, 1996; RODRIGUES SANTOS, 2011: 64-71.

<sup>268</sup> Aqui referimo-nos a fatos secundários em relação aos fatos juridicamente relevantes, cuja comprovação está em disputa no processo. Concebemos, portanto, os fatos secundários enquanto “partículas do fato principal” (NUCCI, 2009: 126). O conjunto de indícios sobre fatos secundários é o que deve ser considerado na formação de um panorama geral da imputação.

Nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal, o indício é definido como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Ou seja, indícios são informações que permitem a conexão lógica com a existência ou não de um fato - são “o dedo que mostra um objeto” (MITTERMAIER, 1997: 323).

Assim, assumindo uma concepção geral da prova como sendo relacionada à convicção da certeza sobre algum aspecto da realidade (NUCCI, 2009: 13; GASCÓN ABELLÁN, 2010: 76), o indício é uma circunstância que aponta para a existência deste aspecto da realidade.

É possível afirmar que há dois grandes aspectos fáticos que precisam ser provados: a autoria, ou seja, a conexão entre o fato e o sujeito, e a chamada “materialidade”, que diz respeito à existência do fato em si. No caso das situações de cultivo, há ao menos três provas que precisam ser produzidas: prova de que o cultivo existe, prova de que o cultivo é de canábis e a prova da destinação (consumo ou tráfico) das plantas.

Muito embora a tipificação penal das situações de cultivo englobe diversos aspectos de um mesmo conjunto fático, focalizamos nossa observação e nossa discussão na determinação da finalidade do plantio. Em outras palavras, o aspecto da realidade cuja prova nos interessa é um “fato psicológico”, refere-se ao que o indivíduo intentava fazer ou não fazer com as plantas de canábis. Assim, buscamos identificar quais elementos foram apontados como prova de que uma situação de cultivo era destinada a consumo pessoal ou ao fornecimento de drogas a terceiros.

É possível entender os elementos previstos no §2º do art. 28 da Lei de Drogas (e no antigo art. 37 da Lei nº 6.348/76) como indícios potenciais. Isso significa que estes elementos, quando empiricamente presentes, constituem indícios que devem ser considerados para a comprovação da finalidade de consumo ou tráfico.

Nas seções anteriores afirmamos as circunstâncias de apreensão de plantas, drogas e “materiais” foram vistas como indícios que apontam ou para a finalidade de tráfico ou para a de consumo. Se o fato que buscamos compreender é a finalidade, estes indícios são os dedos que apontam para a intencionalidade do sujeito.

O que mais nos chamou atenção foi a apresentação dos raciocínios “lógico-indutivos” (GASCÓN ABELLÁN, 2010: 73) sobre a conexão entre os indícios e o fato psicológico. Alguns exemplos ajudam a concretizar essa questão:

[o]bservo que o réu tinha em sua estufa improvisada nada menos que seis vasos (3 pequenos e 3 grandes), os quais serviriam certamente para receber sementes da planta, a indicar que a sua conduta não se dirigia a semear planta somente para si mesmo.<sup>269</sup>

E a destinação a terceiros mercantil ou não evidencia-se pela quantidade de material apreendido. Não é crível nem razoável que alguém, procurando manter seu vício sem precisar adquirir drogas de traficante, mantenha em sua residência tamanha quantidade de plantas e petrechos para industrialização artesanal, indicativo de que a destinação do material só pode ser o fornecimento ao consumo de terceiros.<sup>270</sup>

Vale explorar os exemplos em maior detalhe. No primeiro caso, o indício é a existência de uma estufa improvisada com seis vasos vazios. A conexão feita é a de que esta circunstância indica a finalidade de tráfico.

No segundo caso, os indícios são a existência de plantas de canábis (no caso, 7 plantas) e “petrechos para industrialização artesanal” – seja lá o que isso possa significar. A partir destes indícios são feitas duas conexões. A primeira delas é a de que estas circunstâncias *não* indicam que o indivíduo possa ter plantado canábis para seu próprio consumo. A segunda delas é de que as circunstâncias indicam que a finalidade “só pode ser o fornecimento ao consumo de terceiros”.

Discutimos anteriormente a fragilidade empírica dessas conexões à luz de um repertório de conhecimento multidisciplinar sobre o cultivo de canábis. Aqui é importante apontar a fragilidade jurídica destas conexões feitas.

Uma distinção útil é entre indícios imediatos e indícios mediatos. Nas palavras de Mittermaier (1997: 325):

Os indícios podem ser divididos em dois tipos: os imediatos e os mediatos. O primeiro aponta diretamente ao fato que deseja e acredita ser o objeto decisivo, sem que, para isso, necessite de pistas. O segundo, por sua vez, forma, no seu tempo, uma cadeia de fatos que, quando sólidos, apontam, por fim, ao desfecho requerido, sendo este último o mais frágil dos tipos de indício.

À parte quaisquer discussões sobre a correção da terminologia, esta distinção é importante para nós porque remete às diferentes direções e sentidos que os indícios podem

<sup>269</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0048705-69.2006.8.26.0050. 9ª Câmara Criminal. Relator: Souza Ney. São Paulo, SP, j. 24 de setembro de 2008.

<sup>270</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0111498-34.2012.8.26.0050. 4ª Câmara Criminal. Relator: Edison Brandão. São Paulo, SP, j. 12 de agosto de 2014.

assumir (SALAVERRÍA, 2014: 146-147). A ideia é que alguns indícios imediatos *podem* ter valor probatório suficiente, ao passo que os indícios mediatos *devem* ser integrados em um conjunto de outras circunstâncias para que possam ter valor probatório significativo (VERRINA, 2012: 394).

Pensemos em dois exemplos de materiais apreendidos nos casos que discutimos anteriormente: balança de precisão e prensador de maconha. Vimos que alguns acórdãos entenderam estes dois materiais igualmente como indícios *imediatos* de tráfico. Essa associação imediata, no entanto, é feita sem suporte no repertório de conhecimento sobre o cultivo e o consumo de canábis.

Se entendermos a balança de precisão como indício – o dedo –, devemos nos perguntar para qual direção e sentido ele aponta. Podemos afirmar que a balança de precisão aponta na direção da existência de uma situação de cultivo mais “profissionalizada”. Entendemos, contudo, que este indício não aponta necessariamente para um cultivo profissional para fins de tráfico. É comum a utilização de balanças de precisão em qualquer situação de cultivo, para consumo ou tráfico. Para que seja possível afirmar a existência da finalidade, entendemos ser necessário avaliar outros indícios que possam apontar na direção e sentido da existência da finalidade de tráfico.

Por outro lado, o indício do prensador de maconha possui valor probatório muito mais significativo no contexto das situações de cultivo de canábis<sup>271</sup>. Este indício aponta na direção e sentido da existência da finalidade de tráfico: a prensagem é altamente incomum dentre os cultivadores de canábis que o fazem para consumo próprio. No entanto, o prensador de maconha persiste sendo um indício à medida que não podemos afirmar com mínima certeza que o destino das plantas era produzir drogas para fornecimento a terceiros. Nada impede que o indivíduo preste sua própria maconha, por quaisquer motivos que sejam. É apenas algo altamente improvável.

É possível conceber nos nossos exemplos o prensador enquanto indício imediato de tráfico e a balança enquanto indício mediato. O ponto importante é a diferença do ônus argumentativo na fundamentação das decisões que incorporam estes elementos para a tipificação penal.

Outro trecho elucida esse ponto:

---

<sup>271</sup> É importante frisar que nossa afirmação é completamente contextualizada dentro da realidade do cultivo de canábis. Vimos que os *growers* que cultivam para consumo pessoal não costumam prensar as flores da canábis porque a prensagem compromete fortemente a qualidade, a potência e o gosto da maconha.

Quem é apanhado em pleno "iter criminis", como aqui, cultivando entorpecente - maconha - em sua própria residência, em fartíssima quantidade - mais de 10 kg (!!), entre árvores, arbustos em vasos e falhas em fase de secagem, f 62 -, mostrando, nitidamente, comércio, não tem como justificar a situação. Não há explicação razoável ou verossímil para tal porte de entorpecente, senão aquele que o entenda destinado ao comércio. Fugir desta realidade é fechar os olhos ao óbvio e desprezar o bom-senso. Essa certeza visual, evidente e cristalina dos acontecimentos, então, consubstanciada na flagrância delitiva, e na perfeita e bem realizada operação da Polícia Militar, é marco indelével de autoria.<sup>272</sup>

Aqui novamente é possível identificar um indício mediato interpretado como imediato, gerando uma “conexão lógica” o a existência da finalidade de tráfico. A afirmação de que “não há explicação razoável ou verossímil para tal porte de entorpecente, senão aquele que o entenda destinado ao comércio” assume que o indício – “10kg entre árvores, arbustos em vasos e folhas em fase de secagem” – como sendo imediatamente relacionado à intenção de tráfico.

Há uma questão altamente preocupante decorrente desta abordagem. A interpretação de indícios mediatos como sendo imediatos reduz o ônus argumentativo do julgador e favorece a utilização da retórica – na acepção grega clássica do termo, referindo-se à eloquência enquanto elemento de persuasão<sup>273</sup>. Isso significa que, no contexto da fundamentação das questões fáticas a lógica indutiva que circunscreve os indícios é substituída pela gramática da eloquência e da persuasão.

São muitos os problemas que disso podem decorrer. Retomemos duas premissas que discutimos neste trabalho: (i) a prova conecta-se com a convicção do magistrado sobre a certeza de um fato (ainda que psicológico); e (ii) a motivação consiste na explicitação das razões de convencimento do juiz, englobando a forma pela qual se enxerga a relação entre as provas e os fatos e a subsunção das normas jurídicas a estes fatos.

<sup>272</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9088613-67.2005.8.26.0000. 4ª Câmara Criminal. Relator: Luis Soares de Mello. São Paulo, SP, j. 28 de agosto de 2007.

<sup>273</sup> Aqui nos referimos à acepção geral de retórica, cuja origem se atribui à Grécia antiga e cuja fama foi propagada pelos filósofos sofistas. Platão (1989: 62) define a retórica como “a arte da persuasão exercida nos tribunais e nas outras assembleias a propósito daquelas coisas que são justas e injustas”. Contrapomos essa acepção “clássica” às propostas de reformulação do conceito de retórica jurídica que protagonizaram o debate sobre a teoria da argumentação jurídica na segunda metade do século XX. Dentre os inúmeros autores que se aventuraram na tentativa de reconstruir o conceito de retórica, podemos mencionar três protagonistas: Chaïm Perelman (1988), com sua proposta para a *nova retórica*; Manuel Atienza (2006), com sua concepção de direito enquanto argumentação e sua proposta conceitual sobre a *argumentação pragmática*; e Neil MacCormick (2008) com a concepção de *retórica enquanto processo argumentativo* no âmbito do Estado de Direito.

Se a lógica indutiva que deve conectar as provas e os fatos é substituída pela eloquência discursiva, somos obrigados a assumir que a convicção do magistrado não se formou pela prova, mas sim por outros elementos. Temos aí uma inversão importante entre as premissas e a conclusão a indicar que “o teto pode ser construído antes das paredes” (CALAMANDREI, 2000: 177)<sup>274</sup>.

Nesse sentido, a motivação das decisões no que diz respeito a esse aspecto fático tende a deixar de exercer seu papel de “signo mais importante e típico da racionalização da função judicial” (CALAMANDREI, 1960: 66) e passar a exercer um papel discursivo que se utiliza da eloquência enquanto elemento de persuasão. Isso tende a esvaziar tanto a função *endoprocessual* da fundamentação quanto sua função *política* (IBAÑEZ, 2006: 63-64)<sup>275</sup>.

Fundamentar a decisão judicial, nessa linha, destina-se ao convencimento de certos atores interessados – sobretudo as partes e juízes de instâncias superiores – e não à racionalização que permite o “controle do discurso” (IBAÑEZ, 2006: 107) à luz do arcabouço jurídico existente. Pior: a fundamentação esposada nestes contornos tende a dificultar o controle das decisões à medida que a gramática da retórica se utiliza da eloquência propositadamente com o fim de persuasão e desfocaliza a argumentação jurídica.

Em concreto, isso implica a substituição da gramática silogística e da precisão linguística inerente ao raciocínio lógico pela eloquência argumentativa. São abertas as portas para afirmações como “fugir desta realidade é fechar os olhos ao óbvio e desprezar o bom-senso” ou “essa certeza visual, evidente e cristalina dos acontecimentos (...) é marco indelével de autoria”. A legitimidade decisória que decorre, em tese, da sua racionalização dá lugar a uma espécie de legitimação por adjetivação. Afinal, é mais difícil discordar da “certeza cristalina” dos fatos do que do sentido que as provas e indícios parecem apontar.

No universo de análise este tipo de inferência feita a partir de indícios se mostrou tão frequente quanto problemático. Isso foi ainda mais evidente nos acórdãos que tipificaram situações de cultivo para fins de tráfico, o que é muito pior, considerando que as sanções para o crime de tráfico são graves.

---

<sup>274</sup> Vale reproduzir a citação completa: “[à]s vezes acontece que o juiz, ao formar sua sentença, inverte a ordem normal do silogismo; isto é, encontre antes a conclusão e, depois, as premissas que servem para justificá-las. (...) As premissas, não obstante seu nome, frequentemente são elaboradas depois – em matéria judiciária, o teto pode ser construído antes das paredes” (CALAMANDREI, 2000: 176-177).

<sup>275</sup> A função *endoprocessual* a que nos referimos é a de permitir com que as partes do processo consigam compreender correta e precisamente as razões de decidir, as interpretações fáticas e jurídicas realizadas pelo magistrado, e assim possam impugnar a decisão. A sua função *política*, por outro lado, relaciona-se com a concepção do “*dever de motivar como consequência, prioritariamente, de exigências de caráter político: busca-se, com ele, uma garantia contra o arbítrio*” (IBAÑEZ, 2006: 63).



Não foram poucos os acórdãos cuja fundamentação indicou essa inversão entre conclusão e premissas. É possível afirmar que o estudo destas decisões revelou mais sobre a percepção pré-processual dos magistrados sobre o cultivo de canábis do que sobre a reprodução da realidade empírica na prova dos autos e a mecânica de aplicação das normas penais.

Vários autores já se debruçaram sobre essa questão específica da produção probatória na esfera penal e sua relação com a convicção do magistrado e fundamentação das decisões<sup>276</sup>. Não há aqui nenhuma novidade no plano teórico. No que concerne aos propósitos deste trabalho, contudo, o baixo grau de racionalidade na justificação das decisões (RODRIGUEZ, 2013: 11), sobretudo em matéria de prova, dificulta a compreensão da lógica de aplicação de conceitos dogmáticos. Se na esfera penal, “a verdade garantida pela estrita legalidade é diretamente um valor de liberdade” (FERRAJOLI, 2002: 438), um grande problema que decorre desse baixo grau de racionalização é o seu impacto direto na liberdade física dos indivíduos.

#### 5.4.2 Depoimento dos policiais

Vimos que no universo de análise prevaleceu a prova testemunhal na determinação da finalidade das situações de cultivo.

A prova testemunhal é “uma prova carregada de riscos, sobretudo quando é única, e não só quando de uma única testemunha” (IBAÑEZ, 2006: 42). A formação da convicção do magistrado sobre as questões fáticas a partir da prova testemunhal traz consigo alguns problemas, que são ainda mais evidentes quando o fato discutido é psicológico (LAGIER, 2004: 41-51).

As dificuldades inerentes à questão da “prova da intenção” também têm sido amplamente discutidas na literatura penal<sup>277</sup>. Não há resposta pronta para estas dificuldades, nem uma saída fácil para lidar com suas implicações. O que se pode afirmar a esse respeito é que estas dificuldades implicam a necessidade de realização de exame exaustivo da prova

---

<sup>276</sup> Sobre esta questão, cf. entre outros: FERRAJOLI, 2002: 438-440; SANZ, 2002: 475-488; CARVALHO, 2003; THUNS, 2004; LOPES JÚNIOR, 2004: 160-170; BOENTE, 2012: 267-292; SALAVERRÍA, 2014; AMARAL, 2014; LORA, 2015.

<sup>277</sup> Sobre esta questão, nos mais diversos contextos do sistema penal, cf.: LANDROVE, 1998; LAGIER, 2005: 189-216; LAGIER, 2006; AMBOS, 2010; SERVET, 2013.

produzida nos autos, explicitando-se as justificativas para a relevância dada a cada um dos elementos de prova (IBAÑEZ, 2006: 108-109).

A maior parte dos acórdãos estudados na nossa pesquisa utilizou o depoimento prestado pelos policiais em juízo na fundamentação de algum aspecto da tipificação penal das situações de cultivo. De modo geral, os acórdãos referem-se às declarações feitas pelos policiais para comprovação da autoria, relativa à responsabilidade pelo cultivo.

Os depoimentos dos policiais quase sempre descreveram a ocorrência: em razão de denúncia anônima compareceram ao imóvel e nele encontraram o(s) réu(s) e as plantas. Apenas nos raros casos em que havia investigação prévia contra o réu o teor do depoimento dos policiais deu conta de descrever outros aspectos da vida do acusado, com relatos de campana, registros telefônicos, etc.

Não obstante a generalidade das declarações, a maior parte dos acórdãos que tipificaram situações de cultivo para tráfico também faz referência aos depoimentos dos policiais para justificar a comprovação da finalidade da conduta. Alguns exemplos evidenciam a forma de apresentação dessa justificação sobre o elemento de prova:

Interrogado em juízo, o réu negou a prática delitiva. Confirmou que ‘tinha as mudas de maconha em sua residência, bem como a posse do baseado’, esclarecendo, no entanto, que a droga e as 38 mudas eram para consumo próprio. Sua negativa, porém, restou isolada nos autos, pois os testemunhos policiais são isentos e incriminadores, confirmando-se plenamente os fatos da denúncia.<sup>278</sup>

A materialidade do delito está comprovada pelo Auto de Exibição e Apreensão (fls. 17) e Laudo Pericial de Exame Químico Toxicológico (fls. 49). Preso em flagrante, V. negou a posse da droga, mas admitiu que a planta e as sementes fossem de sua propriedade e destinadas ao seu uso (fls. 12). Em Juízo, prestou alegação diversa. Disse que os policiais encontraram com ele duas porções de maconha e que a planta era sua, mas não sabia que se tratava de maconha (fls. 57 e 77). Vê-se, destarte, que as alegações do réu são contraditórias e não merecem credibilidade. Os policiais militares A.M. e L. afirmaram que, informalmente, o apelante havia confessado que realmente vendia maconha e que tinha confirmado que as sementes e a planta eram suas (fls. 7, 10, 79). A testemunha de defesa não presenciou os fatos, de forma que nada acrescentou sobre o ocorrido, que pudesse favorecer o apelante (fls. 81). Diante da materialidade e da farta prova oral, inexistiu dúvida que V. realmente praticava o narcotráfico e plantava maconha, tanto que tinha sementes para o cultivo.<sup>279</sup>

<sup>278</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0018340-53.2005.8.26.0604. 2ª Câmara Criminal Extraordinária. Relator: Fernando Simão. São Paulo, SP, j. 14 de junho de 2013.

<sup>279</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0000725-16.2012.8.26.0439. 4ª Câmara Criminal. Relator: Edison Brandão. São Paulo, SP, j. 25 de junho de 2013.

As fórmulas apresentadas para justificação dos entendimentos sobre a prova policial são gerais e obstaculizam a compreensão de aspectos fáticos importantes do processo. Diz-se que os “testemunhos policiais são isentos e incriminadores” e há “farta prova oral”, mas nada se afirma sobre as razões pelas quais se entendeu que os depoimentos indicam a finalidade de traficância nos casos concretos.

Aqui novamente a adjetivação aparece enquanto qualidade retórica, impedindo a observação de aspectos importantes do processo penal. Afirmar que a prova oral é farta esconde, na verdade, a fragilidade do conjunto probatório que fora produzido. Não se pode conceber minimamente a noção de “prova farta” a partir da informação de que apenas os policiais, uma testemunha de defesa e o réu foram ouvidos em juízo.

No segundo caso mencionado acima, a forma de apresentação das informações e da prova produzida é estrategicamente construída. Os policiais, cujos depoimentos compõem a “farta prova oral”, afirmaram que o réu havia confessado “informalmente” que traficava maconha. Da mesma forma, o depoimento da testemunha de defesa que havia sido arrolada para atestar a condição de usuário do réu é reduzido à declaração de que ela “não presenciou os fatos”. Sequer é possível entender a que fatos se está referindo, podendo-se apenas assumir que se trata da circunstância da prisão do réu. Nada se diz sobre o teor do depoimento da testemunha de defesa no que diz respeito à prova da finalidade de tráfico.

Ou seja, enquanto as afirmações do réu “são contraditórias e não merecem credibilidade” e a “testemunha de defesa não presenciou os fatos”, os depoimentos dos policiais atestam que “inexiste dúvida que V. realmente praticava o narcotráfico”. E os depoimentos dos policiais, frise-se, afirmam apenas que o réu confessara “informalmente” a prática de tráfico.

Vale explorar outros exemplos:

Contudo, a alegação de que possuía a maconha apreendida para uso próprio restou afastada também pelo laudo de dependência toxicológica de fls. 44/48 (do apenso), que concluiu não ser ele dependente da droga, sendo, portanto, plenamente imputável. Ademais, o consumo de maconha pelo réu restou confirmado apenas por sua esposa Michele, corré absolvida, e por uma testemunha que, no entanto, afirmou jamais tê-lo visto fazendo uso de substância entorpecente (fls. 134). Os guardas municipais Pedro Bravo Gonzalez (fls. 08 e 130/131) e Edson Gonçalves Ferreira (fls. 11 e 132/133v), por sua vez, informaram, em depoimentos firmes e coerentes, prestados em juízo, que receberam denúncia anônima de que o casal estava praticando o tráfico ilícito e estava cultivando um pé de maconha na residência, a qual restou

confirmada pelas apreensões efetivadas. Edson ainda esclareceu que já tinham informações anteriores de que Tadeu era traficante e que, inclusive, já haviam tentado prendê-lo antes. Não paira nenhuma dúvida sobre a lisura desses depoimentos, os quais, aliás, estão em perfeita harmonia com o auto de exibição e apreensão. Ademais, salvo demonstração em contrário, é válida e eficiente prova constituída do testemunho de policiais participantes da diligência, pois as hipóteses de suspeição e impedimento têm previsão legal exaustiva.<sup>280</sup>

Aqui a alegação do réu de que cultivava canábis para consumo é “afastada também pelo laudo de dependência toxicológica de fls. 44/48 (do apenso), que concluiu não ser ele dependente da droga” e pelo teor dos depoimentos dos policiais. É possível inferir que há uma assunção de que a dependência toxicológica é característica definidora do usuário de drogas, o que já em si altamente problemático. Isso não só porque a aplicabilidade do conceito de dependência ao consumo de maconha é disputada cientificamente (ROSELLI et ali., 2005), mas também porque o consumo da canábis não é prerrogativa exclusiva dos viciados na droga.

A prova da finalidade de tráfico é complementada pelas declarações dos policiais de que “receberam denúncia anônima de que o casal estava praticando o tráfico ilícito e estava cultivando um pé de maconha na residência, a qual restou confirmada pelas apreensões efetivadas”. Ou seja, o teor do depoimento do policial remete ao teor da denúncia anônima, que se diz ter sido confirmada em razão das plantas apreendidas. E sobre as declarações policiais, afirma-se que “não paira nenhuma dúvida sobre a lisura desses depoimentos, os quais, aliás, estão em perfeita harmonia com o auto de exibição e apreensão”. A prova da finalidade, nesse contexto, é dada pelo teor da denúncia anônima, que foi confirmado pelos depoimentos dos policiais, que têm presunção de validade “salvo demonstração em contrário”.

Há duas questões distintas e igualmente importantes sobre o depoimento dos policiais: a primeira delas diz respeito à sua admissibilidade como prova e a segunda refere-se às inferências feitas a partir do seu teor, ou o sentido que lhes é dado.

Sobre sua admissibilidade, os acórdãos refletem um entendimento antigo do Supremo Tribunal Federal de que o depoimento dos policiais “especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever

---

<sup>280</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9183985-72.2007.8.26.0000. 9ª Câmara Criminal. Relator: Rene Nunes. São Paulo, SP, j. 13 de fevereiro de 2008.

de ofício, da repressão penal”<sup>281</sup>. Os depoimentos só seriam inadmissíveis se for provado que “as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos”<sup>282</sup>.

A admissibilidade dos testemunhos policiais é quase sempre defendida com fórmulas gerais, por exemplo:

Ressalto que não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Além disso, não se acredita que servidores públicos, inclusive os milicianos, empossados que são após compromisso de fielmente cumprirem seus deveres iriam apresentar testemunhos ou provas ideologicamente falsas, com o simples intuito de inculpar inocentes. Ao contrário, tem os funcionários públicos a presunção de que no desempenho de suas atuações agem escorreitamente. A esse respeito: Revista dos Tribunais, volume 411, página 266. A atuação dos agentes públicos revestiu-se de legalidade, ao menos pelo que se extrai dos autos, pois não há nenhuma demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de mudar o quadro formado. A Defesa não trouxe qualquer argumento convincente no sentido de que os agentes da lei tenham falseado a verdade com a intenção de incriminar os réus.<sup>283</sup>

Há uma presunção de idoneidade na atuação dos policiais enquanto agentes de Estado que é perigosamente transportada para o interior do processo penal. Em contraposição, há uma tendência ao descrédito generalizado das declarações prestadas pelo acusado, sem que isso seja feito motivadamente à luz dos elementos concretos dos autos:

Aceitar-se a versão do acusado, "data venia", seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade. O julgador, então, que é e deve ser homem de bom-senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui. Dar-se crédito àquele que cultiva a droga, em plena e objetiva ação delituosa, em detrimento das palavras do próprio tio e de agentes de lei que cumpriam seu papel de proteger a sociedade, seria inverter de tal forma os valores que se deixaria em descrédito a própria Justiça.

<sup>281</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73.518/SP. 1ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, j. 26 de março de 1996.

<sup>282</sup> Idem.

<sup>283</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0002980-19.2010.8.26.0470. 6ª Câmara Criminal. Relator: Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo, SP, j. São Paulo, SP 26 de setembro de 2013.

Tanto não é possível, na verdade, exatamente porque as escusas são para livrá-lo da responsabilização, que é imperiosa, todavia. No confronto, portanto, não há como se inverter as posições. Muito mais lógico e prudente, portanto, o crédito a quem cumpria a lei e agia de conformidade a ela.<sup>284</sup>

Enquanto as declarações do réu contrariam “as normas genéricas da verdade e de bom-senso” – sejam lá quais forem elas -, é “lógico e prudente” validar as declarações de quem “cumpria a lei e agia de conformidade a ela”.

Mas a pesquisa também indicou a existência de entendimentos distintos, que valorizam a racionalidade do sistema penal e reconhecem no depoimento dos policiais o viés institucional decorrente da atividade que desempenham no sistema de justiça criminal. Vale a transcrição completa de um trecho importante:

Para a apuração da verdade, apenas, os policiais militares foram ouvidos. É relevante que se tenha presente que a contrariedade da defesa com a prova acusatória não tem origem na profissão das testemunhas, mas na atividade exercida por elas na ocasião dos fatos reportados em seus depoimentos. Seus testemunhos têm qualificação e natureza diversas de qualquer outro: são relatos de agentes policiais que, no exercício da atividade repressora, conduziram o caso na esfera policial. Ou seja, são a *longa manus* do próprio aparelho repressor, vale dizer, a parte adversa do acusado, aqui apelante. As teorizações jurídicas processuais de âmbito criminal não podem levar a ignorar a realidade fática. **O policial é o agente operacional da repressão, incorpora a própria repressão e não depõe com a imparcialidade das demais testemunhas, ainda que de modo inconsciente. Sua visão sobre os fatos, o seu entendimento sobre as circunstâncias que apurou, é do próprio sistema repressor, de que o garantismo constitucional objetiva proteger.** Não se trata de desprestígio do policial, porque na instrução criminal não se carece da prestação de suas contas como agente que o próprio Estado cooptou e treinou para o exercício da atividade repressora, mas sim de prova, cujo enfoque, desnecessário seria dizer, é diverso daquela.

Dar ao depoimento do policial valor probatório em sede de processo criminal é, na realidade, subtrair do acusado qualquer possibilidade de defesa e elevar-se à repressão a condição de absoluta, estabelecendo-se verdadeiro Estado Policial, em contradição com o Estado de Direito, ainda que passe a persecução penal pelo Judiciário, que simplesmente coonestará a ação repressora.<sup>285</sup> (grifamos)

<sup>284</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9104205-54.2005.8.26.0000. 4ª Câmara Criminal. Relator: Luis Soares de Mello. São Paulo, SP, j. 9 de maio de 2006.

<sup>285</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0009242-88.2005.8.26.0363. 7ª Câmara Criminal. Relator: Francisco Menin. São Paulo, SP, j. 16 de outubro de 2008.

Conquanto minoritário, este entendimento é importante porque dialoga não só com importantes questões discutidas na dogmática penal, mas também com o repertório de conhecimento da criminologia e da sociologia do sistema de justiça criminal. Este entendimento dialoga diretamente com a pesquisa de Raupp (2005), que indica a tendência de o policial sempre buscar legitimar sua ação e fundamentar a licitude da prisão no seu depoimento.

Estas questões sobre neutralidade do depoimento dos policiais têm sido discutidas profundamente no contexto da aplicação das leis penais estadunidenses, sobretudo em casos envolvendo drogas (SEVILLA, 1973; GALLINI, 2012). Há muitas discussões na literatura penal norte-americana sobre o viés natural do testemunho dos policiais e os incentivos que os agentes possuem para distorcer os fatos nas suas declarações em juízo para garantir a condenação esperada (CHIN & WELLS, 1997: 272-289; DORFMAN, 1998: 469-474)<sup>286</sup>. Nesse sentido, incumbe aos magistrados um cuidado adicional na interpretação e valoração destes depoimentos. Como Zeidman (2004: 111) afirma,

Yet, we are told that perjury exists, and so it must be discovered. Instead of accepting police testimony as truthful, judges should be skeptical and scrutinize the testimony in the way suggested by Judge Younger thirty five years ago. They should listen carefully for catch phrases designed to justify warrantless searches. One judge has suggested that to overcome police fabrications judges must also take a more active role in determining the facts.

Há ainda as questões sobre o teor do depoimento dos policiais, que são especialmente importantes no contexto da tipificação do cultivo de canábis. Afirmamos que em nenhum acórdão lido os policiais declararam ter visto o ato de traficância. Em sua maioria, os depoimentos descrevem o teor da denúncia anônima e as circunstâncias de realização da diligência policial. Alguns poucos acórdãos relatam depoimentos que contêm outras informações sobre a vida do réu que possam se relacionar com a finalidade do plantio.

Apesar disso, em muitos casos que houve a tipificação do cultivo para tráfico a fundamentação dos acórdãos indica que a finalidade é provada em razão do teor dos depoimentos dos policiais. Até mesmo quando a defesa alega que as declarações dos policiais são inconsistentes entre si, a presunção de “lisura” aparece para imunizar o seu valor probatório:

---

<sup>286</sup> Também neste sentido, cf.: SLOBOGIN, 1996; GALLINI, 2012; CUNNINGHAM, 1999.

Ressalto que não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha; e pequena divergência, confirmada de forma segura na sua parte principal, não anula a prova apresentada. (...) A atuação dos agentes policiais revestiu-se de legalidade, ao menos pelo que se extrai dos autos, pois não há nenhuma demonstração concreta de irregularidade ou arguição que tenha fundamento a ponto de mudar o quadro formado; eventuais divergências não afetam a robusta prova, pois é inconteste a responsabilidade do apelante.

A. e M.B., respectivamente mãe e irmã de M., confirmaram o encontro dos pés do entorpecente no quintal da casa, sabendo elas que o acusado seria usuário de drogas (fls. 65/66). A.G., R. e J., testemunhas de defesa, não assistiram os acontecimentos; também noticiaram ter conhecimento que o réu fazia uso de tóxicos (fls. 67/69). Não há, pois, como sustentar que a conduta adotada por M. seja sequer semelhante à de um usuário comum, o que faz cair por terra a eventual desclassificação para o artigo 16.<sup>287</sup>

Essa referência à presunção de lisura e veracidade do depoimento dos policiais vai na contramão da literatura estadunidense sobre o enviesamento natural das declarações dos agentes, que decorre da própria função de estado que exercem (DORFMAN, 1998: 472-474).

Outro aspecto relevante sobre o teor dos depoimentos dos policiais diz respeito aos casos em que o cultivo localizava-se em terrenos baldios. No nosso universo de análise encontramos nove acórdãos que discutem essa modalidade de cultivo, conhecida como *cultivo de guerrilha* (LEGGETT, 2006: 22). Entre eles, quatro decisões determinaram a absolvição dos acusados por falta de provas de autoria. Nestes casos, os policiais responsáveis pelas ocorrências declararam não ter presenciado o réu cultivando as plantas, o que inviabilizou a comprovação da autoria – quase sempre calcada nas declarações feitas pelos agentes.

O ponto importante para a pesquisa é a constatação de que a tipificação das situações de cultivo é fortemente embasada nas declarações de policiais que não afirmam nenhum elemento que possa servir para comprovação da finalidade da conduta.

Situações deste tipo parecem indicar que a finalidade não é determinada à luz da prova produzida nos autos, mas sim no momento da descoberta do cultivo ou no curso das investigações em sede policial. Nesses casos a fundamentação assume um papel imunizatório de justificação de uma condenação calcada em elementos pré-processuais, o que Lopes Júnior (2004: 165) chama de “fraude de etiquetas”.

---

<sup>287</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9125404-40.2002.8.26.0000. 1ª Câmara Criminal Extraordinária. Relator: Marco Antonio. São Paulo, SP, j. 25 de junho de 2003.



Isso porque a prova testemunhal produzida nos autos a partir das declarações dos policiais se resume à reafirmação daquilo que havia sido declarado perante a autoridade policial, sem a incorporação de elementos novos trazidos no âmbito da produção probatória do processo penal. Quando a narrativa do policial é que embasa a condenação, a sentença incorpora em sua fundamentação os elementos pré-processuais que motivaram a ação policial.

#### 5.4.3 Presunção de tráfico e inversão do ônus da prova

Alguns acórdãos estudados na nossa pesquisa desenvolvem argumentos que indicam uma presunção de tráfico decorrente do cultivo, impondo ao acusado o fardo da inversão do ônus da prova. Alguns argumentos assumiram a presunção da finalidade de tráfico e imputaram ao réu o dever de provar a finalidade de consumo – se é que isso é possível:

Ademais, o apelante não comprovou que aquela quantidade de droga apreendida em seu poder seria para uso próprio. Houve apenas afirmações, sem comprovação. Inexiste, portanto, nos autos prova de que o comércio não era o seu destino. Não bastasse, tendo em vista a natural deterioração do produto em decorrência de armazenamento, o preço das drogas e a facilidade de aquisição delas, não é lógica a conclusão de que um mero usuário tenha consigo mais do que o necessário para consumo em curto espaço de tempo.<sup>288</sup>

A afirmação de que não há “nos autos prova de que o comércio não era o seu destino” indica que ao acusado incumbiria a impossível tarefa de comprovar que não iria comercializar maconha. Ou seja, a capitulação da conduta na denúncia deu ensejo à criação de uma presunção de tráfico, que demanda ao réu a produção de prova negativa – a prova de que o sujeito não vai realizar tal ato – para que seja revertida.

Alguns acórdãos tentaram refutar esse argumento da presunção de tráfico:

Não se trata de condenação por presunção. A certeza plena e incontestável é impossível de ser alcançada em qualquer processo criminal. A instrução visa colher elementos suficientes para que o julgador possa formar o seu convencimento; prova suficiente nada tem a ver com mero arbítrio, pois o Magistrado tem o dever constitucional de fundamentar suas decisões. O que não se concebe é brincar com

---

<sup>288</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9195542-85.2009.8.26.0000. 5ª Câmara Criminal. Relator: Marcos Zanuzzi. São Paulo, SP, j. 25 de fevereiro de 2010.

absolvição por insuficiência de provas a criminosos que, de forma ardilosa, tentam ludibriar a verdade e, por via de consequência, a Justiça.<sup>289</sup>

Algumas decisões também argumentam em sentido contrário, assumindo uma presunção de consumo, entendendo se essa mais favorável ao réu. Nestes acórdãos foi reconhecida a necessidade de comprovação da existência da finalidade de tráfico para que se possa promover a capitulação penal mais grave da conduta:

Na verdade a prova não contém nenhum esclarecimento a respeito de traficância de maconha por parte do acusado, muito embora os indícios nesse sentido sejam fortes, pois os policiais receberam denúncia anônima e foram à residência de Luciano. Acontece que mesmo essa denúncia anônima não seria propriamente relacionada com tráfico de drogas, mas sim com envolvimento de Luciano em roubos, tanto que a polícia encontrou na mesma casa um notebook e quatro máquinas fotográficas de origem ilícita. Deve ser favorecido pela dúvida quanto ao destino daquelas gramas de maconha, não havendo segurança para se manter o pesado decreto condenatório, pedindo-se a máxima vênia ao MM. Juiz de Direito sentenciante e aos eminentes representantes do Ministério Público.<sup>290</sup>

A tarefa imposta ao acusado de comprovar que não iria traficar é ainda obstaculizada pelo fato de que muitas questões técnicas sobre os aspectos concretos das situações de cultivo não podem ser produzidas em razão de limitações na produção do conjunto probatório. O indeferimento de submissão de quesitos para perícia técnica das plantas, por exemplo, dificulta muito a comprovação das alegações de consumo próprio, que necessariamente precisam ser construídas a partir de aspectos empíricos do cultivo.

Ou seja, não bastasse o problema em si do ônus probatório imposto ao acusado, a sua situação é ainda agravada pelas limitações de produção e prova no âmbito do próprio processo. A pesquisa evidenciou que o escopo limitado das perícias realizadas e as características dos acervos probatórios testemunhais trazem limitações ao exercício do direito de defesa dos acusados. Uma consequência grave que disso decorre é a construção da verdade processual no inquérito policial, sendo referendada pelas decisões que direcionam fragmentos da realidade fática (CARVALHO, 2003: 206).

<sup>289</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 9097292-17.2009.8.26.0000. 6ª Câmara Criminal. Relator: Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo, SP, j. 10 de novembro de 2011.

<sup>290</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0017341-40.2009.8.26.0320. 10ª Câmara Criminal. Relator: Carlos Bueno. São Paulo, SP, j. 26 de agosto de 2010.

## 6. CONCLUSÃO: POR VINHOS NOVOS EM GARRAFAS NOVAS

No primeiro capítulo afirmamos que esta pesquisa se debruça sobre a tipificação penal dos casos de cultivo de plantas destinadas à produção de drogas para consumo próprio. Estabelecemos que nossa investigação focalizou como a determinação da finalidade das situações de cultivo foi apresentada na fundamentação de acórdãos que decidiram sobre a sua tipificação penal.

No capítulo dois foi enunciado o problema de pesquisa na forma de uma pergunta geral: *quais os elementos e de que forma eles foram utilizados nas decisões analisadas para tipificação do plantio para consumo pessoal (art. 28, §1º, da Lei de Drogas) e do plantio destinado a fornecer drogas a terceiros (art. 33, §1º, II)?* Essa pergunta de pesquisa foi desdobrada em outras específicas:

- (a) Como a expressão “pequena quantidade” a que alude o §1º do art. 28 da Lei de Drogas foi interpretada nas decisões analisadas? O que os juízes utilizaram nas decisões para definição de “pequena quantidade” de droga a que se refere o §1º do art. 28 da Lei de Drogas, na descrição do núcleo objetivo do tipo?
- (b) Quais provas são consideradas pelos magistrados para tipificação das condutas nos artigos 28, §1º ou 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06?
- (c) O que, além da *quantidade*, foi utilizado para determinar se o plantio se destinava a consumo pessoal? De que forma os elementos constantes do §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06 são utilizados na fundamentação das decisões analisadas?
- (d) Outros elementos foram utilizados na determinação da finalidade das situações de cultivo? Se sim, qual(is) e de que forma eles foram apresentados na fundamentação das decisões?

Estas questões foram respondidas pelos capítulos quatro e cinco. Embora a forma de resposta a essas perguntas não tenha sido simples, muito menos objetiva, foi possível estabelecer os principais aspectos das decisões analisadas que ajudam a compreender a problemática da determinação do conceito de consumo pessoal para tipificação das situações de cultivo de canábis.

No capítulo 2 ainda formulamos a seguinte pergunta secundária de pesquisa: “*Quais implicações na fundamentação das decisões no âmbito do sistema de justiça criminal decorrem da criação de um tipo penal específico de plantio para consumo pessoal pela Lei nº 11.343/06 (art. 28, §1º)?*”.

A pergunta parte de um pressuposto: a controvérsia dogmática sobre a existência ou não de tipo penal específico para o cultivo para consumo pessoal na Lei nº 6.368/76 gerou uma situação de insegurança jurídica<sup>291</sup> para os usuários cultivadores. Isso porque, em linhas gerais, à medida que essa controvérsia dogmática se insere no âmbito das fontes formais de direito, a identificação das “regras do jogo” passa a não ser clara e previsível.

Vimos no capítulo 4 que, durante a vigência da Lei nº 6.368/76, houve um número considerável de acórdãos que adotaram a tese da *analogia in bonam partem* para tipificar o plantio para consumo. Ao mesmo tempo, houve ainda um número mais expressivo de acórdãos que adotaram a tese de que o tipo penal do plantio ilícito (art. 12, §1º, II da Lei nº 6.368/76) não requer a comprovação do dolo específico de traficância: seria um crime de perigo abstrato em que se exige apenas o dolo genérico de plantar (BACILA & RANGEL, 2007: 50).

Esta controvérsia dogmática permeou até as Turmas do Superior Tribunal de Justiça: no início dos anos 2000 a Sexta Turma do tribunal mudou seu entendimento sobre o cabimento da *analogia in bonam partem* nos casos de cultivo durante a Lei nº 6.368/76, posicionando-se a partir dali no sentido de reconhecer que o tipo penal de cultivo não exige comprovação de finalidade específica<sup>292</sup>. Nesse contexto, cultivar canábis traria consigo um risco incomensurável: a incerteza quanto à tipificação, que refletiria em graus muito diferentes de procedimentos e sanções penais impostas.

O art. 28, §1º da Lei nº 11.343/06 resolveu a controvérsia doutrinária a respeito da existência ou não de um tipo penal de plantio para consumo (ANDREUCCI, 2007: 48; LINS, 2009: 248; JUNQUEIRA, 2013: 222)<sup>293</sup>. Criou-se na Lei de Drogas um tipo penal específico para a figura do *grower*<sup>294</sup>, admitindo-se a existência de dois tipos de situação de cultivo: o plantio para fins de tráfico e o plantio para fins de consumo próprio.

---

<sup>291</sup> Martins-Costa (2004: 112-115) apresenta a segurança jurídica como “garantia de estabilidade e legalidade”, bem como “crédito de confiança”. Trata-se, assim, de uma garantia que se presta tanto à defesa da integridade sistêmica da ordem jurídica quanto à confiança dos cidadãos na permanência e validade do sistema jurídico. Silva (2006) também argumenta que a segurança jurídica exerce uma função importante na garantia de efetivação de direitos fundamentais. Ou seja, tem um valor intrínseco em si, relacionado à integridade da ordem jurídica, mas tem também um valor instrumental, de garantia da efetividade do sistema de direitos que cada ordem cria (JÚNIOR, 2006: 24-32). Sobre o conceito de segurança jurídica, cf: COUTO E SILVA, 1988; MARTINS-COSTA, 2004; SILVA, 2006; JÚNIOR, 2006.

<sup>292</sup> Cf. notas 92 e 95 *supra*.

<sup>293</sup> A esse respeito, Lins (2009: 248) afirma: “O §1º do referido art. 28 encerra o antigo debate existente acerca do ato de plantar, cultivar semear e colher, que, agora, passa, expressamente, a portar a mesma carga antijurídica dos atos descritos no parágrafo anterior: É ato do usuário.”.

<sup>294</sup> Conceberemos neste trabalho o termo “*grower*” para indicar o usuário de drogas que cultiva plantas para o próprio consumo (BOITEUX, 2009: 35).

A tipificação do cultivo para consumo, nesse sentido, traria consigo ao menos uma grande contribuição à segurança jurídica (ANDREUCCI, 2007: 49). Se entendermos que a segurança jurídica diz respeito “à estabilidade da ordem jurídica e à previsibilidade da ação estatal” (MEDAUAR, 2008: 228)<sup>295</sup>, a criação do tipo específico de plantio para consumo contribui para a estabilidade da ordem jurídica porque implica a remoção de uma questão (penal) controvertida do escopo das decisões tomadas no âmbito do sistema de justiça criminal. Há, em princípio, um incremento na estabilidade da ordem jurídica.

Não se pode afirmar o mesmo sobre o componente da previsibilidade da ação estatal (COUTO E SILVA, 1998: 13; BRAITHWAITE, 2002: 47). Isso porque a Lei de Drogas não resolveu a controvérsia dogmática sobre os critérios de diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas. Ou seja, enquanto uma questão dogmaticamente controvertida foi resolvida, tantas outras questões igualmente controvertidas assumiram um papel central na compreensão do regime jurídico-penal do cultivo de canábis.

Além da pacificação da divergência sobre a existência de um tipo penal, a tipificação expressa do plantio para consumo foi vista com bons olhos no que diz respeito à situação dos *growers* (BOITEUX, 2006: 8; ANDREUCCI, 2007: 48; GRECO FILHO, 2011; JUNQUEIRA, 2013: 222).

A equiparação dos cultivadores aos usuários quando o plantio se destina a consumo pessoal foi entendida como um avanço frente à normatização criada pela Lei nº 6.368/76. O principal argumento que embasa essa percepção de avanço trazida pela Lei de Drogas é o de que a tese da “irrelevância da finalidade” na tipificação do plantio não mais poderia subsistir no ordenamento jurídico brasileiro (LINS, 2009: 248).

Os elementos para determinação da finalidade da posse e do plantio foram regulados no §2º do art. 28 da Lei de Drogas<sup>296</sup>, que praticamente repetiu os termos do art. 37 da Lei nº 6.368/76<sup>297</sup>. A única diferença no texto dos dois dispositivos é a inclusão da expressão

---

<sup>295</sup> No mesmo sentido, a respeito de uma concepção abstrata e generalista do conceito de “*legal certainty*”, cf: (WADE, 1941: 187-195; PAUL, 1957; GIANFORMAGGIO, 1990: 402-403).

<sup>296</sup> “Art. 28 (...)”

§2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

<sup>297</sup> “Art. 37. Para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Parágrafo único. A autoridade deverá justificar em despacho fundamentado, as razões que a levaram a classificação legal do fato, mencionando concretamente as circunstâncias referidas neste artigo, sem prejuízo de posterior alteração da classificação pelo Ministério Público ou pelo juiz.”

“circunstâncias sociais e pessoais” do agente no §2º do art. 28 da Lei de Drogas. A vagueza da expressão é patente e, como vimos no capítulo cinco, sua utilização na fundamentação da tipificação dos casos de cultivo de canábis se mostrou bastante complicada.

É evidente que a tipificação penal do cultivo para consumo pode contribuir para a integridade do sistema à medida que uniformiza entendimentos e resolve uma importante controvérsia dogmática sobre a existência de um tipo próprio para o cultivo para consumo. Resolve, contudo, apenas uma controvérsia.

A disputa sobre a existência de um tipo penal específico de plantio para consumo à luz da Lei nº 6.368/76 está longe de ser a única ou a mais importante sobre a interpretação da antiga lei. Muito ao contrário: a tipificação do cultivo para consumo, tal como feita na Lei de Drogas, evidenciou ainda mais a importância de um debate muito mais profundo, e muito menos solucionável à luz dos critérios da nova lei: afinal, como distinguir o usuário e o traficante de drogas?

Campos (2015: 34; 52-63) identifica nos debates legislativos que precederam a aprovação da Lei de Drogas uma grande preocupação que permeou todo o processo no Congresso Nacional: a necessidade de se estabelecer melhores critérios para diferenciar os usuários dos traficantes de drogas. Essa necessidade se mostrou ainda mais evidente à medida que se construiu a concepção de uma lei pautada em dois pilares muito distintos: a “medicalização” e “humanização” do tratamento do usuário de drogas, em contraposição à intensificação da repressão penal contra os traficantes (CAMPOS, 2015: 52-63; BOITEUX, 2009: 35; CARVALHO, 2010: 14-15).

A diferenciação entre usuários e traficantes passou, assim, a protagonizar as discussões sobre a tipificação penal de cultivos na Lei nº 11.343/06. Se antes a Lei nº 6.368/76 permitia que parte dos operadores do direito se esquivasse dessa difícil tarefa, agora a Lei de Drogas tornou obrigatório o enfrentamento dessa matéria quando da tipificação penal do cultivo.

Vimos, contudo, que a Lei de Drogas não apresentou contribuições significativas no que diz respeito à diferenciação entre traficante e usuário. A dificuldade de aplicação dos critérios gerais e abstratos da Lei nº 6.368/76, que há muito tempo já era tematizada na literatura especializada<sup>298</sup>, persistiu na redação da nova lei.

---

<sup>298</sup> Cf., neste sentido: BARBOSA, 1998; ZALUAR, 2004.

Em pesquisa empírica realizada com operadores do sistema de justiça criminal paulista, Maria Gorete Marques de Jesus afirma que “[a] diferenciação entre usuário e traficante foi apontada por alguns operadores como sendo um ponto frágil da lei” (DE JESUS, 2011: 111). Os critérios vagos<sup>299</sup> para diferenciação do usuário e do traficante persistiriam, assim, sendo um dos maiores problemas da Lei de Drogas (DE JESUS, 2011: 110).

Ou seja, de um lado a tipificação do plantio para consumo trouxe um ganho no que diz respeito à segurança jurídica; de outro lado ela evidenciou um dos maiores problemas da antiga legislação sobre drogas, cujo impacto negativo na segurança jurídica talvez seja ainda maior<sup>300</sup>.

## **6.1 Os contornos da nossa peça dentro deste imenso mosaico**

No capítulo dois descrevemos nossa estratégia de pesquisa para prover respostas a estas perguntas. Foram selecionados 135 acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo que discutem a tipificação penal de situações de cultivo de canábis. A partir desse conjunto de acórdãos buscamos produzir informações que permitissem compreender como a determinação da finalidade do cultivo se apresentou na motivação das decisões.

A forma como concebemos esta pesquisa no repertório de conhecimento sobre o cultivo de canábis foi descrita pela metáfora do mosaico. O capítulo dois deste trabalho buscou explicitar de que maneira foi construída nossa peça e como pretendemos posicioná-la dentro do mosaico.

É possível sintetizar as respostas às perguntas formuladas na tentativa de esboçar os contornos da peça que pretendemos incluir no mosaico. Para tanto, vale iniciar pelas quatro sub-perguntas de pesquisa, que direcionam uma forma mais completa de resposta à pergunta central.

---

<sup>299</sup> Sobre conceitos vagos e o problema da indeterminação no direito, cf. WILLIAMSOM, 1994.

<sup>300</sup> É da própria natureza do conceito de segurança jurídica a exigência de que os atos dos indivíduos devem ser qualificados por normas jurídicas, e a eles devem ser garantidos os efeitos previstos também em normas jurídicas (CANOTILHO, 1999: 250; JUNIOR, 2006: 32). É verdade que as “cláusulas gerais” compõem boa parte da legislação em grande parte dos sistemas jurídicos do globo. No entanto, a supressão ou restrição de liberdades individuais requer a utilização de critérios objetivos que possam servir para limitar a discricionariedade judicial e administrativa (ALMEIDA, 2000: 254-255).

No que diz respeito à interpretação da noção de “pequena quantidade” (a), referida no §1º do art. 28 da Lei de Drogas na descrição do elemento objetivo do tipo penal do cultivo para consumo, a pesquisa indicou duas respostas. A primeira delas é a de que não foi possível identificar nenhum tipo de padrão que possa orientar a forma de aplicação desta expressão. Ou seja, não foi possível identificar nem que tipo de quantidade se está referindo – quantidade de plantas ou de drogas – nem qual quantidade é considerada “pequena quantidade”.

Por outro lado, a pesquisa indicou que o número de plantas apreendidas é o principal fator que determina a tipificação penal. Embora tenham sido muitas as divergências na determinação do sentido concreto da expressão “pequena quantidade”, a pesquisa indicou que as situações de cultivo com mais de cinco plantas de canábis têm mais chances de serem tipificadas como tráfico de drogas.

Com relação às provas mencionadas na fundamentação dos acórdãos (b), a pesquisa indicou a prevalência da utilização da prova testemunhal, com destaque ao importante papel desempenhado pelo depoimento dos policiais responsáveis pelas ocorrências. Foi possível identificar que a narrativa construída a partir dos depoimentos dos policiais influenciou a tipificação penal, de modo que a percepção dos agentes sobre a finalidade do cultivo permeou a fundamentação de boa parte dos acórdãos.

Além disso, foi possível identificar uma série de limitações na produção de prova pericial, sobretudo no que diz respeito à determinação das características físicas das plantas e da produtividade das situações de cultivo. O escopo restrito dos laudos de criminalística, nesse sentido, implicou uma série de dificuldades na comprovação da finalidade do cultivo.

Sobre os elementos do §2º do art. 28 da Lei de Drogas (c) a pesquisa indicou que o protagonismo da quantidade na determinação da finalidade das situações de cultivo foi complementado principalmente pela referência às “circunstâncias da prisão”. Grande parte das decisões referiu-se às circunstâncias da prisão na fundamentação da tipificação penal, quase sempre reconstruindo estas circunstâncias a partir do testemunho dos policiais.

Por fim, a pesquisa também indicou que o tipo de material apreendido junto com as plantas e drogas foi considerado na determinação da finalidade do cultivo (d). Muitos acórdãos referiram-se à existência de “materiais de preparo para venda” como indicadores da finalidade de tráfico, em complemento aos elementos previstos no §2º do art. 28 da Lei de Drogas. No entanto, como visto no capítulo cinco, muitas das inferências feitas a partir de



alguns destes materiais apreendidos assumem premissas que são inconsistentes com o repertório de conhecimento sobre aspectos concretos do cultivo de canábis.

Estas considerações podem ser agrupadas para construir uma resposta única ao problema de pesquisa. Dentre os elementos utilizados na tipificação das situações de cultivo de canábis, o número de plantas parece ser o fator que mais impacta a configuração da “pequena quantidade” referida no §1º do art. 28 da Lei de Drogas. O número de plantas também se apresentou como o primeiro elemento considerado na determinação da finalidade do plantio (§2º do art. 28 da Lei de Drogas), tendo sido complementado principalmente pelas circunstâncias da prisão tal como descritas nos testemunhos dos policiais que efetuaram as ocorrências e pelos materiais apreendidos junto com as plantas.

Foi possível identificar que a criação do tipo penal implicou um esforço argumentativo maior nas decisões para justificar as razões de convencimento sobre a finalidade do cultivo. Isso tanto em relação aos casos que foram tipificados no art. 28, §1º quanto aos casos tipificados no art. 33, §1º, II, da Lei de Drogas. Os acórdãos que tipificaram situações de cultivo para fins de consumo apresentaram, em geral, um esforço ainda maior de justificação para explicitar as razões de convencimento sobre a atribuição da finalidade de consumo próprio.

Talvez a maior contribuição desta pesquisa não esteja na identificação dos elementos que foram utilizados nas decisões para tipificação das situações de cultivo, mas sim na identificação dos elementos que não apareceram em muitos acórdãos. Em especial destaca-se a ausência de referências a padrões de consumo e capacidade produtiva do cultivo, que são dois aspectos básicos sobre a realidade do plantio de maconha (BONE & WALDRON, 1997: 124-128).

## **6.2 Para que isto importa, afinal?**

No capítulo 4 sinalizamos ao menos três informações importantes que foram produzidas sobre o nosso universo de análise. É possível afirmar que após a entrada em vigor da Lei de Drogas: (i) não houve um aumento expressivo no número de casos tipificados pelo Tribunal como plantio para consumo; (ii) houve um pequeno aumento no número de casos tipificados como plantio para tráfico no Tribunal; (iii) houve um aumento no número de sentenças de primeira instância que tipificavam situações de cultivo para consumo (art. 28,

§1º, da Lei de Drogas) e um aumento no número de acórdãos do TJSP que reformaram sentenças para reclassificar situações de cultivo, tipificando-as como plantio para tráfico (art. 33, §1º, II).

Estas afirmações, contudo, são lançadas exclusivamente no contexto desta pesquisa. Como vimos anteriormente, as escolhas feitas para construção do universo de análise implicaram excluir do nosso campo de observação as situações de cultivo de canábis que foram julgadas no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, bem como casos em que a capitulação penal do cultivo foi decidida pelo tribunal no momento do recebimento das denúncias via *Habeas Corpus* ou Recurso em Sentido Estrito.

No capítulo quatro também afirmamos que a maior parte dos casos tipificados como tráfico de drogas em nosso universo de análise diz respeito a cultivos de até cinco plantas envolvendo réus primários. Isso porque, tanto antes quanto depois da Lei de Drogas, a maior parte das condenações por tráfico envolveu casos de cultivo de até cinco plantas: são 18/32 casos antes da Lei de Drogas (56,2%) e 20/45 casos após a entrada em vigor da lei (57,1%).

Além disso, afirmamos também que as características do conjunto probatório e a fundamentação das decisões antes e depois da Lei de Drogas permaneceram muito semelhantes: a grande maioria dos casos contava apenas com os laudos sobre as drogas e materiais apreendidos e prova testemunhal, muitas vezes exclusivamente composta pelo depoimento judicial dos policiais responsáveis pelas ocorrências. Vimos ainda que em quase todos os casos em que houve apreensão de materiais supostamente ligados à venda de drogas, estes foram lançados expressamente na fundamentação da tipificação penal.

#### 6.2.1 Um fundamento a menos para a absolvição

Se, de um lado, a tipificação do plantio para consumo pela Lei de Drogas contribuiu para incrementar a segurança jurídica (em ao menos um aspecto), de outro, a positivação suprimiu um importante argumento de defesa usado durante a vigência da Lei nº 6.368/76: o da atipicidade dos cultivos para consumo próprio.

É verdade que foram poucos os casos em que o TJSP reconheceu a atipicidade do plantio para consumo durante a vigência da antiga lei. Esta, contudo, era uma interpretação dogmaticamente importante, cuja função dentro do sistema de justiça criminal poderia

desempenhar papéis que aqui não temos a condição de avaliar. Foi possível identificar um esforço argumentativo adicional na maior parte destes acórdãos, muito provavelmente por reconhecerem que este entendimento poderia ser minoritário na doutrina e em parte da jurisprudência.

Alguns votos proferidos pelos desembargadores relatores no TJSP evidenciaram esforço argumentativo na tentativa de diálogo com o repertório de conhecimento da dogmática penal brasileira e estrangeira. Outros votos focalizaram a literalidade da lei enquanto maior vertente interpretativa da lei penal, sobretudo quando em benefício do réu.

Houve ainda um caso envolvendo cultivo de apenas duas plantas, julgado após a entrada em vigor da Lei de Drogas, em que foi afastada a aplicação do art. 28, §1º da nova lei para reconhecer que o plantio, descoberto à época da vigência da lei antiga, constituía fato penal atípico à luz da Lei nº 6.368/76. Em seu voto, o desembargador relator Roger Benites Pellicani ressaltou que a figura do plantio para consumo era atípica à luz da Lei nº 6.368/76, impondo-se como requisito para a tipificação penal do plantio para tráfico (art. 12, §1º, II da lei antiga) a comprovação da destinação da droga a terceiros. A decisão da Câmara é no sentido de afastar a aplicação da Lei de Drogas para reconhecer que o cultivo para consumo pessoal era fato atípico durante a vigência da Lei nº 6.368/76<sup>301</sup>.

#### 6.2.2 Um problema resolvido, muitos outros evidenciados.

Afirmamos que a Lei de Drogas resolveu uma controvérsia dogmática importante ao tipificar o plantio para consumo. No entanto, indicamos que a lei também trouxe consigo outras questões dogmáticas importantes e não enfrentou as complexidades relativas aos critérios para determinação do elemento subjetivo dos tipos penais de cultivo (arts. 28, §1º e 33, §1º, II).

Primeiramente, a Lei de Drogas tipificou o plantio para consumo e incluiu como parte do elemento objetivo do tipo<sup>302</sup> a expressão “pequena quantidade” de drogas. Compõe o núcleo objetivo do tipo a exigência de que as plantas sejam destinadas à preparação de pequena quantidade de drogas, nos termos do art. 28, §1º da lei. Isso significa que a lei

---

<sup>301</sup> Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0001344-39.2005.8.26.0067. 10ª Câmara Criminal. Relator: Roger Benites Pellicani. São Paulo, SP, j. 24 de outubro de 2007.

<sup>302</sup> Sobre o conceito de elemento objetivo do tipo, ver nota 40 *supra*. Referência direta em: ROXIN, 2007: 304-306; DÍAZ, 2008; KINDHÄUSER, 2014: 25-71.

introduziu a produtividade de uma planta enquanto elemento relevante para composição do núcleo objetivo do tipo.

A Lei de Drogas, contudo, não forneceu nenhum tipo de orientação sobre quais parâmetros deveriam ser utilizados para determinar o que pode ser considerado “pequena quantidade”. Ou seja, a pequena quantidade é relevante para tipificação objetiva, mas não há nenhuma orientação sobre a determinação do sentido de pequena quantidade. Cabe, assim, aos operadores do direito a aplicação deste conjunto de regras em casos concretos, definindo o sentido da expressão a partir dos casos concretos, da jurisprudência e da literatura especializada.

Além disso, a lei não enfrentou um dos maiores problemas dogmáticos da Lei nº 6.368/76: os critérios utilizados para determinação da finalidade da posse de drogas ou dos cultivos. O §2º do art. 28 da Lei de Drogas praticamente repete os termos do *caput* do art. 37 da antiga lei, adicionando apenas a expressão “circunstâncias sociais e pessoais do réu”.

O §2º do art. 28 também menciona a *quantidade* de drogas como um aspecto relevante na determinação do elemento subjetivo do tipo de plantio para consumo. Ou seja, além de a *pequena quantidade de drogas* integrar o núcleo objetivo, a *quantidade de droga* também é parte integrante do núcleo subjetivo. E aqui o problema é o mesmo: a lei refere-se à quantidade como aspecto relevante, mas não fornece nenhuma orientação sobre qual deve ser essa relevância, ou qualquer tipo de baliza para interpretação do sentido do comando normativo. A única orientação geral que se pode extrair da lei é a de que importa mais para a tipificação penal a quantidade de drogas que pode ser produzida com um plantio do que o número de plantas que ele possui<sup>303</sup>.

Algumas questões decorrem da leitura do §2º do art. 28 da Lei de Drogas: Como o tipo da droga determina a intenção de consumo pessoal? O que significa dizer que o juiz deverá considerar “o local e as circunstâncias da prisão” para determinar a finalidade do porte/cultivo? Que conduta é essa do agente que deve ser analisada? O que significa “circunstâncias pessoais e sociais” do agente? Essas e muitas outras questões permeiam a interpretação dos critérios da Lei de Drogas para diferenciação entre usuários e traficantes<sup>304</sup>.

---

<sup>303</sup> Isso porque, como vimos no capítulo 5, o texto literal dos dispositivos da Lei de Drogas refere-se à noção de quantidade de drogas que podem ser produzidas, e não à noção de quantidade de plantas em um cultivo.

<sup>304</sup> Boa parte destas questões foi utilizada em pesquisa empírica realizada na cidade de São Paulo, tendo por objeto o estudo das prisões provisórias por tráfico de drogas (DE JESUS, et al., 2011: 111). Estas questões foram feitas a operadores do direito na cidade de São Paulo que atuam em diversas partes do sistema de justiça criminal: policiais militares e civis, delegados, promotores, juízes, defensores. A dificuldade de interpretação

E como essa problemática se manifestou no nosso universo de análise? Em primeiro lugar, muito embora a Lei de Drogas confira dupla importância à *quantidade de droga* apreendida na tipificação penal, as decisões continuaram a lançar afirmações sobre cultivo que não possuem embasamento empírico ou científico. No universo de análise, a noção de capacidade produtiva do cultivo apareceu apenas nos raríssimos casos em que os laudos de perícia criminalística indicam outras informações sobre as plantas apreendidas para além da família biológica a que pertencem.

O impacto desse negligenciamento em relação aos fatos na tipificação penal foi evidente no universo de análise. A maior parte dos casos tipificados como plantio para consumo e plantio para tráfico, tanto antes como depois da Lei de Drogas, envolveu apreensões de até cinco plantas, com réus primários e acervos probatórios predominantemente testemunhais. Ou seja, muitas situações descritas nos acórdãos de maneira similar receberam tipificações diferentes. Há aqui implicações importantes para a previsibilidade e a coerência interna do sistema jurídico, ao menos nesta questão particular (WADE, 1941: 183-199; ZAPATERO, 1983: 16-17; COUTO E SILVA, 1988; PAUNIO, 2009).

Nesse sentido, a opção legislativa de tipificar o plantio para consumo e manter os critérios vagos para definição das figuras do usuário e do traficante traz consigo vários problemas. Os velhos dilemas da prova da intencionalidade nos delitos de posse/plantio<sup>305</sup> parecem persistir e ofuscar a realização dos aspectos positivos da Lei de Drogas aos *growers*<sup>306</sup>.

### 6.2.3 Vinhos novos em garrafas velhas: o papel da dogmática penal

A Lei de Drogas trouxe algumas mudanças, pensadas em um contexto progressista, e as acomodou junto a um sistema regulatório maior e mais antigo, erigido em um contexto distinto: trouxe vinhos novos em garrafas velhas.

A partir das informações que produzimos na nossa pesquisa é possível afirmar que o advento da Lei de Drogas direcionou as questões penalmente controvertidas sobre o cultivo

---

dos critérios do art. 28, §2º da Lei de Drogas permeou as respostas de boa parte dos entrevistados (DE JESUS, et al., 2011: 111-125).

<sup>305</sup> Sobre esta questão, cf. STRUENSEE, 1998: 107-120; BINDER, 2002: 1-96.

<sup>306</sup> Cf. nota 154 *supra*.

de canábis. Assumiu protagonismo a diferenciação entre usuários e traficantes de drogas agora também no contexto do plantio.

Como decorrência desse protagonismo, foi possível identificar que os acórdãos posteriores à Lei de Drogas empregaram, de modo geral, maior esforço argumentativo na justificação da finalidade do cultivo. Muito embora seja possível oferecer muitas críticas à qualidade dos argumentos – como discutimos no capítulo cinco –, as decisões passaram a enfrentar mais detalhadamente a compreensão dos elementos que definem a finalidade do plantio.

Apesar disso, a pesquisa evidenciou que esta questão impõe a necessidade de dialogar com outros campos do saber para que possamos produzir decisões juridicamente mais consistentes.

O cultivo de canábis tem sido estudado pelos mais diversos campos do conhecimento. Há muitas informações que podem ser incorporadas na aplicação da lei para que ela faça sentido diante de seu objeto social de regulação. Boa parte das questões mais problemáticas sobre a tipificação do cultivo não encontram respostas na literatura penal, ou em qualquer doutrina jurídica. Elas demandam a utilização de informações que têm sido produzidas em outros foros.

A dogmática penal possui, nesse aspecto, um papel fundamental na promoção da coerência interna do regime jurídico-penal do cultivo de canábis e na realização dos valores que permeiam a política de drogas brasileira<sup>307</sup>.

Neste sentido, a pesquisa indica que talvez os efeitos benéficos aos cultivadores de canábis que eram esperados com a Lei de Drogas tenham sido condicionados ao enfrentamento de problemas dogmáticos antigos, que permearam todo o período de vigência da Lei nº 6.368/76. Dito de outra forma, é possível afirmar que a realização plena dos aspectos positivos da tipificação do plantio para consumo depende da construção de estratégias dogmáticas para a interpretação dos critérios que definem os conceitos de pequena quantidade e consumo pessoal.

---

<sup>307</sup> Sobre o papel da dogmática na promoção da coerência interna e na realização dos valores protegidos por sistemas político-normativos, cf. CAMPBELL, 1974: 13-30.

### 6.3 Estabelecendo diálogos em tempos de mudança...

No capítulo dois afirmamos que os resultados da pesquisa dialogam com dois tipos diferentes de literatura: a dogmática penal e a literatura sobre modelos de controle de drogas. É possível organizar da seguinte maneira as contribuições deste trabalho para estas áreas.

Há dois níveis de diálogo que podem ser estabelecidos com a dogmática penal a partir dos resultados da pesquisa. No primeiro deles, mais concreto, a pesquisa contribui para compreensão de aspectos do que chamamos de tecnologia de aplicação da Lei de Drogas (RODRIGUEZ, 2012: 75).

A descrição das decisões sobre o cultivo de canábis permite formar algumas imagens sobre a organização dos fundamentos utilizados na tipificação penal. Considerando que esta questão é explorada de forma muito incipiente na doutrina penal, as informações produzidas no âmbito desta pesquisa fornecem subsídios para que possamos melhor compreender a tipificação das situações de cultivo.

No segundo nível de diálogo, os resultados da pesquisa se inserem em discussões maiores travadas na dogmática penal brasileira. Entendemos que a dogmática jurídica não é um discurso neutro, mas sim a linguagem que comunica as disputas políticas no campo do direito<sup>308</sup>. Os resultados da pesquisa são consistentes com esta concepção da dogmática e indicam que a mecânica de aplicação dos dispositivos da Lei de Drogas envolve disputas na interpretação do seu sentido normativo.

A tipificação penal das situações de cultivo de canábis é permeada por inúmeras questões que acompanham boa parte da operacionalização do sistema de justiça criminal. Os aspectos práticos da comprovação do dolo (VÁSQUEZ, 2008: 449-450), que circunscrevem boa parte dos delitos do ordenamento brasileiro, também se mostraram um problema caro à efetividade da política de drogas nacional.

A partir da nossa pesquisa é possível afirmar que não há um problema intrínseco no papel criativo que a Lei de Drogas atribui aos magistrados<sup>309</sup> na determinação da finalidade do cultivo. A opção por um modelo que não define os crimes a partir de leques de

---

<sup>308</sup> Sobre as relações entre a linguagem da dogmática jurídica e a democracia cf. RODRIGUEZ, et ali., 2012: 33-52.

<sup>309</sup> Reiteramos que a tipificação penal acontece em diversas etapas dentro do sistema de justiça criminal, sendo realizada por diversos agentes. Nossa pesquisa focaliza as decisões judiciais sobre o assunto.

quantidade de drogas e/ou plantas não é problemática em si. No entanto, ela impõe um ônus ao sistema de justiça criminal de se aparelhar para poder lidar com as suas atribuições.

A maior parte dos problemas identificados na pesquisa está relacionada à capacidade do aparato do sistema de justiça criminal de enfrentar as inúmeras questões que envolvem a realidade empírica do cultivo de canábis, do consumo e do tráfico de drogas (FLETCHER, 2000: 204).

Juízes erram, e quanto a isso não há nada que se possa fazer (GUEST, 2007: 102-103). Qualquer modelo de controle de drogas que for implementado certamente trará consigo seus próprios desafios, enfrentará suas próprias adversidades e certamente estará sujeito a erros (HARRIS, 2011).

As questões trazidas com esta pesquisa dialogam com o momento político do país e refletem alguns dos problemas que têm evidenciado a falência do modelo da guerra às drogas (BECKETT & SASSON, 2004: 164-165). Pelas razões que apresentamos ao longo do nosso trabalho afirmamos a necessidade de se trazer vinhos novos em garrafas novas para o repertório de conhecimento sobre drogas.

Espera-se que em breve o Supremo Tribunal Federal julgue o Recurso Extraordinário nº 635.659, decidindo sobre a constitucionalidade da criminalização do porte e do plantio pra consumo próprio. Paralelamente, no Congresso Nacional há algumas propostas legislativas de alteração dos termos da política de drogas do Brasil, sendo que o cultivo de canábis é um dos temas que se tem mais discutido.

A pesquisa também indica que a manutenção de um modelo de criminalização que confere um papel criativo ao juiz na determinação das finalidades de consumo e tráfico implica a necessidade de diálogo entre a dogmática penal e outras áreas do saber. E aqui é importante não só a abertura às ciências naturais, mas também às ciências humanas e sociais, que têm se dedicado ao estudo de aspectos importantes da realidade empírica do consumo de drogas. O isolamento da produção jurídica em matéria de política de drogas impactou a consistência jurídica das decisões.

De outro lado, a pesquisa também indicou uma vantagem da adoção do modelo de *threshold quantities* na definição dos padrões juridicamente aceitáveis de consumo a partir de quantidades de drogas e plantas apreendidas. Independentemente da justiça do critério numérico utilizado, as regras do jogo são mais claras e permitem que se tenha mais certeza na forma de aplicação do direito.



E para a adoção de qualquer critério numérico que diminua o papel criativo do juiz na tipificação penal é importante que o debate público na construção da política incorpore as diversas perspectivas dos campos do conhecimento que se debruçam sobre o tema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, M. Gascón. Los hechos em el derecho: bases argumentales de las pruebas, 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ACSELRAD, Gilberta. Proibicionismo em questão: alternativas. Geopolítica das drogas: textos acadêmicos. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, p. 29-49, 2011.

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. In: Novos Estudos Cebrap, v. 43, p. 45-63, 1995.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. Ratio Juris, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo Discursivo. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008a.

\_\_\_\_\_. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008b.

\_\_\_\_\_. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, 3ª ed. São Paulo: Forense, 2011.

ALMEIDA, Luís Nunes de. Relatório na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-en-Provence, em setembro/1999, sobre o tema “Constitution et sécurité- juridique”. In: Annuaire Internacional de Justice Constitutionnelle, XV, 1999. Paris: Economica, 2000.

AMADUCCI, Stefano et al. Influence of agronomic factors on yield and quality of hemp (*Cannabis sativa* L.) fibre and implication for an innovative production system. Field Crops Research, v. 107, n. 2, p. 161-169, 2008.

AMARAL, A. J. do. A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

AMBOS, Kai. ¿Qué significa la «intención de destruir» en el delito de genocidio?. Revista Penal, n. 26, p. 46-64, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Livr. do Advogado, 2003.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial, 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2007.

AREND, Márcia Aguiar. Capitulação penal: o poder (in) visível do Ministério Público. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 1998.

ARRUDA, Samuel Miranda. Drogas: aspectos penais e processuais penais – lei 11.343-2006. São Paulo: Método, 2007.

ATANCE, J. A. Ramos; RUIZ, J. J. Fernández. Uso de los cannabinoides a través de la historia. Monografía Cannabis. Editores: Julio Bobes e Amador Calafat. In: Revista Adicciones, vol. 12, suplemento 2. Madri: 2000, pp. 19-31.

ATIENZA, Manuel. El Derecho como argumentación, 1ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 2006.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal Esquematizado, 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2011.

AVICO, et ali. Variations of tetrahydrocannabinol content in cannabis plants to distinguish the fibre type from drug type plants. Bulletin on Narcotics 37(4), 1985, pp. 61-65.

BABOR, Thomas F. et al. Marijuana consumption and tolerance to physiological and subjective effects. Archives of general psychiatry, v. 32, n. 12, p. 1548-1552, 1975.

BACHELARD, Gaston. A formação do espírito científico. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. (original de 1938).

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 38, p. 122-141, abr. 2002.

BAKER, P.; BAGON, K.; GOUGH, T. Variation in the THC content in illicitly imported cannabis products. United Nations Office on Drug and Crime's Bulletin on Narcotics, v. 32, n. 4, p. 47-54, 1980.

BAKER P.B.; GOUGH T.A.; TAYLOR B.J. (1982) The physical and chemical features of Cannabis plants grown in the United Kingdom of Great Britain & Northern Ireland from seeds of known origin. In: United Nation's Office on Drug and Crime's Bulletin on Narcotics, n. 34(1), pp. 27-36.

BARATTA, Alessandro. Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas. In: Só Socialmente. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

\_\_\_\_\_. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n. 5 – jan.1994.

\_\_\_\_\_. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARBOSA, A. R. Um abraço para todos os amigos: algumas considerações sobre o tráfico de drogas no Rio de Janeiro. Niterói: Editora da UFF, 1998.

BASOCO, Juan Terradillos. Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal. Revista Hispanoamericana, Barcelona, n.1, p.9-22, 1991.

BATEY, Robert. Judicial Exploitation of Mens Rea Confusion, at Common Law and Under the Model Penal Code. Ga. St. UL Rev., v. 18, pp. 341-360, 2001.

BATISTA, Nilo. Política Criminal com derramamento de sangue. In: Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, n. 5/6. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora/ Instituto Carioca de Criminologia, 1998. p. 77-94.

BECKER, G. S.; MURPHY, K. M. The market for illegal goods: the case of drugs. Journal of Political Economy, v.114, n.1, 2006.

BECKETT, Katherine; SASSON, Theodore. The Politics of Injustice - Crime and Punishment in America. Thousand Oaks: Sage Publications, 2004.

BENTIL, J. Kodwo. A Jurisprudentially Obscure and Confusing Distinction Made By the Superior Courts Between Crimes of Basic Intent and Those of Specific Intent. Comm. L. World Rev., v. 10, p. 129, 1981.

BERTEA, Stefano. Certainty, reasonableness and argumentation in law. Argumentation, v. 18, n. 4, p. 465-478, 2004.

BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 30, p. 51-64, 2000.

BIANCHINI, Alice et al. Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23/8/06. Coordenação de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BINDER, Guyora. The Rhetoric of Motive and Intent. In: Buffalo Criminal Law Review Vol. 6, No. 1 (April 2002), pp. 1-96.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Especial, 4ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2008.

BIZZOTO, Alexandre; QUEIROZ, Paulo; RODRIGUES, Andréia de Brito. Comentários Críticos à Lei de Drogas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BLESA RODRÍGUEZ, Carlos. Cánamo - *cannabis sativa* L. (cat.: cânem; eusk.: kalamo; gall.: cânhamo): origen, distribución, principios activos, usos terapéuticos y judicialización. Cuadernos de política criminal, ano: 2005, núm.: 85, p. 149-160.

BOBBIO, Norberto. Ética e política. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 25, p. 131-140, 1992.

BOEKHOUT VAN SOLINGE, Tim. Dutch drug policy in a European context. Journal of Drug Issues, 1999, 29 (3), 511-528.

BOENTE, Sonia Esperanza Rodríguez. La justificación de la premisa fáctica en supuestos penales: un estudio empírico1. Anuario de filosofía del derecho, n. 28, p. 267-292, 2012.

BOITEUX, Luciana. A nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.14, n. 167, out. 2006.

\_\_\_\_\_. Tráfico de Drogas e Constituição. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009. Série “Pensando o Direito”, Referência PRODOC BRA/08/001.

BONE, C.; WALDRON, S. J. New trends in illicit cannabis cultivation in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. *Bulletin on Narcotics*, v. 49, n. 1/2, p. 117-128, 1997.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory; WILLIAMS, Joseph. *The Craft of Research*, 3<sup>rd</sup> ed. Chicago: The Chicago University Press, 2008.

BORGES, Marcos Afonso. O recurso extraordinário e a repercussão geral. In: *Revista de Processo*. 2008. p. 36-44.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007.

BOUCHARD, Martin; DECORTE, Tom; POTTER, Gary (ed.). *World Wide Weed: Global Trends in Cannabis Cultivation and its Control*. Farnham (UK): Ashgate Publishing Company, 2011.

BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. *Revista Jurídica*, v. 11, n. 21, p. 133-147, 2007.

BRAITHWAITE, John. Rules and principles: A theory of legal certainty. *Austl. J. Leg. Phil.*, v. 27, p. 47, 2002.

BROWNLEE, Nick. *This is Cannabis*. London: Omnibus Press, 2003.

BURGIERMAN, Denis Russo. O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011.

BURTON, Steven J. Ronald Dworkin and Legal Positivism. *Iowa L. Rev.*, v. 73, p. 109, 1987.

CAGLIARI, José Francisco. O dolo e a culpa na evolução do conceito de culpabilidade. Campinas: Bookseller, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Trad. H. F. Zamudio. Buenos Aires: EJE, 1960.

\_\_\_\_\_. *Eles, Os juízes, visto por um Advogado*. trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000

CALLAWAY, JC; LAAKKONEN, TT. Cultivation of Cannabis oil seed varieties in Finland. In: *Journal of the International Hemp Association*, vol. 3, 1996, pp. 32-34.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T., Da prova no Processo Penal. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAMPBELL, Colin M. Legal thought and juristic values. *British Journal of Law and Society*, v. 1, n. 1, p. 13-30, 1974.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Vol. IV – legislação penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre O Processo Penal*. Trad. Francisco José Galvão Brunon. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2004.

CARVALHO, Salo de. Reincidência e Antecedentes Criminais: Abordagem Crítica desde o marco garantista. *Revista da Ajuris*, volume 76. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999, pp. 738–755.

\_\_\_\_\_. As Presunções no Direito Processual Penal (estudo preliminar do ‘estado de flagrância’ na legislação brasileira. In *Processo Penal: Leituras Constitucionais*. org. Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASABONA, Romeo. *Conducta peligrosa y imprudência em la sociedade de riesgo*. Granada: Comares, 2005.

CASARA, Rubens Roberto. Convenções da ONU e leis internas sobre Drogas ilícitas: violações à razão e às normas fundamentais, *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pp. 30 e ss.

CATALÁN, P. LXII Cannabaceae. En: S. Castroviejo et al. (eds.). *Flora ibérica: Plantas vasculares de la Península Ibérica e Islas Baleares*. Vol. III Plumbaginaceae- Capparaceae. Real Jardín Botánico: Madrid, 1995, pp. 257- 261.

CELLARD, Andre. A análise documental. In: PIRES, Alvaro, et. Ali. *A Pesquisa Qualitativa: Enfoques Epistemológicos e Metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, pp. 295-316.

CEREZO MIR, José. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. In: *Rev. Ciências Penais*, v. 0, 2004, pp. 1-10.

CERVANTES, J. *Indoor Marijuana Horticulture*, 2nd Ed. San Francisco: Quick Trading Co, 1993.

CERVINI, Raúl. Os Processos de Descriminalização. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CHEDIAK, Karla. "O problema da individuação na biologia à luz da determinação da unidade de seleção natural." *Scientiae Studia*, v.3, n.1 (2005): 65-78.

CHEPESIUK, Ron. *The War on Drugs: An International Encyclopedia*. Santa Barbara: ABC-CLIO, 1999.

CHIN, Gabriel J.; WELLS, Scott C. Blue Wall of Silence as Evidence of Bias and Motive to Lie: A New Approach to Police Perjury, *The U. Pitt. L. Rev.*, v. 59, 1997.

CLARKE, Robert Connell. *Marijuana Botany: An Advanced Study: The Propagation and Breeding of Distinctive Cannabis*. Berkeley: Ronin Publishing, 1981.

CLARKE, Ellen. The problem of biological individuality. *Biological Theory*, v. 5, n. 4, p. 312-325, 2010.

COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Sergio Antonio Fabris Ed., 1996.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: Parte General*, 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

CONNIE, Carter. Making residential cannabis growing operations actionable: A critical policy analysis. In: *International Journal of Drug Policy*, July 2009, Volume 20, Issue 4, pp. 371–376.

CONRAD, Chris. *Cannabis yields and dosage*. El Sobrante, CA: Creative Xpressions, 2007.

CONTRUCCI, José Roald. A seletividade do sistema penal no estado democrático brasileiro: uma afronta ao princípio da igualdade. *Revista Argumenta*, v. 12, n. 12, p. 181-208, 2010.

CORCOY. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COSTA, A.F. *Farmacognosia*. 3.ed. Lisboa: Editora Calouste Gulbenkian, 1970; 1:90- 95.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 18, n. 46, p. 13, 1988.

CROMACK, H. T. H. The effect of cultivar and seed density on the production and fibre content of *Cannabis sativa* in southern England. *Industrial crops and products*, v. 7, n. 2, p. 205-210, 1998.

DECORTE, Tom. Small Scale Domestic Cannabis Cultivation: An Anonymous Web Survey among 659 Cannabis Cultivators in Belgium. In: *Contemporary Drug Problems*, 341 (2010), pp. 341-368.

\_\_\_\_\_. The case for small-scale domestic cannabis cultivation. In: *International Journal of Drug Policy*, July 2010, v. 21, Issue 4, pp. 271–275

DE GREIFF, Pablo. *Drugs and the limits of liberalism: moral and legal issues*. Ithaca: Cornell University, 1999.

DE JESUS, Maria Gorete Marques, et al. "Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo." São Paulo: Núcleo de Estudo da Violência da USP. E-book (2011). Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Acesso: 06/01/2016.

DE LAUNEY, Carol. Real Value of a Cannabis Plant, *The Alternative LJ*, v. 21, p. 127, 1996.

DE LIMA, Renato Sérgio. Atributos raciais no funcionamento do Sistema de Justiça Criminal paulista. In: *São Paulo em Perspectiva*, 18(1): 60-65, 2004.

DECORTE, T. Small scale domestic cannabis cultivation: an anonymous web survey among 659 cultivators in Belgium. In: *Contemporary Drug Problems*, vol. 37, no. 2, pp. 341-370 (2010).

DECORTE, T., POTTER, G. and BOUCHARD, M. (eds.) *World Wide Weed: global trends in cannabis cultivation and control*. Ashgate: Aldershot, 2011.

DEL ROSAL, Juan. Prohibición de la interpretación extensiva en la figura del desorden público. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 9, n. 3, p. 481-488, 1956.

DELLAPORTA, Stephen L.; CALDERON-URREA, Alejandro. Sex determination in flowering plants. *The Plant Cell*, v. 5, n. 10, p. 1241-1251, 1993.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *Nova lei de drogas comentada: artigo por artigo à luz da lei n. 11.343/2006*. Leme, SP: Cronus, 2009.

DEMO, Pedro. *Introdução da Metodologia*. São Paulo: Atlas, 1985.

DENTON, Tricia M. et al. Natural abundance of stable carbon and nitrogen isotopes in *Cannabis sativa* reflects growth conditions. *Functional Plant Biology*, v. 28, n. 10, p. 1005-1012, 2001.

DÍAZ, Miguel; CONLLEDO, García. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Problemas de constitucionalidade da criminalização do tráfico de entorpecentes na perspectiva da tutela dos direitos fundamentais. In *Revista Ultima Ratio*, ano 3, n. 4. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

DINIZ, Cládice Nóbile. Estado da arte em polícia investigativa criminal. *Revista de Administração Pública*, v. 32, n. 4, p. 111-161, 1998.



DOGUET, Andre. Louisiana Criminal Code and Criminal Intent: Distinguishing between Specific and General Intent. In: The Louisiana Law Review, v. 46, 1985, pp. 1061-1086.

DOLINKO, David. Is there a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination. UCLA L. Rev., v. 33, p. 1063, 1985.

DORFMAN, David N. Proving the lie: litigating police credibility. American Journal of Criminal Law, v. 26, p. 455, 1998.

DUNCOMBE, Paul; POTTER, David J. The Effect of Electrical Lighting Power and Irradiance on Indoor-Grown Cannabis Potency and Yield, Journal of Forensic Sciences, 2012, 57, 3, 618.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Justice for Hedgehogs. Cambridge: Harvard University Press, 2011

ELSOHLY, Mahmoud A. Chemical constituents of cannabis. In: Cannabis and Cannabinoids: Pharmacology, Toxicology, and Therapeutic Potential. RUSSO, Ethan; GROTENHERMEN, Franjo. New York: Haworth Press, 2002.

EMBODEN, William. The genus *Cannabis* and the correct use of taxonomic categories. In: Journal of Psychoactive Drugs, vol. 13, 1981, pp. 15–21.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa Empírica em Direito: as regras de inferência. São Paulo: DIREITO GV (Coleção Acadêmica Livre), 2013.

ESCOHOTADO, Antonio. Historia de las Drogas, 3 vol. Madrid: Alianza, 1989.

FAYOS GARDO, Antonio. Los Derechos Fundamentales a No Declarar Contra Uno Mismo y a No Confesarse Culpable en la LECRIM. Barcelona: Justicia, 1993.

FERNÁNDEZ-ALONSO, José Luis; BONILLA, Aida Galindo; IDROBO, Jesús M. Las plantas como evidencia legal: desarrollo de la botánica forense en Colombia. Rev. Acad. Colomb. Cienc.: vol. XXXI, número 119, junio de 2007, pp. 181-198.

FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Drogas e Direito Penal Mínimo: Análise Principiológica da Criminalização de Substâncias Psicoativas. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. Revista internacional de filosofía política, n. 17, p. 31-46, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Karine Angela; COLLI, Maciel. Consumo pessoal de drogas: descriminalização, despenalização ou descarcerização após o advento da Lei n. 11.343/06. Unoesc & Ciência-ACSA, v. 3, n. 1, p. 7-16, 2012.

FIGUEIREDO, Emílio Nabas. O cultivo doméstico de canábis para consumo próprio no Brasil. Boletim IBCCRIM/ ano: 2012, vol. 20, núm.: 239 - Edição Especial, p. 18-20.

IORE, Maurício. O lugar do Estado na questão das drogas: O paradigma proibicionista e as alternativas. Novos Estudos, CEBRAP. 2012.

FLEMING, M. P.; CLARKE, R. C. Physical Evidence for the Antiquity of *Cannabis Sativa* L. in: Journal of the International Hemp Association, n. 5, 1998, pp. 280-293.

FLETCHER, George P. Rethinking Criminal Law. New York: Oxford University Press, 2000.

FOERSTER, H. von. Observing Systems. Seaside, CA: Intersystems, 1981.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

FRAGA, Paulo Cesar Pontes. Plantios ilícitos no Brasil: notas sobre a violência e o cultivo de cannabis no polígono da maconha. Cadernos de Ciências Humanas – Especiaria, v. 9, n.15, jan./jun., 2006, pp. 95-118.

\_\_\_\_\_. A geopolítica das drogas na América Latina. In: Revista “Em Pauta” da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, n. 19, 2007, pp. 67-88.

FRANÇA, Jean Marcel Carvalho. História da Maconha no Brasil. São Paulo: Três Estrelas, 2015.

FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. Drogas: Comentários à Lei N. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, 42/43.

FULLER, Lon L. American legal realism. University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, v. 82, n. 5, p. 429-462, 1934.

GABEIRA, Fernando. A maconha. São Paulo: Publifolha, 2000.

GÁLLEGO, José T. El cultivo paso a paso: Octubre: Cortar, secar y curar. Cañamo: La revista de la cultura del cannabis, n. 106, p. 62-70, 2006.

GALLINI, Brian. To Serve and Protect? Officers as Expert Witnesses in Federal Drug Prosecutions. George Mason Law Review, v. 19, n. 2, 2012.

GALLOCH, Elżbieta. The hormonal control of sex differentiation in dioecious plants of hemp (*Cannabis sativa*). The influence of plant growth regulators on sex expression in male and female plants. Acta Societatis Botanicorum Poloniae, v. 47, n. 1–2, p. 153-162, 1978.

GAMA, Ricardo Rodrigues. Nova lei sobre drogas: lei nº 11.343/2006 comentada. 2. ed. Campinas: Russell, 2009.

GARCIA, Roberto Soares. A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Boletim IBCCrim. Edição Especial sobre Drogas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GARLAND, David. A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GIOVANELLI, Alexandre. Criminalística: origens, evolução e descaminhos. Cadernos de ciências sociais aplicadas, p. 43-60, 2009.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Legal Certainty, Coherence and Consensus: Variations on a Theme by MacCormick. In: Law, Interpretation and Reality. Springer Netherlands, 1990. p. 402-430.

GIOVANELLI, Alexandre e GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. A perícia criminal no Brasil como instância legitimadora de práticas policiais inquisitoriais. In: Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília. n.º7, p.1983- 2192, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Tóxico: plantação de maconha para uso próprio equipara-se a tráfico de entorpecente. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal/ ano: 2003, vol.: 4, núm.: 19, pp. 32-33.

\_\_\_\_\_. (Org.) Nova Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2. Ed. São Paulo: RT, 2013.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. Revista Direito GV, v. 2, n. 1, p. 211-222, 2006.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. In: Yale Law Journal, Vol. 40, No. 2 (Dec., 1930), pp. 161-183.

\_\_\_\_\_. The ratio decidendi of a case. The Modern Law Review, v. 22, n. 2, p. 117-124, 1959.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 32, 2000, pp. 125-140.

\_\_\_\_\_. Princípio da Lesividade e Crimes de Perigo Abstrato. Artigo publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, 2004.

\_\_\_\_\_. Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal. Parte Geral. São Paulo: Editora Impetus, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

GREEN, Greg. *The Cannabis Grow Bible*. 2<sup>nd</sup> ed., San Francisco: Green Candy Press, 2011.

GREENE, Jonathon. *Cannabis*. Barcelona: RBA Integral, 2003.

GRILLO, Carolina Christoph. O “morro” e a “pista”: um estudo comparado de dinâmicas do comércio ilegal de drogas. Dilemas—Revista de estudos de conflito e controle social, p. 127-148, 2008.

GROSS, Peter W. The Theory of Judicial Reasoning: Toward A Reconstruction. *In*: Kentucky Law Journal, v. 66, 1977, pp. 801 e ss.

GUASTINI, Riccardo. Some Remarks on the Conceptual Framework of “Law's Empire”. Ratio Juris, v. 1, n. 2, p. 176-180, 1988.

GUEST, Stephen. Objectivity and Value: Legal Arguments and the Fallibility of Judges. *In*: FREEMAN, Michael; HARRISON, Ross. Law and Philosophy. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GUIMARÃES, Carlos Alberto Gabriel; REGO, Davi Uruçu. As variáveis socioeconômicas como pressupostos para a efetiva criminalização no sistema penal brasileiro. Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias, v. 2, n. 4, 2012.

GUTIÉRREZ, Isidro Marín. El Movimiento Social Cannabico. Granada: Univ. de Granada, 2002.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação. Campinas-SP: Bookseler, 2005.

HAMMERSEVIK, Eirik; SANDBERG, Sveinung; PEDERSEN, Willy. Why small-scale cannabis growers stay small: Five mechanisms that prevent small-scale growers from going large scale. International Journal of Drug Policy, v. 23, n. 6, p. 458-464, 2012.

HARRIS, Genevieve. Conviction by Numbers: Threshold Quantities for Drug Policy. Transnational Institute & IDPC: Series on Legislative Reform of Drug Policies Nr. 14, May 2011, pp. 1-12.

HARTMANN, Arlete. Uso de drogas crime ou exercício de um direito? Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

HASSEMER, Winfried. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal, 2<sup>a</sup>ed. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HASSIN, Dana R. How Much Is Too Much-Rule 704 (b) Opinions on Personal Use vs. Intent to Distribute. University of Miami Law Review, v. 55, pp. 667-692, 2000.

HEMPHILL JK, TURNER JC, & MAHLBERG PG (1980). Cannabinoid content of individual plant organs from different geographical strains of Cannabis sativa L. Journal of Natural Products 43(1) pp112-122.

HESLOP-HARRISON, J. Auxin and sexuality in *Cannabis sativa*. *Physiologia Plantarum*, v. 9, n. 4, p. 588-597, 1956.

HERZ, M. Política de segurança dos EUA para a América Latina após o final da Guerra Fria. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 16, n. 46 (2002), pp. 85-104.

HILLIG, Karl; MAHLBERG, Paul. A chemotaxonomic analysis of cannabinoid variation in *Cannabis* (Cannabaceae). *In: American Journal of Botany*, vol. 91, n.6, 2004, pp. 966-975.

HONÓRIO, Káthia Maria; ARROIO, Agnaldo; SILVA, Albérico Borges Ferreira da. Aspectos terapêuticos de compostos da planta *Cannabis sativa*. *Química nova*, v. 29, n. 2, p. 318-325, 2006.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y estado social e democratico de derecho (el objeto protegido por la norma penal). 2ª. Edição. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.

HOWLETT, A.C., BREIVOGEL, C.S., CHILDERS, S.R., DEADWYLER, S.A., HAMPSON, R.E. and PORRINO, L.J. "Cannabinoid physiology and pharmacology: 30 years of progress". *In: Neuropharmacology*, v. 47, Supplement1, (2004), pp. 345-358;

HUSAK, Douglas. Drogas y Derechos. Tradução em espanhol de Gustavo de Greiff. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

\_\_\_\_\_. The criminal law as last resort. Oxford: Oxford Press, 2004.

HUGHES, B. Topic overview: Threshold quantities for drug offences. Lisbon: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2010.

HUGHES, Elizabeth Caitlin; STEVENS, Alex. What can we learn from the Portuguese decriminalization of illicit drugs. *Oxford Journals*, v. 50, jul/2010, pp. 999-1022.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Valoração da Prova e Sentença Penal. Org. Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Editora Civitas. 1996.

\_\_\_\_\_. Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed. Trad. Joaquín Contreras y Jose Luis de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997a.

\_\_\_\_\_. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997b.

\_\_\_\_\_. Sociedad, norma y persona en uma teoria de um Derecho Penal funcional. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

\_\_\_\_\_. A Ciência do Direito Penal diante das exigências da atualidade. *In: JAKOBS, G. Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*. Barueri: Manole, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de derecho penal: parte general, 4ª ed. Granada: Comares, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal: Parte General. 5ª ed., Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal: Parte Geral, vol. I, 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Lei antidrogas anotada: comentários à Lei n. 11.343/06. SP: Saraiva, 2009.

JIAN-JUN, Y. A. N. G. The Relationship of Legal Facts and Legal Norms in Judicial Decision [J]. Law and Social Development, v. 2, 2007, pp. 3-38.

JONES, Reese T.; BENOWITZ, Neal; BACHMAN, John. Clinical Studies of Cannabis Tolerance and Dependence. In: Annals of the New York Academy of Sciences, v. 282, n. 1, p. 221-239, 1976.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. Porto Alegre: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, n. 40, p. 25-53, 2006.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz, et. ali. Leis Penais Especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KARAM, Maria Lucia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. In: Labate, Beatriz Caiuby et al. (orgs.). Drogas e cultura: novas perspectivas. Salvador: EDUFBA, 2008.

\_\_\_\_\_. Drogas: Dos Perigos da Proibição à Necessidade da Legalização, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pp. 10 e ss.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 4ª ed. (trad. Luís Carlos Borges), 2005.

KIMURA, M.; OKAMOTO, K. Distribution of tetrahydrocannabinolic acid in fresh wild Cannabis. Cellular and Molecular Life Sciences, v. 26, n. 8, p. 819-820, 1970.

KINDHÄUSER, Urs. Hechos brutos y elementos normativos del tipo. Trad.: DE LA VEGA, O., InDret, n. 2, p. 25-51, 2014.

LACEY, Nicola. A clear concept of intention: elusive or illusory?. The Modern Law Review, v. 56, n. 5, p. 621-642, 1993.

LAGIER, Daniel González. La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima. Jueces para la democracia, n. 50, p. 41-51, 2004.

\_\_\_\_\_. Quaestio Facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Bogotá: Editorial Temis, 2005.

\_\_\_\_\_. La prueba de la intención y la explicación de la acción. *Isegoría*, n. 35, p. 173-192, 2006.

LAFAVE, Wayne R.; SCOTT, Austin W. *Criminal Law*, 2nd ed. Saint Paul: West Publishing, 1986.

LAMARCK, Jean-Baptiste de. *Encyclopédie Méthodique de Botanique*, vol. 1, pt. 2. Paris: 1785, pp. 694-695.

LANDROVE, Federico Bello. El dolo eventual en España (reflexiones para un debate). *Jueces para la democracia*, n. 32, p. 14-16, 1998.

LAPATE, Vagner. *Hora zero: a independência das drogas – antes que os problemas cheguem*. São Paulo: Scortecci, 2001.

LEGGETT, Ted et al. A review of the world cannabis situation. *Bulletin on narcotics*, v. 58, n. 1, p. 1-136, 2006.

LEMOIS, Clecio. Seletividade estrutural: Sistema punitivo e seu cerne político. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES*, v. 3, n. 1, p. p. 51-62, 2015.

LENTON, S. Changing cannabis laws to facilitate a shift to domestic cannabis production as a harm reduction strategy – a case study. In T. Decorte, G. Potter & M. Bouchard (Eds.), *World Wide Weed: the globalisation and localisation of cannabis cultivation*. (pp. 197-213), 2011.

LI, Hui-Lin. “An Archaeological and Historical Account of Cannabis in China.” In: *Economic Botany*, Vol. 28, n. 4 (Oct. - Dec., 1974). New York: New York Botanical Garden Press, 1974, pp. 437-448 (disponível em [http://rbedrosian.com/Ethnob/Li\\_1974\\_Cannabis\\_China.pdf](http://rbedrosian.com/Ethnob/Li_1974_Cannabis_China.pdf) . Acesso: 27/09/2015.

LICHTMAN, A. H.; MARTIN, B. R. Cannabinoid tolerance and dependence. In: *Cannabinoids*. Springer Berlin Heidelberg, 2005, pp. 691-717.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. In: *Revista de Processo*, n. 29, p. 79-81, jan. 1983.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2011.

LIMA FILHO, Francisco de Assis. *Todo vagabundo é maconheiro, mas nem todo maconheiro é vagabundo: um estudo com consumidores estáveis de maconha*. Dissertação de Mestrado em Psicologia. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, agosto de 2010.

LIND, Douglas. Free Legal Decision and the Interpretive Return in Modern Legal Theory. *Am. J. Juris.*, v. 38, p. 159, 1993.

LINS, Emmanuela Vilar. A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. In: NERY FILHO, A., et al. orgs. *Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas*. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009, pp. 243-267.

LITTLE, Clarence Cook. Genetics, Biological Individuality, and Cancer. Stanford: Stanford University Press, 1954.

LOBATO, José Danilo Tavares. Da evolução dogmática da culpabilidade. In: Greco, Luís; Lobato, Danilo (Coords.). Temas de direito penal – Parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LOJA, Franco. Trucos y técnicas de cultivo: Secar y curar tu cosecha. Cañamo: La revista de la cultura del cannabis, n. 167, p. 92-96, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury, Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo J. Investigação preliminar no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. La certeza del derecho. Buenos Aires: EJE, 1953.

LORA, Deise Helena. A verdade como ‘revelação’ no processo penal: da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto. Sistema Penal & Violência, v. 7, n. 2, p. 238-248, 2015.

LORENZI, Harri; SOUZA, Vinicius Castro. Botânica sistemática. Nova Odessa: Instituto Plantarum, 2005.

LUHMANN, Niklas. Love as Passion. Cambridge: Polity Press, 1986.

LUISI, Luiz; O Tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal; Porto Alegre; Fabris; 1987.

MACCORMICK, Neil. Beyond the sovereign state. The Modern Law Review, v. 56, n. 1, p. 1-18, 1993.

\_\_\_\_\_. Retórica e o Estado de Direito. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCOUN, Robert; REUTER, Peter. “Evaluating alternative cannabis regimes”. In: The British Journal of Psychiatry, v. 178, 2001, pp. 123-128.

MACEDO, Marcos Patrício. Investigação sobre a origem geográfica de amostras de cannabis sativa (linnaeus) por meio de fragmentos de insetos associados à droga prensada: um estudo exploratório. 2010. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília. Íntegra do texto disponível em:

[https://www.researchgate.net/profile/Marcos\\_Macedo3/publication/266297405\\_INVESTIGAO SOBRE A ORIGEM GEOGRFICA DE AMOSTRAS DE CANNABIS SATIVA \(LINNAEUS\) POR MEIO DE FRAGMENTOS DE INSETOS ASSOCIADOS DROGA PRENSADA UM ESTUDO EXPLORATORIO/links/55cba55108aea2d9bdce35be.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Marcos_Macedo3/publication/266297405_INVESTIGAO SOBRE A ORIGEM GEOGRFICA DE AMOSTRAS DE CANNABIS SATIVA (LINNAEUS) POR MEIO DE FRAGMENTOS DE INSETOS ASSOCIADOS DROGA PRENSADA UM ESTUDO EXPLORATORIO/links/55cba55108aea2d9bdce35be.pdf).

Acesso: 22/01/2016



MAHLBERG, Paul G.; KIM, Eun Soo. 2001. THC (tetrahyrdocannabinol) accumulation in glands of Cannabis (Cannabaceae). *The Hemp Report* 3(17).

MALTZ, Earl. The Nature of Precedent. *NCL Rev.*, v. 66, p. 367, 1987.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria da prova. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 79, p. 192-223, 1984.

MARCÃO, Renato Flávio. Tóxicos – Leis n. 6.368/1976 e 10.409/2002 anotadas e interpretadas, São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. TÓXICOS. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Anotada e Interpretada. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. In *Boletim IBCCRIM. Edição Especial sobre Drogas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1964.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, João Roberto. O plantio de maconha para uso próprio. *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo/ ano: 1978, vol.: 12, núm.: 51, p. 9-12*

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de segurança. *Revista CEJ*, v. 8, n. 27, p. 110-120, 2004.

MAXEINER, James R. Some Realism About Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law. In: *The Rule of Law in Comparative Perspective*. Springer Netherlands, 2010. p. 41-55.

MCLAREN, Jennifer et al. Cannabis potency and contamination: a review of the literature. *Addiction*, v. 103, n. 7, p. 1100-1109, 2008. MCLAREN, 2008: 1100-1109.

MECHOULAM, R.; GAONI, Y. Recent advances in the chemistry of hashish. In: *Fortschritte der Chemie Organischer Naturstoffe/Progress in the Chemistry of Organic Natural Products/Progrès dans la Chimie des Substances Organiques Naturelles*. Springer Vienna, 1967. p. 175-213.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*, v. 1, n. 8, jul/2008 pp.227-231.

MEIER, Christoph; MEDIAVILLA, Vito. Factors influencing the yield and the quality of hemp (*Cannabis sativa* L.) essential oil. *J. Int. Hemp Assoc*, v. 5, n. 1, p. 16-20, 1998.

MENDES, Paulo Sousa, As Proibições de Prova no Processo Penal. In: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004.

MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación. Madrid: Uni. Complutense Madrid, 1993.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de drogas: lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2007.

MENDONZA, Blanca Buergo. Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Comares, 2001.

MCNAUGHTON, John T. The Privilege against Self-Incrimination. J. Crim. L. Criminology & Police Sci., v. 51, p. 138, 1960.

MCPARTLAND, J. M., and E. B. RUSSO. 2001. Cannabis and Cannabis extracts: greater than the sum of their parts? Journal of Cannabis Therapeutics 1(3/4).

MINELLA, Jean Paolo Gomes; MERTEN, Gustavo Henrique. Topographic indexes applied to agricultural and environmental modelling. Ciência Rural, v. 42, n. 9, p. 1575-1582, 2012.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal - Parte General. 7ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

\_\_\_\_\_. Introducción a Las Bases del Derecho Penal - Concepto y método, 2ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Geral – Vol. I, 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: Parte Geral - Arts. 1º ao 120 do CP. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2010

MITTERMAIER, C. J. A. Tratado da Prova em Matéria Criminal, 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 1997.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: Revista de Processo. n. 206, p. 61-78, abr. 2012.

MOELLER, Hans-Georg. Luhmann Explained. From Souls to Systems. Chicago: Open Court, 2006.

MONTAÑES, Teresa Rodríguez. Delitos de peligro, dolo y imprudencia. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MONTEIRO, Felipe Mattos; CARDOSO, Gabriela Ribeiro. A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária: um debate oportuno. Civitas - Revista de Ciências Sociais, v. 13, n. 1, p. 93-117, 2013.

MONTÓN REDONDO, Alberto; MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Derecho Jurisdiccional, Tomo III. Barcelona: Bosch, 1995.

MONTROSE, J. L. The Ratio Decidendi of a Case. The Modern Law Review, v. 20 (1957), pp. 587-620.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual, 2ª série, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA DE OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa. Crimes de perigo abstrato. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 4, n. 15, 2004.

MORETI, Augusta Carolina de Camargo Carmello; DE CARVALHO, Carlos Alfredo Lopes; CARLOS, Luís. Botânica e Fisiologia Vegetal. Bragantia, v. 59, n. 1, p. 1-6, 2000.

MUKHOPADHYAY, S.; HOWLETT, A.C. "Chemically distinct ligands promote differential CB1 cannabinoid receptor-Gi protein interactions". In: Mol. Pharmacology, v. 67 (2005) pp. 2016-2024.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo*. Revista de Derecho Penal y Criminología, ano: 2001, núm.: 7, p. 49-94.

NERHOT, Patrick. "Interpretation in Legal Science." Law, interpretation and reality. Springer Netherlands, 1990. 193-225.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. In: Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo. n. 71, 2008, pp. 205-232.

NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. O Valor da Confissão. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. Provas no processo penal, 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª ed. São Paulo: RT, 2010.

OCHOA, Ramón de la Cruz. Límites de la Política Criminal. In: Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI. Coord: Mayda Goite Pierre. Havana: Editorial Unijuris, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. Curso de Processo Penal, 11º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

\_\_\_\_\_. Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Scenarios for the drug problem in the Americas 2013 – 2025. Drafted by the Scenario Team appointed by the Organization of American States under the mandate given to the OAS by the Heads of Government of Member States meeting at the 2012 Summit of the Americas in Cartagena de Indias.

Disponível em:

<[http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe\\_de\\_Escenarios.pdf](http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe_de_Escenarios.pdf)>.

Acesso: 14/07/2014.

PAUL, Julius. Jerome Frank's Attack on the Myth of Legal Certainty. *Nebraska Law Review*, v. 36, p. 547, 1957.

PAUNIO, Elina. "Beyond Predictability-Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order." *German LJ* 10 (2009), pp. 1469-1491.

PÊCEGO, Antonio José F. de S.; DA SILVEIRA, Sebastião Sérgio. Antecedentes e Reincidência Criminais: Necessidade de Releitura dos Institutos diante dos novos Paradigmas do Direito Penal. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 1, n. 1, p. 183-198, 2009.

PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, 1988.

PESSINA, Enrique. *Elementos de Derecho Penal*, 4ªed. Trad: Hilarion Gonzalez Del Castillo. Madrid: Editorial Reus, 1936.

PETROCELLIS, Luciano de; CASCIO, Maria Grazia; MARZO, Vincenzo Di. "The endocannabinoid system: a general view and latest additions". *In: British Journal of Pharmacology*, v. 141, 2004, pp. 765-774. Disponível em:

<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1574255/>. Acesso: 25/09/2015.

PIJLMAN, F. T. A. et al. Strong increase in total delta-THC in cannabis preparations sold in Dutch coffee shops. *Addiction biology*, v. 10, n. 2, p. 171-180, 2005.

PIRES, Alvaro. *A Pesquisa Qualitativa. Enfoques Epistemológicos e Metodológicos*. Petrópolis, Ed. Vozes, 2008.

\_\_\_\_\_. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *In: Novos Estudos Cebrap*, v. 68, n. 3, pp. 39-60, 2004.

PLATÃO. Górgias. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 3ª edição, 1989.

PORET, Sylvaine. Paradoxical effects of law enforcement policies: the case of the illicit drug market. *International Review of Law and Economics*, v. 22, n. 4, p. 465-493, 2002.

POTTER, Gary R.; BOUCHARD, Martin; DECORTE, Tom. The globalization of cannabis cultivation. *In: World Wide Weed: Global trends in Cannabis cultivation and its control*. Ed.

DECORTE, Tom; POTTER, Gary; BOUCHARD, Martin. Farnham: Ashgate Publishing, 2011.

POTTER, Gary, et al. "Global patterns of domestic cannabis cultivation: a cross-national analysis of sample characteristics and patterns of growing." *International Society for the Study of Drug Policy, Proceedings*. Presented at the International Society for the Study of Drug Policy (2013).

\_\_\_\_\_. MARTIN, Monica J.; BARRATT, Aili Malm. Global patterns of domestic cannabis cultivation: Sample. *Journal of Drug Issues*, v. 40, p. 263-294, 2014.

POZO, José Hurtado. A propósito de la interpretación de la ley penal. *Derecho PUCP*, n. 46, p. 63-99, 2013.

PRADO, Luis Régis. Argumento analógico em matéria penal. *In Revista dos Tribunais*, vol. 734, dez/1996, pp. 541-556.

RAM, HY Mohan; JAISWAL, V. S. "Induction of male flowers on female plants of *Cannabis sativa* by gibberellins and its inhibition by abscisic acid." *Planta* 105.3 (1972): 263-266.

RAM, HY Mohan; SETT, R. Induction of fertile male flowers in genetically female *Cannabis sativa* plants by silver nitrate and silver thiosulphate anionic complex. *Theoretical and Applied Genetics*, v. 62, n. 4, p. 369-375, 1982.

RAMOS TAVARES, André. A repercussão geral no recurso extraordinário. TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RATNER, Leonard G. Consequences of Exercising the Privilege Against Self-Incrimination. *The University of Chicago Law Review*, v. 24, n. 3, p. 472-511, 1957.

RAUPP, Mariana M. *O Seletto Mundo da Justiça: análise de processos penais de tráfico de drogas*. São Paulo (2005): Dissertação (Mestrado em Sociologia), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

REINHARDT, Vera Eliza Domingues; MIDIO, Antonio Flavio. Características botânicas, químicas e produtos obtidos da *Cannabis*. *Rev. farm. bioquim. Univ. São Paulo*, v. 29, n. 2, p. 55-61, 1993.

REPETTO, Alfredo. *El Acto culpable: el dolo y la culpa como sus formas*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2007.

RIBEIRO, Ludmila; SILVA, Klarissa. Fluxo do sistema de justiça criminal brasileiro: um balanço da literatura. *Cad Segurança Pública*, v. 2, n. 1, p. 15-27, 2010.

RIEGER, R., A. MICHAELIS, and M. M. GREEN. *Glossary of Genetics*, 5ª ed. Berlim: Springer-Verlag, 1991.

RIPSTEIN, Arthur. Law, language, and interpretation. U. Toronto LJ, v. 46, p. 335, 1996.

RIZZO, José Ângelo. CANNABIS SATIVA L.(MACONHA). Revista de Patologia Tropical, v. 1, n. 3, 1972.

ROBINSON, Rowan. O Grande Livro da Cannabis: guia completo de seu uso industrial, medicinal e ambiental. Trad. Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

RODRIGUES, Thiago. Política e Drogas nas Américas. São Paulo: EDUC/FAPESP, 2004.

RODRIGUES SANTOS, Hugo Leonardo. Prova Indiciária e o Princípio da Fundamentação da Decisão: Utilização da Argumentação Jurídica como Garantia na Valorização do Indício. Olhares Plurais, v. 1, n. 4, p. 64-71, 2011.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. PÜSCHEL, Flavia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do poder judiciário. In: Dogmática é Conflito: Uma Visão Crítica da Racionalidade Jurídica. Ed. Saraiva. São Paulo, 2012, p. 33-54.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RODRIGUEZ, Vivian M. Admissibility of Other Crimes, Wrongs or Acts under the Intent Provision of Federal Rule of Evidence 404 (b): The Weighing of Incremental Probity and Unfair Prejudice, The. U. Miami L. Rev., v. 48, p. 451-480, 1993.

ROSELLI, Ana Cecília Petta, et ali. Abuso e dependência da maconha. In: Revista da Associação Médica Brasileira, São Paulo, v. 51, n. 5, 2005, p. 247-249.

ROSENTHAL, Ed. Marijuana Grower's Handbook: The Indoor High Yield Cultivation Grow Guide. San Francisco: Quick American Archives, 1998.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General – Tomo I: Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Trad. PEÑA, Diego Manuel Luzón, et. al., 1ª ed. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3ª ed. Lisboa: Vega, 2004.

\_\_\_\_\_. Derecho Penal, Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. 2ª ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, et. al. Madri: Civitas, 2007.

\_\_\_\_\_. Proteção de bens jurídicos e liberdade individual na encruzilhada da dogmática jurídico-penal. In: ROXIN, C. A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RUSSO, Ethan. “Cannabis in India: ancient lore and modern medicine”. In: Cannabinoids as Therapeutics, ed. Raphael Mechoulam. Berlim: Birkhäuser, 2005, pp. 1-22. Disponível em: [https://www.drugpolicy.org/docUploads/Russo\\_CannabisInIndia\\_Mechoulam2005.pdf](https://www.drugpolicy.org/docUploads/Russo_CannabisInIndia_Mechoulam2005.pdf). Acesso: 25/09/2015.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac N. B.. Nova lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal (lei 11.343, de 23 de agosto de 2006). Curitiba: Juruá, 2006.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Escritos de Direito Penal. Editora Del Rey Belo Horizonte, 2005.

SALES CAMPOS, Samara. A Estigmatização do Sujeito Infrator sob a Ótica dos Antecedentes Criminais nas Decisões Judiciais que Decretam a Prisão Preventiva. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 17, n. 33, p. 59-78, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal – Parte geral. 4ª. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SANTOUCY, Luiza Barros; CONCEICAO, Maria Inês Gandolfo and SUDBRACK, Maria Fátima Olivier. A compreensão dos operadores de direito do Distrito Federal sobre o usuário de drogas na vigência da nova lei. Psicol. Reflex. Crit. [online]. 2010, vol.23, n.1, pp. 176-185.

SANZ, Mario Ruiz. Dialogando sobre lo fáctico en el Derecho: a propósito del modelo cognoscitivista en la prueba. Anuario de filosofía del derecho, n. 19, p. 475-488, 2002.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. Tomando en serio la “duda razonable” (Enseñanzas de un caso judicial). In: Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial. Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014, pp. 135-162.

SCALAMBRINI, José Carlos. Estudo sobre a Reincidência. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

SCHULTES, Richard Evans. Random thoughts and queries on the botany of Cannabis. In: Joyce, C. R. B. and S. H. Curry, The Botany and Chemistry of Cannabis, pp. 11-38. London. 1970.

SCHULTES, Richard Evans; KLEIN, William M.; PLOWMAN, Timothy; LOCKWOOD, Tom. “Cannabis: An Example of Taxonomic Neglect”. In: Botanical Museum Leaflets, Harvard University, Vol. 23, No. 9 (February 28, 1974), pp. 337-367.

SERVET, Vicente Magro. La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género. La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, n. 104, p. 11, 2013.

SEVILLA, Charles M. Exclusionary Rule and Police Perjury, The. San Diego L. Rev., v. 11, p. 839, 1973.

SKILTON, Robert H. Mental Element in a Criminal Attempt. In: The University of Pittsburgh Law Review, v. 3, 1936 pp. 181-213.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 6, n. 59, jan. 2006.

SILVA GARCIA, Eduardo da. Narrativas da bagaceira: um estudo sobre consumo de drogas e transição para a vida adulta. 2014. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-19022014-122806/>>. Acesso em: 2016-02-04.

SLOBOGIN, Christopher. Testilying: Police perjury and what to do about it. *U. Colo. L. Rev.*, v. 67, p. 1037, 1996

SMALL, Ernest. 1972. Interfertility and chromosomal uniformity in Cannabis. *Canadian Journal of Botany* 50(9): 1947–1949.

\_\_\_\_\_. Morphological variation of achenes of Cannabis. *Canadian Journal of Botany* 53(10): 1975, pp. 978-987.

\_\_\_\_\_. Fundamental aspects of the species problem in biology. *In: The Species Problem in Cannabis*, vol. 1: Science. Toronto: Corpus Information Services, 1979, pp. 5–63.

SMALL, Ernest; CRONQUIST, Arthur. A practical and natural taxonomy for Cannabis. *In: Taxon* (International Association for Plant Taxonomy), vol. 25, n. 4, Aug. 1976, pp. 405–435. Disponível para download em: [http://www.jstor.org/stable/1220524?seq=1##page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/1220524?seq=1##page_scan_tab_contents). Acesso: 22/09/2015.

SMART, Reginald G.; WHITEHEAD, Paul C. The consumption patterns of illicit drugs and their implications for prevention of abuse. *Bulletin on Narcotics*, v. 24, n. 1, p. 39-47, 1972.

SODELLI, Marcelo. A abordagem proibicionista em desconstrução: compreensão fenomenológica existencial do uso de drogas. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 15, n. 3, p. 637-644, 2010.

SOUZA, Paula Regina Knox de; RAYMUNDO, Priscila Gomes. *Cannabis sativa L.*: Os Prós e Contras do Uso Terapêutico de uma Droga de Abuso. *In: Revista Brasileira de Ciências da Saúde*, ano III, nº 13, jul/set 2007, pp. 23-30.

STOCCO, Rui. Código Penal e sua Interpretação, 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. *The Modern Law Review*, v. 22, n. 6, (Mar. 1959) p. 597-620, 1959.

\_\_\_\_\_. Legal system and lawyers' reasonings. Stanford University Press, 1964.

STRUENSEE, Eberhard. Los delitos de tenência. *In: JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. Problemas capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Talcahuano, 1998.

TARRÍO, Mario C. Teoria finalista del delito y dogmática penal. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2008.



TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 14, 1971, pp. 107-119.

\_\_\_\_\_. O futuro do direito penal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro*, n. 3, p. 138-153, 2011.

TERRA, Lílían Sousa; ALVARENGA, Altair Resende. Os maus antecedentes são perpétuos? *Revista do Curso de Direito do UNIFOR*, v. 6, n. 2, p. 155-178, 2015.

THOMAS, Mel. *Cannabis Cultivation: A Complete Grower's Guide*. San Francisco: Green Candy Press, 2012.

THOMPSON III, Mark B.; GAGNE, Norman L. The Confusing Law of Criminal Intent in New Mexico. *New Mexico Law Review*, v. 5, p. 63, 1974.

THUNS, Gilberto. O Mito sobre a Verdade e os Sistemas Processuais. In *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. org. Salo de Carvalho. Rio de Janeiro, 2004.

TOCILDO, Susana Huerta. El derecho fundamental a la legalidad penal. *Revista española de Derecho constitucional*, v. 13, n. 39, p. 81-114, 1993.

TOONEN, Marcel; RIBOT, Simon; THISSEN, Jac. Yield of Illicit Indoor Cannabis Cultivation in The Netherlands. In: *Journal of Forensic Sciences*, September 2006, v. 51, i. 5, pp. 1050–1054.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal*. 2ª ed. Revisada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1978.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo penal brasileiro*. 4. Ed. São Paulo: RT, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz; ROGÉRIO, José. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). In: *Revista de processo*, 2007, pp. 151-162.

TURNER, Carlton E.; ELSOHL, Mahmoud A.; BOEREN, Edward G. Constituents of Cannabis sativa L. XVII. A review of the natural constituents. *Journal of Natural Products*, v. 43, n. 2, p. 169-234, 1980.

VAN BAKEL, et al. The draft genome and transcriptome of Cannabis sativa. In: *Genome Biology*, n. 12: R102, 2011. Disponível em: <http://genomebiology.com/2011/12/10/R102>. Acesso: 11/10/2015.

VAN DER WERF, H. M. G.; HAASKEN, H. J.; WIJLHUIZEN, M. The effect of daylength on yield and quality of fibre hemp (*Cannabis sativa* L.). *European Journal of Agronomy*, v. 3, n. 2, p. 117-123, 1994.

VAN DER WERF, Hayo MG; MATHIJSEN, Els WJM; HAVERKORT, Anton J. Crop physiology of *Cannabis sativa* L.: A simulation study of potential yield of hemp in Northwest Europe. *In: Advances in Hemp Research*. RANALLI, Paolo. New York: The Haworth Press, 1999.

VANDERSTRAETEN, Raf. Observing Systems: a Cybernetic Perspective on System/Environment Relations. *In: Journal for the Theory of Social Behaviour*, v.31:3. Oxford: Blackwell Publishers, 2001, pp. 297-311.

VANHOVE, Wouter; VAN DAMME, Patrick; MEERT, Natalie. Factors determining yield and quality of illicit indoor cannabis (*Cannabis* spp.) production, *Forensic Science International*, 2011, 212, 1-3, pp. 158-163.

VÁSQUEZ, José Antonio Ramos. *Concepción Significativa de la Acción y Teoría Jurídica del Delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

VAVILOV, N. I. *Origin and Geography of Cultivated Plants*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

VERÍSSIMO, Marcos. A nova lei de drogas e seus dilemas: Apontamentos para o estudo das formas desigualdade presentes nos interstícios do ordenamento jurídico-penal brasileiro. *Civitas Porto Alegre* v. 10 n. 2, 2010, pp. 330-344.

VERRINA, G. L. La sentenza di assoluzione in appello. Ragioni epistemologiche e profili processuali. En Montagna, M. *L'assassinio di Meredith Kercher*. Anatomia del processo di Perugia. Roma: Aracne, 2012.

WACQUANT, Loïc. The penalisation of poverty and the rise of neo-liberalism. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 9, n. 4, p. 401-412, 2001.

\_\_\_\_\_. Crafting the neoliberal state: Workfare, prisonfare, and social insecurity<sup>1</sup>. *In: Sociological Forum*. Blackwell Publishing Ltd, 2010, pp. 197-220

WADE, H. W. R. "The Concept of Legal Certainty a Preliminary Skirmish." *The Modern Law Review* 4.3 (1941): 183-199.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *In: Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 168, ano 2009, pp. 53/65.

WALSH, Charlotte. On the threshold: How relevant should quantity be in determining intent to supply? *International Journal of Drug Policy*, v. 19, n. 6, 2008, pp. 479-485.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. Uso de drogas e Sistema Penal: entre o proibicionismo e a redução de danos. Lumen Juris, 2010.

WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

\_\_\_\_\_. Culpa e delitos de circulação: sobre a dogmática dos crimes culposos. In: Revista de Direito Penal, jul/set 1971, pp. 13-43.

\_\_\_\_\_. El nuevo sistema del derecho penal – Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir Buenos Aires: Editorial B de F., 2004.

WIELGUS, K. et al. Estimation of Cannabis sativa L. tissue culture conditions essential for callus induction and plant regeneration. Journal of Natural Fibers, v. 5, n. 3, p. 199-207, 2008.

WILLIAMSON, Timothy. Vagueness. New York: Routledge, 1994.

WILSON, Jack. Biological individuality: the identity and persistence of living entities. Cambridge University Press, 1999.

WITTWER, Sylvan Harold. Maximum production capacity of food crops. Bioscience, v. 24, n. 4, p. 216-224, 1974.

YIN, Robert. Estudo de Caso: Planejamento e Métodos, 5ª ed. Porto Alegre: Bookman Editora, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La legislación antidroga latino-americana: sus componentes de Derecho Penal autoritário. In: Drogas: abordagem interdisciplinar. Fascículo de ciências penais, v. III. Porto Alegre: 1990.

\_\_\_\_\_. Hacia un realismo jurídico penal marginal. Caracas: Monte Avila Editores, 1993.

\_\_\_\_\_. Derecho Penal, Parte General, 2ªed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. Guerra às Drogas e Letalidade do Sistema Penal, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pp. 113 e ss.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral, 5ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZALUAR, Alba. Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

ZARZUELA, José Lopes. Temas Fundamentais de criminalística. Ed. Sagra Luzzato. Porto Alegre, 1996.

ZAPATERO, Luis Alberto Arroyo. Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal. *Revista española de derecho constitucional*, v. 3, n. 8, p. 9-46, 1983.

ZAVERUCHA, Jorge; OLIVEIRA, Adriano; RODRIGUES, Ernani. Polígono da Maconha: Contexto Socioeconômico, Homicídios e Atuação do Ministério Público. *Coleção Segurança com Cidadania / Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça - Ano I*, 2009, n. 01. Brasília, DF.

ZEIDMAN, Steven. Policing the Police: The Role of the Courts and the Prosecution. *Fordham Urban Law Journal*, v. 32, i. 2, art. 7, pp. 100-131, 2004.

ZUFFA, Grazia. How to determine personal use in drug legislation: The ‘threshold controversy’ in the light of the Italian experience. *Legislative Reform of Drug Policies* n. 15, August 2011.

**APÊNDICE A – ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
PROFERIDOS ANTES DA LEI DE DROGAS**

| <b>Número do Processo</b> | <b>Tipo de Processo</b> | <b>Relator</b>     | <b>Câmara</b>            | <b>Julgamento</b> | <b>Recorrente</b>                            | <b>Recorrido</b>             |
|---------------------------|-------------------------|--------------------|--------------------------|-------------------|--|------------------------------|
| 0042697-18.1995.8.26.0000 | Apelação                | Geraldo Xavier     | 3ª Câmara Extraordinária | 03/11/1997        | Fábio José Sanches/MP                        | Fábio José Sanches/MP        |
| 9065360-31.1997.8.26.0000 | Apelação                | Segurado Braz      | 3ª Câmara Criminal       | 28/04/1998        | Osmar Leduino                                | MP                           |
| 0010225-56.1998.8.26.0000 | Apelação                | Pereira da Silva   | 1ª Câmara Extraordinária | 10/03/1999        | Manoel Patrício de Melo e Roberto Cosme José | MP                           |
| 9067445-53.1998.8.26.0000 | Apelação                | Marcondes D'Angelo | 2ª Câmara Extraordinária | 24/03/1999        | Julio Aparecido Ferreira                     | MP                           |
| 9095833-29.1999.8.26.0000 | Apelação                | Raul Motta         | 1ª Câmara Criminal       | 27/09/1999        | Éverson José Bacri                           | MP                           |
| 9174548-85.1999.8.26.0000 | Apelação                | Pedro Gagliardi    | 4ª Câmara Criminal       | 23/11/1999        | Ed Francisco Gomes                           | MP                           |
| 9122271-92.1999.8.26.0000 | Apelação                | Canguçu de Almeida | 2ª Câmara Criminal       | 13/12/1999        | Charles Alessandro Scholl/MP                 | Charles Alessandro Scholl/MP |
| 9063833-73.1999.8.26.0000 | Apelação                | Egydo de Carvalho  | 2ª Câmara Criminal       | 14/02/2000        | MP   | Amilton Prosdokimis          |
| 9082114-77.1999.8.26.0000 | Apelação                | Geraldo Xavier     | 2ª Câmara Extraordinária | 26/04/2000        | Marilene Kelen Porto                         | MP                           |

| Número do Processo        | Tipo de Processo | Relator            | Câmara                   | Julgamento | Recorrente                 | Recorrido        |
|---------------------------|------------------|--------------------|--------------------------|------------|----------------------------|------------------|
| 9060150-62.1998.8.26.0000 | Apelação         | Pereira da Silva   | 1ª Câmara Extraordinária | 26/04/2000 | MP                         | Luciano Custódio |
| 9039643-12.2000.8.26.0000 | Apelação         | Gonçalves Nogueira | 3ª Câmara Criminal       | 24/10/2000 | Luciano de Oliveira Santos | MP               |
| 0008209-61.2000.8.26.0000 | Apelação         | Tristão Ribeiro    | 3ª Câmara Extraordinária | 26/10/2000 | João Santos de Oliveira    | MP               |
| 0019733-55.2000.8.26.0000 | Apelação         | Rocha de Souza     | 3ª Câmara Extraordinária | 23/11/2000 | Fernando Tuffo             | MP               |
| 9158385-93.2000.8.26.0000 | Apelação         | Gonçalves Nogueira | 3ª Câmara Criminal       | 28/11/2000 | Cristiano Pasquale         | MP               |
| 9063071-23.2000.8.26.0000 | Apelação         | Tristão Ribeiro    | 1ª Câmara Criminal       | 30/01/2001 | Antonio Carlos Moreira     | MP               |
| 9203079-50.2000.8.26.0000 | Apelação         | Gonçalves Nogueira | 3ª Câmara Criminal       | 13/02/2001 | Odilon Cesar               | MP               |
| 9202964-29.2000.8.26.0000 | Apelação         | Gonçalves Nogueira | 3ª Câmara Criminal       | 29/05/2001 | Alípio Antonio Dias        | MP               |
| 9211114-96.2000.8.26.0000 | Apelação         | Armando Toledo     | 2ª Câmara Extraordinária | 21/06/2001 | Everaldo Antonio da Silva  | MP               |

| <b>Número do Processo</b> | <b>Tipo de Processo</b> | <b>Relator</b>     | <b>Câmara</b>                | <b>Julgamento</b> | <b>Recorrente</b>              | <b>Recorrido</b>         |
|---------------------------|-------------------------|--------------------|------------------------------|-------------------|--------------------------------|--------------------------|
| 0082655-69.1999.8.26.0000 | Apelação                | Xavier de Souza    | 1ª Câmara Extraordinária     | 05/09/2001        | Celso Luis de Lima/MP          | Celso Luis /MP           |
| 9091777-16.2000.8.26.0000 | Apelação                | Oliveira Passos    | 1ª Câmara Extraordinária     | 22/08/2001        | MP                             | Alexandre Donizeti       |
| 9076366-93.2001.8.26.0000 | Apelação                | Silva Pinto        | 2ª Câmara Criminal           | 12/11/2001        | Luis Eduardo Araya             | MP                       |
| 9119706-87.2001.8.26.0000 | Apelação                | Nuevo Campos       | 5ª Câmara Criminal de Férias | 17/01/2002        | Milton Francisco do Nascimento | MP                       |
| 9184321-23.2000.8.26.0000 | Apelação                | Marcondes D'Angelo | 2ª Câmara Criminal           | 22/05/2002        | MP                             | Juarez Floriano          |
| 0088460-32.2001.8.26.0000 | Apelação                | Raul Motta         | 1ª Câmara Criminal           | 24/06/2002        | MP                             | Aleone Silva             |
| 9165693-20.1999.8.26.0000 | Apelação                | Marcos Zanuzzi     | 3ª Câmara Extraordinária     | 27/06/2002        | Daniel Carvalho Silva/MP       | Daniel Carvalho Silva/MP |
| 9036715-54.2001.8.26.0000 | Apelação                | Canguçu de Almeida | 2ª Câmara Criminal           | 10/07/2002        | Valdeci Andrade                | MP                       |
| 9216323-75.2002.8.26.0000 | Apelação                | Silva Pinto        | 2ª Câmara Criminal           | 18/11/2002        | Joaquim Pedro Gomes            | MP                       |

| <b>Número do Processo</b> | <b>Tipo de Processo</b> | <b>Relator</b>     | <b>Câmara</b>            | <b>Julgamento</b> | <b>Recorrente</b>              | <b>Recorrido</b>       |
|---------------------------|-------------------------|--------------------|--------------------------|-------------------|--------------------------------|------------------------|
| 9164222-95.2001.8.26.0000 | Apelação                | Silva Pinto        | 2ª Câmara Criminal       | 18/11/2002        | Luiz Carlos Alegri             | MP                     |
| 9184768-74.2001.8.26.0000 | Apelação                | Marco Antonio      | 1ª Câmara Extraordinária | 04/12/2002        | Rodrigo Brandt                 | MP                     |
| 9230966-38.2002.8.26.0000 | Apelação                | Canellas de Godoy  | 4ª Câmara Criminal       | 04/12/2002        | Toni Ângelo Martins/MP         | Toni Ângelo Martins/MP |
| 9103487-62.2002.8.26.0000 | Apelação                | Xavier de Souza    | 1ª Câmara Extraordinária | 13/02/2003        | MP                             | Ricardo Freitas        |
| 9127895-20.2002.8.26.0000 | Apelação                | Ribeiro dos Santos | 6ª Câmara Criminal       | 27/03/2003        | Oseias Donato da Silva         | MP                     |
| 9103360-27.2002.8.26.0000 | Apelação                | Geraldo Xavier     | 2ª Câmara Criminal       | 30/04/2003        | José Alexandre Borba Fernandes | MP                     |
| 9125404-40.2002.8.26.0000 | Apelação                | Marco Antonio      | 1ª Câmara Extraordinária | 25/06/2003        | Marcelo Bogas                  | MP                     |
| 9190621-30.2002.8.26.0000 | Apelação                | Xavier de Souza    | 1ª Câmara Extraordinária | 06/08/2003        | Marcos Roberto Soares          | MP                     |
| 9078743-03.2002.8.26.0000 | Apelação                | Marco Antonio      | 1ª Câmara Extraordinária | 12/09/2003        | Gilberto Elias Moraes          | MP                     |



| <b>Número do Processo</b> | <b>Tipo de Processo</b> | <b>Relator</b>     | <b>Câmara</b>            | <b>Julgamento</b> | <b>Recorrente</b>                | <b>Recorrido</b>          |
|---------------------------|-------------------------|--------------------|--------------------------|-------------------|----------------------------------|---------------------------|
| 0048695-20.2002.8.26.0000 | Apelação                | Haroldo Luz        | 6ª Câmara Criminal       | 31/07/2003        | Marcelo Antonio Coelho           | MP                        |
| 9226193-47.2002.8.26.0000 | Apelação                | Oliveira Ribeiro   | 3ª Câmara Criminal       | 30/09/2003        | Paulo Sérgio Gimenes Grandim     | MP                        |
| 9055205-90.2002.8.26.0000 | Apelação                | Osmar Bocci        | 2ª Câmara Extraordinária | 19/11/2003        | Rogério Eduardo Barreto          | MP                        |
| 9126951-18.2002.8.26.0000 | Apelação                | Borges Pereira     | 1ª Câmara Extraordinária | 17/12/2003        | Luiz Carlos Donizete de Oliveira | MP                        |
| 9056581-14.2002.8.26.0000 | Apelação                | Péricles Piza      | 1ª Câmara Criminal       | 21/01/2004        | Lindomar Lino Nunes              | MP                        |
| 9078769-98.2002.8.26.0000 | Apelação                | Borges Pereira     | 1ª Câmara Extraordinária | 11/02/2004        | José Luiz Basso Júnior/MP        | José Luiz Basso Júnior/MP |
| 9078939-70.2002.8.26.0000 | Apelação                | Silva Pinto        | 2ª Câmara Criminal       | 16/02/2004        | Marcos Paulo Rosa de Oliveira    | MP                        |
| 014.59.263100-0           | Apelação                | Xavier de Souza    | 13ª Câmara TACrim        | 26/10/2004        | Roberto Alves Cardoso            | MP                        |
| 014.60.119900-0           | Apelação                | Ubiratan de Arruda | 8ª Câmara TACrim         | 25/11/2004        | Cleber Lima de Araujo            | MP                        |

| <b>Número do Processo</b> | <b>Tipo de Processo</b> | <b>Relator</b>       | <b>Câmara</b>      | <b>Julgamento</b> | <b>Recorrente</b>        | <b>Recorrido</b>                       |
|---------------------------|-------------------------|----------------------|--------------------|-------------------|--------------------------|--|
| 014.64.295500-0           | Apelação                | Francisco Menin      | 10ª Câmara TACrim  | 22/12/2004        | Kleber Willians Alves/MP | Kleber Willians Alves/MP               |
| 9228279-54.2003.8.26.0000 | Apelação                | Mariano Siqueira     | 2ª Câmara Criminal | 02/05/2005        | Paulo Ferreira Araujo    | MP                                     |
| 9169690-69.2003.8.26.0000 | Apelação                | Tristão Ribeiro      | 5ª Câmara Criminal | 12/05/2005        | Josimar de Paula/MP      | Josimar de Paula/MP                    |
| 9184014-69.2000.8.26.0000 | Apelação                | Mário Ferraz         | 1ª Câmara Criminal | 30/05/2005        | José Aparecido Martins   | MP                                     |
| 0049721-19.2003.8.26.0000 | Apelação                | Ricardo Tucunduva    | 6ª Câmara Criminal | 23/06/2005        | Adriano Alves/MP         | Adriano Alves/MP                       |
| 0015115-28.2004.8.26.0000 | Apelação                | Euvaldo Chaib        | 4ª Câmara Criminal | 26/07/2005        | MP                       | Rodrigo José da Silva                  |
| 9103869-50.2005.8.26.0000 | Apelação                | Luiz Felipe Nogueira | 6ª Câmara Criminal | 06/10/2005        | Alexandre Baptista       | MP                                     |
| 0078363-70.2001.8.26.0000 | Apelação                | Junqueira Sangirardi | 3ª Câmara Criminal | 25/10/2005        | MP                       | Demerval Santana e Paulo César Santana |
| 9178690-30.2002.8.26.0000 | Apelação                | Teodomiro Mendez     | 2ª Câmara Criminal | 12/09/2005        | Quiliano Ghiraldini      | MP                                     |
| 0008665-90.2002.8.26.0048 | Apelação                | Márcio Bártoli       | 1ª Câmara Criminal | 23/01/2006        | MP                       | Francisco Antonio de Oliveira          |

| Número do Processo        | Tipo de Processo | Relator                  | Câmara              | Julgamento | Recorrente               | Recorrido          |
|---------------------------|------------------|--------------------------|---------------------|------------|--------------------------|--------------------|
| 9201278-26.2005.8.26.0000 | Apelação         | Djalma Lofrano           | 2ª Câmara Criminal  | 20/02/2006 | Adilson Reneto           | MP                 |
| 9057325-04.2005.8.26.0000 | Apelação         | Sydnei de Oliveira       | 12ª Câmara Criminal | 05/03/2006 | Luis Henrique Lopes      | MP                 |
| 9258213-86.2005.8.26.0000 | Apelação         | Márcio Bártoli           | 1ª Câmara Criminal  | 07/03/2006 | Edvaldo Ferreira         | MP                 |
| 9168278-69.2004.8.26.0000 | Apelação         | Tristão Ribeiro          | 5ª Câmara           | 23/03/2006 | MP                       | Edno da Silva      |
| 9081619-57.2004.8.26.0000 | Apelação         | Francisco Menin          | 7ª Câmara Criminal  | 30/03/2006 | MP                       | Jesus Hermenegildo |
| 9104205-54.2005.8.26.0000 | Apelação         | Luis Soares de Mello     | 4ª Câmara Criminal  | 09/05/2006 | Leandro Gianetti         | MP                 |
| 9109991-16.2004.8.26.0000 | Apelação         | Maria Tereza do Amaral   | 8ª Câmara           | 23/05/2006 | Fabio Ribeiro Rodrigues  | MP                 |
| 0003359-24.2005.8.26.0279 | Apelação         | Márcio Bártoli           | 1ª Câmara Criminal  | 30/05/2006 | José Leandro de Oliveira | MP                 |
| 9251880-21.2005.8.26.0000 | Apelação         | Marcos Zanuzzi           | 5ª Câmara Criminal  | 22/06/2006 | Rodrigo da Silva Vilela  | MP                 |
| 0094517-76.2002.8.26.0050 | Apelação         | Ivan Marques             | 7ª Câmara Criminal  | 01/07/2006 | José Augusto da Silva    | MP                 |
| 9202790-78.2004.8.26.0000 | Apelação         | Roberto Martins de Souza | 2ª Câmara Criminal  | 25/09/2006 | Igor Alvim/MP            | Igor Alvim/MP      |
| 0026920-24.2004.8.26.0405 | Apelação         | Fernando Matallo         | 14ª Câmara Criminal | 19/10/2006 | Ronaldo Felipe Barbosa   | MP                 |

**APÊNDICE B – ACÓRDÃOS TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
PROFERIDOS DEPOIS DA LEI DE DROGAS**

| <b>Número do Processo</b> | <b>Tipo de Processo</b> | <b>Relator</b>        | <b>Câmara</b>          | <b>Julgamento</b> | <b>Recorrente</b>     | <b>Recorrido</b>        |
|---------------------------|-------------------------|-----------------------|------------------------|-------------------|-----------------------|-------------------------|
| 9196849-16.2005.8.26.0000 | Apelação                | Figueiredo Gonçalves  | 1ª Câmara do 1º Grupo  | 31/10/2006        | MP                    | Pedro Alvino Costa Neto |
| 9178973-14.2006.8.26.0000 | Apelação                | Roberto Midolla       | 9ª Câmara do 5º Grupo  | 13/12/2006        | Valdenir Alver        | MP                      |
| 0083144-14.2003.8.26.0050 | Apelação                | Penteado Navarro      | 9ª Câmara do 5º Grupo  | 28/02/2007        | Wagner Pepo de Jesus  | MP                      |
| 0039586-40.2006.8.26.0000 | Apelação                | Renê Ricupero         | 13ª Câmara do 7º Grupo | 12/04/2007        | Antony Cesar Chagas   | MP                      |
| 0010052-09.2002.8.26.0318 | Apelação                | Mário Devienne Ferraz | 1ª Câmara do 1º Grupo  | 17/04/2007        | Francisco Aurenilson  | MP                      |
| 9226376-13.2005.8.26.0000 | Apelação                | Lopes da Silva        | 13ª Câmara do 7º Grupo | 31/05/2007        | Paulo César Rosa      | MP                      |
| 9219640-42.2006.8.26.0000 | Apelação                | Francisco Orlando     | 2ª Câmara do 1º Grupo  | 18/06/2007        | Hugo Cesar Venturelli | MP                      |
| 0030616-06.2005.8.26.0576 | Apelação                | Sérgio Rui            | 5ª Câmara Criminal     | 26/07/2007        | Alano Guimarães       | MP                      |
| 0001709-63.2005.8.26.0562 | Apelação                | Aben-Athar            | 11ª Câmara do 6º Grupo | 01/08/2007        | Roberto Fernandes     | MP                      |

| <b>Número do Processo</b> | <b>Tipo de Processo</b> | <b>Relator</b>       | <b>Câmara</b>            | <b>Julgamento</b> | <b>Recorrente</b>            | <b>Recorrido</b>            |
|---------------------------|-------------------------|----------------------|--------------------------|-------------------|------------------------------|-----------------------------|
| 0001961-73.2005.8.26.0204 | Apelação                | Otávio Henrique      | 10ª Câmara do 5º Grupo   | 05/09/2007        | MP                           | Michele Cristina dos Santos |
| 9152962-45.2006.8.26.0000 | Apelação                | Domitila Manssur     | 11ª Câmara B do 6º Grupo | 14/09/2007        | MP                           | Francisco Reis da Silva     |
| 9088613-67.2005.8.26.0000 | Apelação                | Luis Soares de Mello | 4ª Câmara do 2º Grupo    | 28/09/2007        | Etevaldo Alex de Moraes      | MP                          |
| 0001344-39.2005.8.26.0067 | Apelação                | Roger Benites        | 10ª Câmara do 5º Grupo   | 24/10/2007        | MP                           | José Mario de Assis         |
| 0001101-61.2005.8.26.0240 | Apelação                | Otávio Henrique      | 10ª Câmara do 5º Grupo   | 13/02/2008        | Isac Cardoso da Silva        | MP                          |
| 9084371-31.2006.8.26.0000 | Apelação                | Vinicius de Toledo   | 8ª Câmara B do 4º Grupo  | 15/02/2008        | MP                           | Elton Diones da Silva       |
| 9183985-72.2007.8.26.0000 | Apelação                | Renê Nunes           | 9ª Câmara do 5º Grupo    | 15/02/2008        | Tadeu da Silva Rodrigues/MP  | Tadeu da Silva Rodrigues/MP |
| 0002216-21.2006.8.26.0099 | Apelação                | Roberto Midolla      | 9ª Câmara do 5º Grupo    | 21/05/2008        | Paulo Henrique Rodrigues     | MP                          |
| 0003540-55.2005.8.26.0366 | Apelação                | Cardoso Perpétuo     | 13ª Câmara               | 21/08/2008        | Luiz Carlos Boldrini         | MP                          |
| 0040977-09.2002.8.26.0602 | Apelação                | Ana Lúcia Siqueira   | 4ª Câmara do 2º Grupo    | 29/08/2008        | MP                           | Fabiano Bonfilio de Lemos   |
| 0048705-69.2006.8.26.0050 | Apelação                | Souza Ney            | 9ª Câmara do 5º Grupo    | 29/09/2008        | Marcelo Machado de Magalhaes | MP                          |

| <b>Número do Processo</b> | <b>Tipo de Processo</b> | <b>Relator</b>                | <b>Câmara</b>          | <b>Julgamento</b> | <b>Recorrente</b>             | <b>Recorrido</b>              |
|---------------------------|-------------------------|-------------------------------|------------------------|-------------------|-------------------------------|-------------------------------|
| 0009242-88.2005.8.26.0363 | Apelação                | Francisco Menin               | 7ª Câmara              | 16/10/2008        | Valdir Fray                   | MP                            |
| 9120383-78.2005.8.26.0000 | Apelação                | Ivan Marques                  | 2ª Câmara do 1º Grupo  | 03/11/2008        | Carlos Alberto Reis           | MP                            |
| 0010385-95.2007.8.26.0152 | Apelação                | Luis Soares de Mello          | 4ª Câmara do 2º Grupo  | 18/11/2008        | Paulo Henrique Alves da Silva | MP                            |
| 0027644-89.2005.8.26.0050 | Apelação                | Teodomiro Mendez              | 2ª Câmara do 1º Grupo  | 01/12/2008        | Thiago Abrahão de Oliveira/MP | Thiago Abrahão de Oliveira/MP |
| 9154077-04.2006.8.26.0000 | Apelação                | Luís Carlos de Souza Lourenço | 8ª Câmara do 4º Grupo  | 05/02/2009        | Ronildo Rodrigues             | MP                            |
| 9225284-63.2006.8.26.0000 | Apelação                | Maria Tereza do Amaral        | 8ª Câmara do 4º Grupo  | 30/04/2009        | Paulo Rogério Gonçalves       | MP                            |
| 0000849-81.2007.8.26.0048 | Apelação                | Roberto Martins de Souza      | 2ª Câmara do 1º Grupo  | 10/08/2009        | Adalto Doratioto              | MP                            |
| 0024806-36.2008.8.26.0482 | Apelação                | Luis Soares de Mello          | 4ª Câmara do 2º Grupo  | 10/11/2009        | James Michael Barbosa         | MP                            |
| 0001211-86.2006.8.26.0511 | Apelação                | Renê Ricupero                 | 13ª Câmara do 7º Grupo | 26/11/2009        | Andre Fabiano Richena         | MP                            |
| 9195542-85.2009.8.26.0000 | Apelação                | Marcos Zanuzzi                | 5ª Câmara Criminal     | 25/02/2010        | Rafael Lopes Ricci            | MP                            |
| 0068358-13.2006.8.26.0000 | Apelação                | Teodomiro Mendez              | 2ª Câmara do 1º Grupo  | 29/03/2010        | MP                            | Leandro Bernardo e Alex Alves |

| <b>Número do Processo</b> | <b>Tipo de Processo</b> | <b>Relator</b>          | <b>Câmara</b>          | <b>Julgamento</b> | <b>Recorrente</b>                  | <b>Recorrido</b>      |
|---------------------------|-------------------------|-------------------------|------------------------|-------------------|------------------------------------|-----------------------|
| 0006605-93.2008.8.26.0191 | Apelação                | Luis Soares de Mello    | 4ª Câmara do 2º Grupo  | 13/04/2010        | Cleiton Fernandes Siqueira         | MP                    |
| 0052020-39.2008.8.26.0114 | Apelação                | Juvenal Duarte          | 5ª Câmara Criminal     | 20/05/2010        | Rodrigo Freire e Sedrek Sacchi     | MP                    |
| 0008757-63.2005.8.26.0533 | Apelação                | Lúcio Alberto Eneas     | 11ª Câmara             | 06/08/2010        | William dos Santos e Bruno Roberto | MP                    |
| 0017341-40.2009.8.26.0320 | Apelação                | Carlos Bueno            | 10ª Câmara do 5º Grupo | 26/08/2010        | Luciano Rodrigues                  | MP                    |
| 9196410-68.2006.8.26.0000 | Apelação                | Luiz Antonio Cardoso    | 3ª Câmara              | 21/09/2010        | Luiz Marcio Alves/MP               | Luiz Marcio Alves/MP  |
| 0015349-79.2009.8.26.0664 | Apelação                | Tolozza Neto            | 3ª Câmara              | 03/05/2011        | MP                                 | Alex Araujo Tofanelli |
| 0026685-45.2010.8.26.0050 | Apelação                | Salles Abreu            | 4ª Câmara do 2º Grupo  | 07/06/2011        | Carlos Henrique do Santos          | MP                    |
| 0000125-07.2006.8.26.0115 | Apelação                | Rossana Teresa          | 12ª Câmara             | 29/07/2011        | MP                                 | Jonathan Nelson Bisi  |
| 0087898-47.2006.8.26.0000 | Apelação                | Antonio Luiz Pires Neto | 2ª Câmara do 1º Grupo  | 15/08/2011        | MP                                 | Thiago Tazava         |
| 0013475-45.2009.8.26.0604 | Apelação                | Juvenal Duarte          | 5ª Câmara Criminal     | 20/10/2011        | Valdemiro Gonçalves                | MP                    |
| 0055329-71.2005.8.26.0050 | Apelação                | José Raul Gavião        | 6ª Câmara              | 20/10/2011        | MP                                 | Leandro Theophilo     |
| 0058026-97.2009.8.26.0576 | Apelação                | Marco Antonio Marques   | 6ª Câmara              | 27/10/2011        | Everson Vinicio de Oliveira        | MP                    |

| Número do Processo          | Tipo de Processo | Relator                       | Turma/Câmara           | Data do Julgamento | Recorrente  | Recorrido    |
|-----------------------------|------------------|-------------------------------|------------------------|--------------------|---|--------------|
| 9097292-17.2009.8.26.0000   | Apelação         | Marco Antonio Marques         | 6ª Câmara              | 10/11/2011         | Renan de Assis                                      | MP           |
| 0007786-27.2010.8.26.0073   | Apelação         | Luís Carlos de Souza Lourenço | 5ª Câmara Criminal     | 15/12/2011         | Felipe Cristiano                                    | MP           |
| 0003696-43.2005.8.26.0366   | Apelação         | Eduardo Braga                 | 4ª Câmara do 2º Grupo  | 19/06/2012         | Elisa Patrícia Oliveira                             | MP           |
| 0003614-13.2011.8.26.0136   | Apelação         | Márcio Bartoli                | 1ª Câmara              | 13/08/2012         | Rafael Mendonça, Sergio Aparecido e Tiarlhe Martins | MP           |
| 0008725-19.2009.8.26.0533   | Apelação         | Sérgio Coelho                 | 9ª Câmara do 5º Grupo  | 30/08/2012         | Paulo Sergio da Silva                               | MP           |
| 0009116-64.2007.8.26.0073   | Apelação         | Marco Antonio Cogan           | 8ª Câmara do 4º Grupo  | 18/10/2012         | Celso Roberto Mira                                  | MP           |
| 0000778-05.2011.8.26.0286   | Apelação         | Pinheiro Franco               | 5ª Câmara Criminal     | 31/01/2013         | MP  | Renato Alves |
| 0007458-35.2010.8.26.0320-A | Apelação         | Nuevo Campos                  | 10ª Câmara do 5º Grupo | 04/04/2013         | Bruno Klinke e Fernando Silvestre                   | MP           |
| 0007458-35.2010.8.26.0320-B | Apelação         | Nuevo Campos                  | 10ª Câmara do 5º Grupo | 04/04/2013         | Hildebrando Gonçalves                               | MP           |
| 0001842-59.2010.8.26.0650   | Apelação         | Louri Barbeiro                | 8ª Câmara do 4º Grupo  | 11/04/2013         | Amadeu Augusto Jacinto                              | MP           |
| 0045361-75.2010.8.26.0071   | Apelação         | Alexande Almeida              | 11ª Câmara             | 11/04/2013         | Marcelo Fernando dos Santos                         | MP           |
| 0059488-83.2010.8.26.0114   | Apelação         | Marco Antonio Marques         | 6ª Câmara              | 09/05/2013         | Odair Trigo Júnior                                  | MP           |



| <b>Número do Processo</b> | <b>Tipo de Processo</b> | <b>Relator</b>            | <b>Turma/Câmara</b>   | <b>Data do Julgamento</b> | <b>Recorrente</b>             | <b>Recorrido</b>             |
|---------------------------|-------------------------|---------------------------|-----------------------|---------------------------|-------------------------------|------------------------------|
| 0018340-53.2005.8.26.0604 | Apelação                | Fernando Simão            | 2ª Câmara do 1º Grupo | 14/06/2013                | Fredson dos Santos            | MP                           |
| 0000725-16.2012.8.26.0439 | Apelação                | Edison Brandão            | 4ª Câmara do 2º Grupo | 25/06/2013                | Tiago da Silva Veloso         | MP                           |
| 0301661-92.2010.8.26.0000 | Apelação                | Alberto Mariz de Oliveira | 16ª Câmara            | 27/08/2013                | Kleber Rodrigues de Oliveira  | MP                           |
| 0004111-74.2007.8.26.0004 | Apelação                | Péricles Piza             | 1ª Câmara             | 09/09/2013                | Hamilton Aparecido            | MP                           |
| 0002980-19.2010.8.26.0470 | Apelação                | Marco Antonio Marques     | 6ª Câmara             | 26/09/2013                | MP                            | André Faustino da Silva      |
| 0004276-92.2012.8.26.0539 | Apelação                | Renê Ricupero             | 13ª Câmara            | 13/03/2014                | Miller Tito Soares/MP         | Miller Tito Soares/MP        |
| 0000068-37.2011.8.26.0204 | Apelação                | Silmar Fernandes          | 3ª Câmara             | 22/05/2014                | Aparecido Rodrigues Montalvão | MP                           |
| 0111498-34.2012.8.26.0050 | Apelação                | Edison Brandão            | 4ª Câmara do 2º Grupo | 12/08/2014                | MP                            | José Renato Feitosa          |
| 0000188-44.2013.8.26.0161 | Apelação                | Roberto Mortari           | 7ª Câmara             | 12/08/2014                | MP                            | Maria da Conceição Gonçalves |

## ANEXO I

### I. Panorama geral dos acórdãos anteriores à Lei nº 11.343/06

A seguir apresentamos o panorama geral das 67 decisões no que se refere ao perfil dos acusados, às características do processo e às decisões tomadas no âmbito do sistema de justiça.

#### I. 1 Do fato ao crime

##### Perfil do réu

Em 66 dos 67 casos (98,5%) os réus eram do sexo masculino. Apenas um dos acórdãos (1,5%) lidos diz respeito a uma ré do sexo feminino.

Na grande maioria dos casos (52/67 – 77,6%) os réus que enfrentavam a acusação relativa ao cultivo de canábis eram primários. Em apenas 6/67 (8,95%) casos os réus eram reincidentes e em 3/67 (4,5%) possuíam maus antecedentes. Em 6/67 (8,95%) casos não havia indicação expressa dos antecedentes dos réus e tampouco foi possível deduzir a informação a partir da fundamentação da dosimetria das penas.

##### Local do cultivo

Com relação ao local do cultivo, a grande maioria dos casos (61/67 - 91%) diz respeito a plantio realizado no domicílio do réu. 4 casos (6%) tratam de plantios realizados em terrenos baldios, 1 caso (1,5%) trata de plantio realizado em um prédio público (terreno municipal) e 1 caso (1,5%) trata de um plantio realizado às margens do Rio Tietê, em São Paulo.

##### Comunicação do delito/circunstâncias da prisão

A maior parte dos casos tem início com a comunicação do delito a partir de denúncia anônima (40/67 – 60%). Em 7 dos 67 casos (10,5%) o plantio é descoberto em razão do cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido no curso de investigação prévia contra o réu, sendo que em um deles a investigação era para apuração do crime de furto (art.

155 do Código Penal) e nos demais para apuração do crime de tráfico de drogas. Em 6 dos 67 casos (9%) o plantio foi descoberto em razão de denúncia de terceiros identificados (pais, cônjuges ou vizinhos). Em 5 dos 67 casos (7,5%) o plantio foi descoberto pelas autoridades policiais por acaso: casos em que a polícia foi acionada para apurar brigas domésticas ou outros possíveis crimes, tendo sido descoberto o plantio no domicílio do réu de forma não intencional.

Em 2 dos casos (3%) a descoberta do plantio pelas autoridades policiais se deu a partir de abordagens de rotina realizadas na rua. Nestes dois casos os réus foram abordados em posse de drogas ilícitas perto de suas casas, motivando a entrada dos policiais nas residências sob o fundamento de que o tráfico de drogas é crime permanente e autoriza a entrada em domicílio pelas autoridades sem mandado judicial. Ao entrarem nas casas os policiais depararam-se com os cultivos, dando ensejo à prisão em flagrante dos réus, motivando o início do processo penal. Por fim, em 7 dos 67 casos (10,5%) não há a indicação de como o delito chegou ao conhecimento das autoridades policiais.

#### Drogas apreendidas e forma de acondicionamento

Em 65 dos 67 casos (97%) a única droga apreendida foi maconha, na forma de planta ou porção prensada. Em 2 casos (3%) foram apreendidas porções de maconha e crack.

Na maior parte dos casos (42/67 – 62,6%) a maconha apreendida encontrava-se exclusivamente na forma de mudas de planta de *cannabis sativa*. Em 17 dos casos (25,4%) foram apreendidas plantas de canábis e porções prensadas de maconha. Em 3 dos casos (4,5%) foram apreendidas plantas de canábis e cigarros de maconha preparados para consumo e também em 3 dos casos (4,5%) foram apreendidas plantas e sementes de canábis. Em 2 dos casos (3%) houve a apreensão de plantas de canábis e porções de crack.

#### Materiais de preparo e embalo das drogas

Na grande maioria dos casos não foram apreendidos materiais de preparo e embalo de drogas (59/67 – 88%). Nestes casos foram apreendidas apenas as drogas, sem qualquer referência a materiais que pudessem ser utilizados para venda dos produtos. Em 4 casos (6%) foram apreendidos sacos plásticos “comumente utilizados no embalo” de substâncias para venda. Em um dos casos (1,5%) foi apreendida uma balança de precisão, um triturador e um “prensador”. Em um dos casos (1,5%) foi apreendida uma estufa improvisada, em

outro (1,5%) “fita isolante, tesoura e sacos plásticos”. Por fim, em um dos casos (1,5%) foram apreendidas porções de maconha embaladas em pequenas trouxinhas plásticas, tendo isto sido interpretado como apreensão de material de venda de drogas.

### Quantidade de plantas

A informação mais difícil de mensurar com precisão dentro do que me dispus a identificar nos acórdãos é a quantidade de drogas apreendida. Poucos dos acórdãos especificou o peso ou as dimensões das plantas apreendidas. O único denominador comum possível de identificar entre os acórdãos é a identificação do número de plantas.

Este denominador, contudo, tem vários problemas. Como visto no capítulo 3, plantas de canábis podem possuir dimensões completamente diferentes, de modo que um cultivo com dois pés a céu aberto pode ser infinitamente maior do que um cultivo com duas pequenas mudas cultivadas em um armário (GREEN, 2013: 13).

Não é possível determinar com precisão o tamanho de um cultivo e a sua efetiva capacidade de produção de maconha pronta para consumo a partir do número de plantas apreendidas (SCHULTES, 1970: 24-26; THOMAS, 2012: 4). No entanto, na esmagadora maioria dos casos o magistrado identificou a quantidade de drogas a partir do número de plantas de canábis apreendidas. Muito embora isto dificulte a compreensão deste tipo de informação pelo pesquisador, é assim que ela se apresenta nos acórdãos lidos.

Considerando a enorme variação no número de plantas apreendidas (entre 1 e mais de 100) a apresentação das informações no formato de uma tabela ajuda a visualizar e compreender o seu teor:

| Número de plantas | Quantidade de casos | Representação percentual |
|-------------------|---------------------|--------------------------|
| 1                 | 23/67               | 34,2%                    |
| 2                 | 8/67                | 12%                      |
| 3                 | 7/67                | 10,4%                    |
| 4                 | 1/67                | 1,5%                     |
| 5                 | 4/67                | 6%                       |
| 6                 | 1/67                | 1,5%                     |
| 8                 | 1/67                | 1,5%                     |
| 10                | 1/67                | 1,5%                     |
| 12                | 1/67                | 1,5%                     |
| 14                | 1/67                | 1,5%                     |
| 15                | 1/67                | 1,5%                     |
| 20                | 1/67                | 1,5%                     |
| 23                | 1/67                | 1,5%                     |
| 30                | 1/67                | 1,5%                     |
| 32                | 1/67                | 1,5%                     |
| 36                | 1/67                | 1,5%                     |
| 40                | 1/67                | 1,5%                     |
| 42                | 1/67                | 1,5%                     |
| 45                | 1/67                | 1,5%                     |
| + de 100          | 1/67                | 1,5%                     |
| Impreciso         | 7/67                | 10,4%                    |
| Não consta        | 2/67                | 3%                       |

Tabela 2 – Quantidade de plantas apreendidas (Lei nº 6.368/76)

Mesmo considerando todas as dificuldades de mensuração da quantidade de droga apreendida, a maior parte dos casos (43/67 – 64,2%) trata de cultivos de 1 a 5 plantas de canábis.<sup>310</sup>).

## I.2 Do crime à pena

<sup>310</sup> Vale aqui um esclarecimento: não pretendemos afirmar que pequenos cultivos são cultivos de até cinco plantas. Parece-nos, contudo, que à luz dos entendimentos manifestados nas decisões lidas este é um número razoável para qualificar um plantio como pequeno. Pequeno plantio não é, porém, sinônimo de plantio para consumo próprio. Diz respeito apenas às dimensões do cultivo para que possamos ter alguma ideia mais concreta do tipo de situação que vem sendo apreciada no sistema de justiça.

### Prisão em flagrante

Em 59 dos 67 casos (88%) a apreensão das plantas de canábis motivou a prisão em flagrante dos réus. Em apenas um dos casos (1,5%) o cultivo de canábis foi descoberto pelas autoridades policiais sem que o réu tenha sido preso em flagrante. Em 7 dos 67 casos (10,5%) não há indicação desta informação.

### Denúncia

Em 66 dos 67 casos (88,5%) o cultivo foi tipificado na denúncia no art. 12, §1º, II, da Lei nº 6.368/76 como tráfico de drogas. Em 47 destes 66 casos a denúncia tipificou o plantio e a posse de drogas prontas para consumo como crime único, incidindo o disposto no caput ou no §1º, II, do art. 12 da lei. Em 14 destes 66 casos a denúncia apresentada tipificou a posse de drogas e o cultivo de canábis em concurso material como duas modalidades de tráfico (art. 12 caput c.c. art. 12, §1º, II da Lei nº 6.368/76, na forma do art. 69 do Código Penal). Em 2 destes 66 casos a denúncia reconheceu a existência de concurso material entre o plantio, enquanto modalidade do tráfico de drogas, e a posse de drogas, enquanto modalidade do crime de porte para consumo (art. 12, §1º, II c.c. art. 16 da Lei nº 6.368/76, na forma do art. 69 do Código Penal). Nos outros 3 destes 66 casos a denúncia tipificou o plantio em concurso material com outros crimes (p. ex. associação para o tráfico ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito).

Em apenas 1 dos 67 casos (1,5%) a denúncia tipificou o cultivo de canábis no art. 16 da Lei nº 6.368/76, como porte de drogas para consumo pessoal.

A tipificação de dois ou mais crimes em concurso material tem implicações significativas na pena que pode ser aplicada. Nos termos do art. 69 do Código Penal, a tipificação de dois fatos em concurso material implica a soma das penas que seriam aplicadas para os crimes individualmente. Assim, se a pena mínima para tráfico na Lei nº 6.368/76 é de 3 anos, a tipificação da posse e do cultivo como dois crimes de tráfico de drogas em concurso material implica reconhecer que a pena mínima a ser determinada pelo juiz é de 6 anos.

### Perfil das decisões de 1ª instância

Em 6 dos 67 casos (9%) a sentença de 1ª instância determinou a absolvição dos réus quanto às acusações relativas ao plantio de canábis. Nestes 6 casos, 4 decisões reconheceram

a atipicidade do plantio para consumo (art. 386, III do Código de Processo Penal), alinhando-se com a terceira corrente interpretativa dos dispositivos da Lei nº 6.368/76 indicada acima, e 2 decisões determinaram a absolvição do réu por insuficiência de provas (art. 386, VII, do Código de Processo Penal) . Em todos estes casos o plantio havia sido tipificado na denúncia como tráfico de drogas (art. 12, §1º, II, da Lei nº 6.368/76).

Em 14 dos 67 casos (21%) a sentença de primeira instância tipificou o cultivo de canábis no art. 16 da Lei nº 6.368/76 como posse para consumo pessoal, alinhando-se à segunda corrente interpretativa dos dispositivos da antiga lei de drogas e modificando os termos da denúncia.

Em 47 dos 67 casos (70%) a sentença tipificou o cultivo de canábis no art. 12, §1º, II da Lei nº 6.368/76, reconhecendo o crime de tráfico de drogas. Em 1 destes 47 casos, conquanto o plantio tenha sido tipificado como tráfico de drogas, foi determinada a absolvição do réu em razão do reconhecimento da sua inimputabilidade, nos termos do que dispõe o art. 386, VI, do Código de Processo Penal. Neste caso, na sentença foi determinada a internação do réu em instituição médica por prazo mínimo de 3 anos.

#### Recurso em liberdade?

Em 43 dos 67 (64,1%) casos os réus estavam presos no momento do julgamento da apelação, ao passo que em 20 dos 67 casos (29,9%) os réus recorriam em liberdade. Em um dos casos (1,5%) o réu encontrava-se internado em instituição médica quando do julgamento da apelação. Por fim, em 3 das 67 decisões (4,5%) não há indicação da situação processual do réu quando do julgamento do recurso.

#### Decisão de 2ª instância

Em 8 dos 67 casos (12%) o tribunal determinou a absolvição dos réus quanto à acusação referente ao plantio de canábis. Destes 8 acórdãos, 5 reconheceram a atipicidade do cultivo para consumo próprio, alinhando-se com a terceira corrente interpretativa da Lei nº 6.368/76 (absolvição com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal) e 3 determinaram a absolvição em razão da inexistência de provas suficientes para condenação criminal (absolvição com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal). Dentre estes 8 casos de absolvição, em 4 deles o tribunal reformou a decisão que havia sido

tomada em primeira instância, determinando a condenação por tráfico, e em 4 deles manteve o que se havia determinado.

Em 26 dos 67 acórdãos (39%) o cultivo de canábis foi tipificado no art. 16 da Lei nº 6.368/76 como porte de drogas para consumo próprio, alinhando-se as decisões à segunda corrente interpretativa da lei.

Em 33 dos 67 acórdãos (49%) o cultivo foi tipificado no art. 12, §1º, II, da Lei nº 6.368/76 como tráfico de drogas. Dentre estes 33 acórdãos, porém, em um caso o plantio foi tipificado como tráfico, mas foi determinada a absolvição do réu em razão do reconhecimento da sua inimputabilidade (art. 386, VI, do Código de Processo Penal).

#### Provas referidas nos acórdãos

Em 39 dos 67 casos (58,2%) os acórdãos fazem referência à existência de três tipos de prova nos autos: drogas e materiais apreendidos, depoimento judicial dos policiais que efetuaram a prisão e depoimento judicial de terceiros. Em 27 dos 67 casos (40,3%) há referência apenas a dois tipos de prova nos autos: drogas e materiais apreendidos e depoimento judicial dos policiais que efetuaram a prisão. Ainda, em um dos casos (1,5%) o acórdão faz referência apenas às drogas e materiais apreendidos e ao depoimento do réu durante o interrogatório judicial.

#### Elementos considerados na fundamentação dos acórdãos

Em 64 dos 67 casos (95,5%) os depoimentos dos policiais foram aceitos como prova e seu teor foi utilizado na fundamentação das decisões. Em 2 casos (3%) os depoimentos dos policiais não foram aceitos como prova, tendo sido desconsiderados na fundamentação das decisões. Em 1 caso (1,5%) o depoimento dos policiais foi aceito como prova mas foi considerado insuficiente para fundamentar a condenação criminal, dando ensejo à absolvição do réu com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Em 50 dos 67 acórdãos (74,6%) há referência expressa à quantidade de drogas apreendida na fundamentação da tipificação penal. Em 17 acórdãos (25,4%) a quantidade é desconsiderada, argumentando-se ser ela irrelevante para tipificação do cultivo de canábis. Nestes casos prevaleceu o entendimento de que qualquer plantio de canábis deveria ser, à luz da Lei nº 6.368/76, tipificado como tráfico de drogas, nos termos do art. 12, §1º, II da lei.



Este entendimento alinha-se com a primeira corrente interpretativa dos dispositivos da antiga lei de drogas no que concerne ao plantio de drogas.

Em 56 dos 67 acórdãos (83,6%) não há qualquer referência à forma de acondicionamento das drogas na tipificação penal. Em 11 acórdãos (16,4%), contudo, a forma de acondicionamento das drogas (prensagem, armazenamento em pequenas porções, etc.) é mencionada expressamente como fundamento da tipificação penal.

Em 62 dos 67 acórdãos (92,5%) não há qualquer referência às “circunstâncias pessoais e sociais”<sup>311</sup> do réu. Uma consideração aqui é necessária: a Lei nº 6.368/76 não faz referência à expressão “circunstâncias sociais e pessoais” do agente na determinação das condições que devem ser consideradas para tipificação dos crimes ali previstos.

O art. 37, caput, da Lei nº 6.368/76 dispõe que a autoridade competente atenderá “à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” para fundamentação da tipificação penal.

A expressão “circunstâncias sociais e pessoais” do agente é referida no §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06 para determinação dos elementos que devem ser considerados na tipificação penal dos crimes previstos na nova lei de drogas. Conquanto a expressão não seja mencionada expressamente na Lei nº 6.368/76, entendemos ser interessante para a pesquisa buscar identificar se os acórdãos fariam alguma referência a estes elementos na fundamentação da tipificação penal.

Em 5 acórdãos (7,5%) foi possível inferir considerações sobre circunstâncias pessoais e sociais do réu. Nestes 5 casos há um desfecho mais favorável ao réu: em 3 casos o tribunal determinou a absolvição quanto à acusação relativa ao plantio reconhecendo que o cultivo se destinava a consumo próprio e, portanto, a conduta seria atípica; em 1 caso o tribunal desclassificou a conduta tal como prevista na denúncia, reconhecendo que o plantio para consumo deveria ser tipificado no art. 16 da Lei nº 6.368/76; em 1 caso o cultivo foi

---

<sup>311</sup> A Lei nº 6.368/76 não faz referência à expressão “circunstâncias sociais e pessoais” do agente na determinação das condições que devem ser consideradas para tipificação dos crimes ali previstos. O art. 37, caput, da lei dispõe que a autoridade competente atenderá “à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” para fundamentação da tipificação penal. A expressão “circunstâncias sociais e pessoais” do agente é referida no §2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06 para determinação dos elementos que devem ser considerados na tipificação penal dos crimes previstos na nova lei de drogas. Conquanto a expressão não seja mencionada expressamente na Lei nº 6.368/76, entendi ser interessante para a pesquisa buscar identificar se os acórdãos fariam alguma referência a estes elementos na fundamentação da tipificação penal.

tipificado como tráfico (art. 12, §1º, II) mas foi determinada a absolvição do réu em razão do reconhecimento da sua inimputabilidade (art. 386, VI, CPP).

Em 36 acórdãos (53,7%) o princípio *favor rei*<sup>312</sup> é expressamente mencionado pelo tribunal, ao passo que em 31 acórdãos (46,3%) não há qualquer referência. Dentre os 36 acórdãos que mencionam o princípio, 26 deles o utilizam para fundamentar a tipificação penal do cultivo no art. 16 da Lei nº 6.368/76, 8 deles para fundamentar a absolvição dos réus e outros 2 para fundamentar o afastamento do concurso material entre dois crimes de tráfico (nas modalidades porte e plantio) que havia sido reconhecido em primeira instância.

### Pena aplicada

Em 8 acórdãos os réus foram absolvidos da acusação relativa ao cultivo de canábis não tendo sido imposta nenhuma pena. Em 1 acórdão, conquanto o cultivo tenha sido tipificado no art. 12, §1º, II da Lei nº 6.368/76, o réu foi absolvido pelo reconhecimento da sua inimputabilidade (art. 386, VI, CPP), determinando-se sua internação em instituição médica por prazo mínimo de 3 anos. A distribuição das penas aplicadas nos casos em que o cultivo de canábis foi tipificado no art. 16 da antiga lei de drogas pode ser assim representada:

---

<sup>312</sup> Notamos que parte significativa dos acórdãos referia-se aos princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e *favor rei* como sinônimos, utilizando a nomenclatura indiscriminadamente. Entendemos, contudo, que o princípio a que se referiam é o *favor rei*, concebido na forma que definimos anteriormente neste trabalho (cf. nota 55, supra). Isso porque a referência ao princípio que nos pareceu mais relevante para este trabalho diz respeito à sua utilização como fundamento para capitulação penal menos gravosa nos casos de cultivo. Ou seja, nos casos em que havia controvérsia com relação à finalidade do cultivo, a aplicação do princípio *favor rei* conduziria à tipificação penal menos gravosa – o plantio para consumo. É esse aspecto que destacamos no trabalho. Ressaltamos que a aplicação dos princípios *in dubio pro reo* e da presunção de inocência é mais consistente com a análise sobre absolvição ou condenação, e menos consistente com a noção de interpretação menos gravosa ao réu. Assim, é possível afirmar que nos 8 casos do banco n<sup>1</sup> em que foi determinada a absolvição, o fundamento principiológico aludido nas decisões refere-se tanto à presunção de inocência quanto ao princípio *favor rei*. Isso porque, como destacamos anteriormente neste trabalho, concebemos o princípio *favor rei* como um gênero do qual a presunção de inocência é espécie.

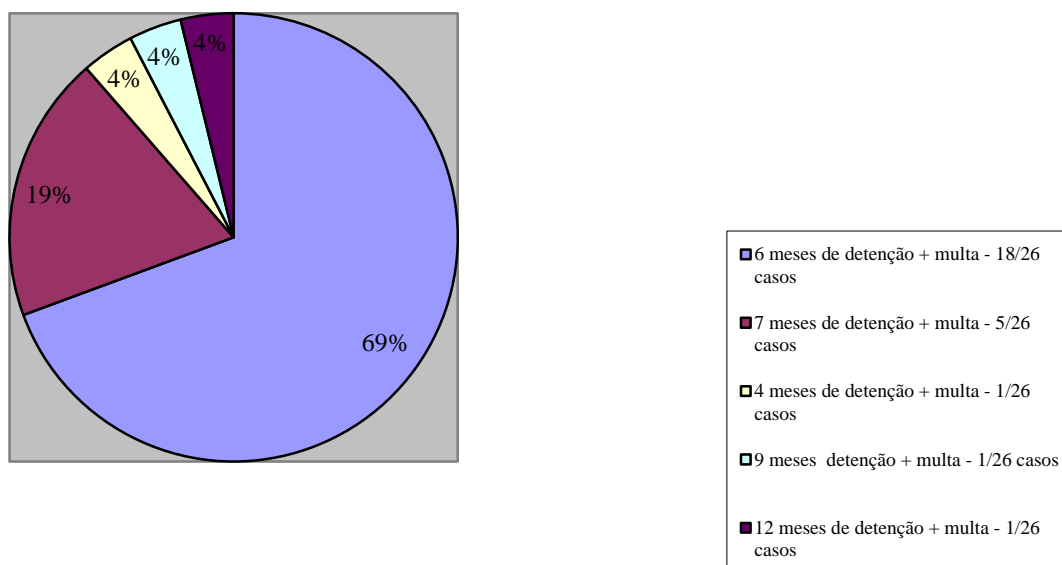


Gráfico 1 – Penas aplicadas aos casos de cultivo para consumo próprio (Lei nº 6.368/76)

Houve um único caso em que a pena aplicada era inferior ao mínimo previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76 (6 meses de detenção). Neste caso, a pena aplicada foi de 4 meses de detenção e o fundamento para tanto foi o reconhecimento da semi-imputabilidade do réu, à luz do que dispõe o parágrafo único do art. 26 do Código Penal<sup>313</sup>.

A distribuição das penas aplicadas aos casos em que o cultivo foi tipificado no art. 12, §1º, II, da antiga lei de drogas pode ser assim representada:

<sup>313</sup> “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

### Penas aplicadas aos casos de cultivo para fins de tráfico

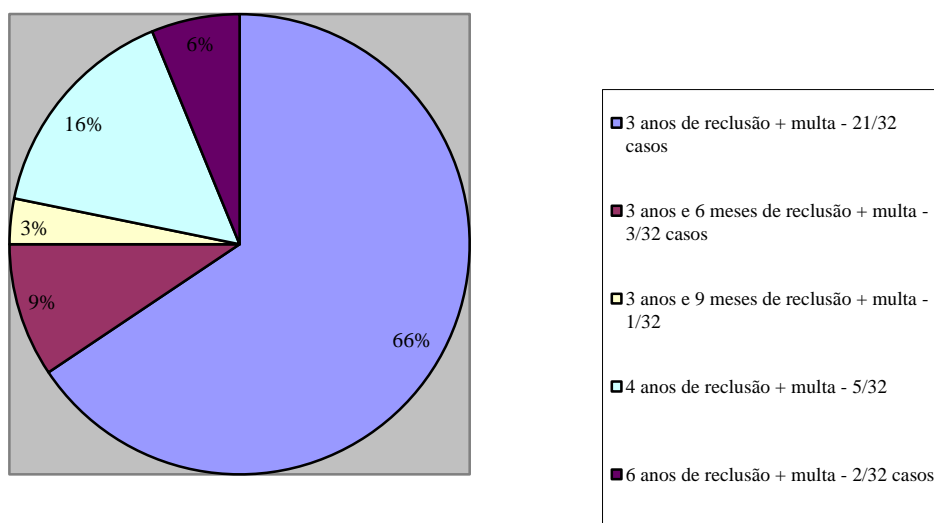


Gráfico 2 – Penas aplicadas aos casos de cultivo para fins de tráfico (Lei nº 6.368/76)

## II. Panorama geral dos acórdãos posteriores à Lei nº 11.343/06

A seguir apresentamos o panorama geral das 68 decisões no que se refere ao perfil dos acusados, às características do processo e às decisões tomadas no âmbito do sistema de justiça.

### II.1 Do fato ao crime

#### Perfil dos réus

Na esmagadora maioria dos casos os réus que enfrentavam a acusação relativa ao plantio de canábis eram do sexo masculino (65/68 – 95,8%). Apenas três acórdãos (4,2%) tratavam de processos penais instaurados contra mulheres.

Na maioria dos casos os réus eram considerados primários (53/68 – 77,9%). Em 9 dos 68 casos (13,2%) os réus eram considerados reincidentes e em 4 (5,9%) considerados possuidores de maus antecedentes. Em 1 caso (1,5%) o réu era considerado reincidente e com maus antecedentes. Em um dos casos (1,5%) não havia identificação expressa dos antecedentes do réu, tampouco foi possível deduzir a informação a partir da fundamentação da dosimetria da pena.

#### Local do cultivo

A grande maioria dos casos (63/68 – 92,6%) trata de cultivos de canábis realizados no domicílio do réu. Em apenas 3 casos (4,1%) o cultivo foi feito em terrenos baldios. Em 2 casos (3,3%) o cultivo foi realizado em propriedades de terceiros.

#### Comunicação do delito/circunstâncias da prisão

A maior parte dos casos tem início com a comunicação do delito a partir de denúncia anônima (47/68 – 69,1%). Em 10 dos 68 casos (14,7%) o plantio é descoberto em razão do cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido no curso de investigação prévia contra o réu, sendo que em um deles a investigação era para apuração do crime de furto (art. 155 do Código Penal) e nos demais para apuração do crime de tráfico de drogas. Em 8 dos 68 casos (11,7%) o plantio é descoberto após abordagem de rotina feita por policiais em vias públicas. Nestes casos os réus foram abordados em posse de drogas ilícitas perto de suas casas, motivando a entrada dos policiais nas residências sob o fundamento de que o tráfico de drogas é crime permanente e autoriza a entrada em domicílio pelas autoridades sem mandado judicial.

Em um dos casos (1,5%) o plantio foi descoberto por acaso quando policiais diligenciavam para apuração de denúncia de roubo. Neste caso, o réu havia sido indicado como suspeito de ter praticado um roubo e os policiais diligenciaram até sua casa para investigar a informação. Quando o encontraram em casa, depararam-se com um cultivo de canábis, motivando sua prisão em flagrante e dando início à persecução penal.

Em um dos casos (1,5%) o cultivo de canábis foi descoberto após a delação do réu feita por terceiro que enfrentava processo penal diverso, também relativo a tráfico de drogas.

As autoridades foram informadas de que o réu cultivava canábis em sua casa e, em posse da informação, descobriram o plantio.

Por fim, em um dos casos (1,5%) o cultivo foi descoberto a partir de fotos que estavam em um celular apreendido por policiais. Durante uma operação policial rotineira alguns indivíduos foram presos e tiveram seus celulares apreendidos. Em um deles havia uma série de fotos de uma plantação de canábis. Os indivíduos indicaram aos policiais o endereço da residência em que se encontrava o cultivo, motivando a diligência que culminou na apreensão das plantas e a prisão do acusado.

### Drogas apreendidas e forma de acondicionamento

Em 58 dos 68 casos (85,3%) a única droga apreendida foi maconha, na forma de planta ou porção prensada. Em 5 dos 68 casos (7,3%) foram apreendidas porções de maconha e crack e em 3 (4,4%) porções de maconha, crack e cocaína. Em 1 dos casos (1,5%) foram apreendidas porções de maconha e selos de LSD (ácido lisérgico) e em outro (1,5%) porções de maconha e cocaína.

As drogas apreendidas estavam acondicionadas de formas distintas. Considerando que a seleção dos acórdãos focalizou casos em que a discussão sobre a tipificação do plantio de canábis era central, a apreensão de plantas de canábis e porções prensadas de maconha prevaleceu. A forma de acondicionamento das drogas apreendidas nos casos estudados pode ser apresentada da seguinte maneira:

| Forma de acondicionamento                     | Número de casos | Representação percentual |
|---|-----------------|--------------------------|
| Apenas plantas e flores secas                 | 33/68           | 48,5%                    |
| Plantas e porções prensadas                   | 23/68           | 33,8%                    |
| Plantas e porções de crack                    | 3/68            | 4,4%                     |
| Plantas e porções de crack e cocaína          | 3/68            | 4,4%                     |
| Plantas, porções prensadas e porções de crack | 2/68            | 2,9%                     |
| Plantas e cigarros de maconha                 | 1/68            | 1,5%                     |
| Plantas e selos de LSD                        | 1/68            | 1,5%                     |
| Plantas e porções de cocaína                  | 1/68            | 1,5%                     |
| Plantas e “bolinhas” de haxixe                | 1/68            | 1,5%                     |

Tabela 3 – Forma de acondicionamento das drogas apreendidas (Lei nº 11.343/06)

### Materiais de preparo e embalo das drogas

Na maioria dos casos não foram apreendidos materiais de preparo e embalo de drogas (44/68 – 64,8%). Nestes casos foram apreendidas apenas as drogas, sem qualquer referência a materiais que pudessem ser utilizados para venda dos produtos. Em 9 dos 68 casos (13,2%) foram apreendidas balanças de precisão, invólucros plásticos e cadernos de anotações, sendo que em um deles também foi apreendida grande quantidade de “dinheiro trocado” (R\$ 2.730,00).

Em 4 dos 68 casos (5,9%) foram apreendidos sacos plásticos, papel alumínio e fita adesiva. Muito embora estes sejam materiais presentes em praticamente todas as casas, a existência do cultivo de canábis nas residências ensejou a interpretação pelos magistrados de que estes materiais seriam destinados ao embalo e preparo de drogas para venda. Em 3 casos (4,4%) foram apreendidos objetos de valor (relógios, notebook, celulares) e grande quantidade em dinheiro (não especificada). Conquanto não se trate de materiais de embalo e venda propriamente ditos, entendeu-se que eles seriam fruto da venda habitual de drogas por parte dos réus. Em 2 casos (2,9%) foram apreendidas estufas e luminárias e outros 2 (2,9%) materiais para cultivo, como baldes, pás e fertilizantes.

Por fim, em 4 dos 68 (5,9%) casos foram apreendidos materiais referidos como “petrechos [sic] para industrialização artesanal” de drogas.

### Quantidade de plantas

Aqui é mais uma vez necessária uma ressalva importante: a quantidade de droga apreendida foi a informação mais difícil de identificar com precisão nos acórdãos. Poucas decisões especificam o peso ou as dimensões das plantas apreendidas. O único denominador comum possível de identificar entre os acórdãos é a identificação do número de plantas.

Considerando a enorme variação no número de plantas apreendidas (entre 1 e 246) a apresentação das informações no formato de uma tabela ajuda a visualizar e compreender o seu teor:

| Quantidade de plantas | Número de casos | Representação percentual |
|-----------------------|-----------------|--------------------------|
| 1                     | 25/68           | 36,7%                    |
| 2                     | 10/68           | 14,7%                    |
| 3                     | 5/68            | 7,3%                     |
| 4                     | 1/68            | 1,5%                     |
| 5                     | 1/68            | 1,5%                     |
| 6                     | 4/68            | 5,9%                     |
| 7                     | 2/68            | 2,9%                     |
| 9                     | 2/68            | 2,9%                     |
| 10                    | 1/68            | 1,5%                     |
| 11                    | 1/68            | 1,5%                     |
| 12                    | 2/68            | 2,9%                     |
| 14                    | 1/68            | 1,5%                     |
| 15                    | 2/68            | 2,9%                     |
| 18                    | 1/68            | 1,5%                     |
| 19                    | 1/68            | 1,5%                     |
| 20                    | 1/68            | 1,5%                     |
| 31                    | 1/68            | 1,5%                     |
| 38                    | 2/68            | 2,9%                     |
| 246                   | 1/68            | 1,5%                     |
| Não especificado      | 4/68            | 5,9%                     |

Tabela 4 – Quantidade de plantas apreendidas (Lei nº 11.343/06)

A maior parte dos casos aqui envolve cultivos de 1 a 6 plantas de canábis (42/68 – 67,6%).

## II.2 Do crime à pena

### Prisão em flagrante

Em 57 dos 68 casos (83,8%) a apreensão das plantas de canábis motivou a prisão em flagrante dos réus. Em 7 dos casos (10,3%) o cultivo de canábis foi descoberto pelas autoridades policiais sem que os réus tenham sido presos em flagrante. Em um dos casos



(1,5%) o réu não foi preso em flagrante, mas teve sua prisão temporária decretada pelo juízo competente do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO) tão logo fora aberto inquérito policial para investigação do cultivo de canábis descoberto. Por fim, em 3 dos casos (4,4%) não há qualquer informação sobre a prisão do réu antes da sentença em primeira instância.

### Denúncia

Em 64 dos 68 casos (94,1%) o cultivo foi tipificado pela denúncia no art. 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06 como tráfico de drogas. Em 27 destes 64 casos a denúncia tipificou o cultivo e a posse de drogas como crimes autônomos, em concurso material (art. 33, *caput*, c.c. art. 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06, em concurso material, na forma do art. 69 do Código Penal).

Em 4 dos 68 casos (5,9%) a denúncia tipificou o cultivo de canábis no art. 28, §1º, da Lei nº 11.343/06, entendendo-se tratar de plantio para consumo próprio.

### Perfil das decisões de 1ª instância

Em 5 dos 68 casos (7,3%) a sentença de 1ª instância determinou a absolvição dos réus quanto às acusações relativas ao plantio de canábis. Dentre estes 5 casos, 4 decisões reconheceram a atipicidade do plantio para consumo (art. 386, III do Código de Processo Penal), alinhando-se com a terceira corrente interpretativa dos dispositivos da Lei nº 6.368/76<sup>314</sup>.

Nestes casos os fatos haviam ocorrido durante a vigência da antiga lei de drogas e os magistrados entenderam ser incabível a aplicação da Lei nº 11.343/06 porque à luz da lei anterior o cultivo de canábis para consumo pessoal seria fato atípico. Como esta interpretação leva a uma solução jurídico-penal mais benéfica aos réus, optou-se por afastar a aplicação da nova lei, entendendo-se que ela não poderia retroagir, sob pena de gerar prejuízo ao réu, violando o disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal e no art. 2º do Código Penal. Em 1 destes 5 casos a absolvição em primeira instância foi fundamentada na insuficiência de provas (art. 386, VII, do Código de Processo Penal).

---

<sup>314</sup> Cf. capítulo 3.1, *supra*.

Em 19 dos 68 casos (27,9%) a sentença de primeira instância tipificou o cultivo de canábis no art. 28, §1º, da Lei nº 11.343/06, reconhecendo que o plantio destinava-se a consumo pessoal.

Em 44 dos 68 casos (64,7%) a sentença tipificou o cultivo de canábis no art. 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06, reconhecendo tratar-se de situação de cultivo para fins de tráfico.

#### Recurso em liberdade?

Em 40 dos 68 casos (58,9%) os réus estavam presos no momento do julgamento da apelação, ao passo que em 26 dos 68 casos (38,2%) os réus recorriam em liberdade. Em 2 das 68 decisões (2,9%) não há indicação da situação processual do réu quando do julgamento do recurso.

Se considerarmos que em 57 dos 68 casos os acusados haviam sido presos em flagrante, temos que apenas 17 conseguiram responder o processo em liberdade até a apelação.

#### Decisão de 2ª instância

Em 4 dos 68 casos (5,9%) o tribunal determinou a absolvição dos réus quanto à acusação referente ao cultivo de canábis. Em um destes quatro casos, contudo, o réu ainda foi condenado por tráfico de drogas pela posse de porções de maconha prensada, tendo sido a absolvição quanto ao cultivo fundamentada na inexistência de provas de autoria (art. 386, V, do Código de Processo Penal). Em outros dois casos a absolvição foi fundamentada na insuficiência de provas (art. 386, VII, do CPP). Houve ainda um último caso em que a absolvição foi fundamentada na atipicidade da conduta (art. 386, III, do CPP) que havia ocorrido durante a vigência da Lei nº 6.368/76. Aqui também se optou por afastar a aplicação da nova lei de drogas porque a interpretação dos magistrados a respeito da lei antiga forneceu uma solução jurídico-penal mais favorável ao réu.

Em 29 dos 68 acórdãos (42,6%) o cultivo de canábis foi tipificado no art. 28, §1º, da Lei nº 11.343/06, reconhecendo-se tratar de plantio para consumo próprio. Em 2 destes 29 casos, contudo, os réus foram condenados por tráfico de drogas em razão da posse de substâncias ilícitas, tendo sido apenas o plantio entendido como para consumo pessoal.

Em 35 dos 68 acórdãos (51,5%) o cultivo foi tipificado no art. 33, §1º, II, da Lei nº 11.343/06, entendendo-se tratar de plantio para fins de tráfico.

#### Aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06

Em 38 casos houve a condenação dos réus por tráfico de drogas - 35 casos referentes ao cultivo e 3 casos em que a condenação por tráfico se fundamentou na posse de drogas para fim de fornecimento a terceiros, mas não no cultivo. Nestes casos foi determinada a absolvição quanto à incriminação do cultivo, mas houve condenação por tráfico de drogas em razão da apreensão de drogas (não plantas) com os acusados.

Em 12 destes 38 casos o tribunal entendeu ser cabível a aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, determinando-se a redução da pena prevista para o tráfico de drogas. O §4º autoriza a redução da pena de 1/6 a 2/3. Destes 12 acórdãos: 3 fixaram a redução da pena em 1/6; 3 fixaram a redução da pena em 1/2; 6 fixaram a redução da pena em 2/3.

Em 26 dos 38 casos não foi aplicada a redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova lei de drogas.

#### Provas referidas nos acórdãos

Em 46 dos 68 casos (67,6%) os acórdãos fazem referência à existência de três tipos de prova nos autos: drogas e materiais apreendidos, depoimento judicial dos policiais que efetuaram a prisão e depoimento judicial de terceiros. Em 15 dos 68 casos (22%) há referência às drogas e materiais apreendidos, ao depoimento judicial dos policiais que efetuaram as prisões e aos depoimentos dos réus em seus interrogatórios judiciais. Em 2 destes 15 casos há referência à confissão do réu no curso do interrogatório judicial.

Em 3 dos 68 casos (4,4%) há referência às drogas apreendidas, depoimentos judiciais dos policiais e de terceiros e ao conteúdo da degravação de escutas telefônicas. Em outros 2 casos (2,9%) há referência aos depoimentos judiciais dos policiais e de terceiros, bem como às drogas apreendidas e também a armas localizadas em posse dos réus nas diligências policiais.

Por fim, em um dos casos (1,5%) há referência à droga apreendida e ao depoimento judicial dos policiais, bem como há referência a um depoimento extrajudicial fornecido por terceiro perante as autoridades policiais. Ainda, há um caso (1,5%) em que se faz referência à droga apreendida, ao depoimento judicial dos policiais e a registros telefônicos obtidos em outro processo penal contra terceiro.

É possível afirmar, portanto, que os únicos tipos de prova que se apresentam em todos os casos são as plantas e materiais apreendidos e o depoimento judicial dos policiais que efetuaram a prisão.

#### Elementos considerados na fundamentação dos acórdãos

Em 64 dos 68 casos (94,1%) os depoimentos dos policiais foram aceitos como prova e seu teor foi utilizado na fundamentação das decisões. Em 3 casos (4,4%) o depoimento dos policiais foi aceito enquanto prova mas considerado insuficiente para fundamentar a condenação criminal. Em um caso (1,5%) o depoimento dos policiais não foi aceito como prova em razão de contradições nas versões apresentadas pelos agentes.

Em 58 dos 68 acórdãos (85,3%) há referência expressa à quantidade de droga apreendida na fundamentação da tipificação penal. Em 10 acórdãos (14,7%) não há referência à quantidade de droga apreendida na tipificação penal. Nestes casos, muito embora haja indicação no acórdão da quantidade de droga apreendida, esta informação não é utilizada expressamente pelos magistrados na fundamentação das decisões, recorrendo-se a outros elementos para justificar a imputação penal.

Em 44 dos 68 acórdãos (64,7%) não há qualquer referência à forma de acondicionamento das drogas na tipificação penal.

Os outros 24 acórdãos (35,3%) fazem referência ao acondicionamento das drogas apreendidas enquanto elemento relevante para a tipificação penal. Destes 24 acórdãos, 19 não explicitam a razão pela qual consideram que a forma de acondicionamento seria, nos casos concretos, relevante para a tipificação. Há nestes casos apenas assertivas genéricas indicando que o modo de armazenamento das substâncias seria típico do tráfico de drogas.

Em 3 destes 24 acórdãos a existência de tabletes prensados de maconha é interpretada expressamente como indício de que os acusados praticam o crime de tráfico de drogas. Em um destes 24 acórdãos a existência de uma estufa no domicílio do acusado foi interpretada como indício de tráfico. Por fim, um último acórdão referiu-se à existência de “pinos” de cocaína e plantas de canábis como indicador da destinação de fornecimento a terceiros das drogas.

Em 59 dos 68 acórdãos (86,8%) não há referência expressa às “circunstâncias pessoais e sociais”<sup>315</sup> e à conduta do réu.

---

<sup>315</sup> Expressão referida no art. 28, §2º da Lei nº 11.343/06.

Em 3 dos 68 acórdãos (4,4%) há a indicação de que o réu possui condição social desfavorecida, o que impediria o dispêndio de grande quantia em dinheiro para aquisição de drogas para consumo próprio. Nestes casos entendeu-se que a condição social do réu seria incompatível com o estoque de quantidades relevantes de drogas com único fim de consumo próprio, o que foi considerado indício de que o cultivo e a posse de drogas destinavam-se ao tráfico.

Em 3 acórdãos (4,4%) há indicação de que o réu cooperou ao longo do processo penal e possui bons antecedentes, fatos que foram interpretados em seu benefício para tipificação do cultivo para consumo próprio. Em 2 acórdãos (2,9%) há a informação de que os réus exercem atividades remuneradas e de que não há indício de que se dedicam a atividades criminosas. Em um caso (1,5%) há indicação de que o réu já havia sido condenado por tráfico de drogas, tendo este fato sido considerado na tipificação do cultivo no art. 33, §1º, da nova lei de drogas.

Em 38 dos 68 acórdãos (55,9%) não há qualquer referência ao princípio *favor rei*<sup>316</sup>, ao passo em que em 30 acórdãos (44,1%) o princípio é expressamente mencionado. Dentro os 30 acórdãos que mencionam o princípio, 4 o utilizam para fundamentar a absolvição e os outros 26 são utilizados para fundamentar a tipificação penal do cultivo para consumo próprio.

Há menção expressa ao teor de depoimentos judiciais de terceiros em 36 dos 68 acórdãos (52,9%). Na maior parte dos casos os terceiros interrogados em juízos eram familiares e vizinhos do acusado. O conteúdo dos depoimentos foi, nestes casos, reproduzido parcialmente nos acórdãos e utilizado enquanto fundamento expresso da tipificação penal. Um dos acórdãos (1,5%) faz referência a um depoimento extrajudicial de terceiro cuja validade se justifica por ele não ter sido “contradito pelas provas”.

Em 31 dos 68 acórdãos (45,6%) o teor dos depoimentos de terceiros – sobretudo familiares e amigos - não é utilizado na fundamentação da decisão.

A existência de concurso material na denúncia e na sentença de primeiro grau é considerada elemento relevante para tipificação penal em 3 dos 68 acórdãos (4,4%). Nestes casos entendeu-se que o concurso material com outros crimes, como posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, é um fator relevante que indica fortemente que o réu se dedica ao tráfico de drogas.

---

<sup>316</sup> Cf. nota de rodapé 93, supra.

### Pena aplicada

Em 4 acórdãos os réus foram absolvidos da acusação relativa ao cultivo de canábis não tendo sido imposta nenhuma pena para esta conduta. Em 1 acórdão, conquanto tenha sido determinada a absolvição com relação à acusação sobre o plantio de canábis, houve a condenação do réu por tráfico de drogas em razão da posse de substâncias ilícitas.

Em 29 acórdãos o cultivo de canábis foi tipificado no art. 28, §1º, da Lei nº 11.343/06, reconhecendo-se tratar de situação de plantio para consumo próprio. Em 2 destes 29 acórdãos, porém, persistiu a condenação dos réus por tráfico de drogas (art. 33, caput, da nova lei) em razão da posse de substâncias ilícitas. Nos demais 27 casos foram aplicadas penas alternativas ou foi reconhecida a prescrição: em 4 casos foi aplicada a pena de advertência (admoestação verbal), em 5 casos a pena de detenção de 6 meses mais multa e nos outros 18 a pena de prestação de serviços comunitários. Nos casos em que se determinou a pena de detenção à luz da Lei nº 6.368/76, contudo, foi reconhecida a prescrição, extinguindo-se a punibilidade dos réus.

Assim, em 38 dos 68 casos houve a condenação dos réus pelo crime de tráfico de drogas. A distribuição das penas aplicadas nos casos em que o cultivo de canábis foi tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/06 pode ser assim representada:

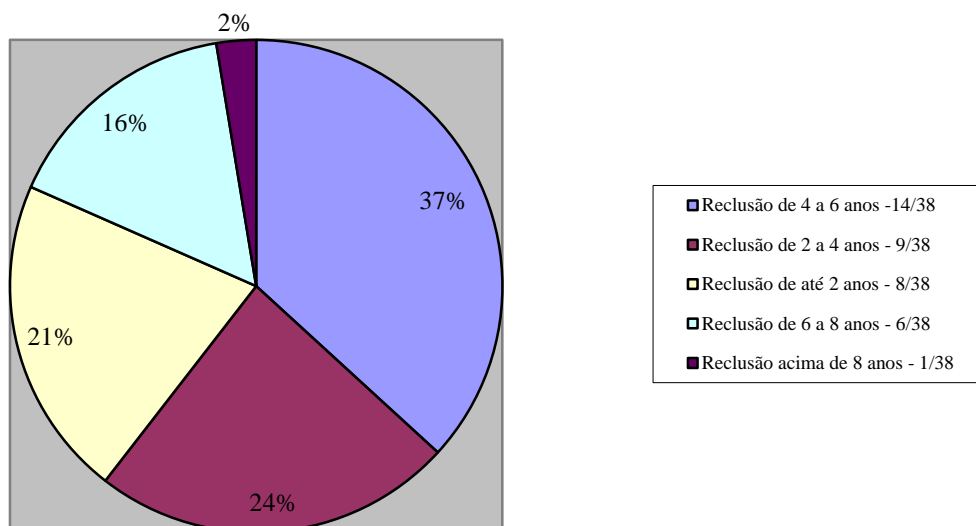


Gráfico 3 – Penas aplicadas aos casos de tráfico de drogas (Lei nº 11.343/06)

A existência de condenações com aplicação de penas inferiores à pena mínima prevista no art. 33 da Lei de Drogas (5 anos) se justifica em razão das possibilidades de redução previstas no §4º<sup>317</sup> do mesmo dispositivo. O §4º do art. 33 permite a redução das penas de 1/6 a 2/3 nos casos em que o agente é primário, de bons antecedentes e não se dedica às atividades criminosas nem integra nenhuma organização criminosa. Assim, o dispositivo permite que opere a redução para fixação de penas entre 1 ano e 8 meses e 4 anos.

Em 33 dos 38 casos em que houve condenação a penas de reclusão foi fixado o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda. Em 2 casos foi fixado o regime aberto e em um caso o regime semi-aberto. Em 2 outros casos não foi fixado regime para cumprimento da pena porque o réu já se encontrava preso por tempo superior ao que se estipulou na condenação de segunda instância.

A existência de vários casos com pena fixada abaixo do mínimo previsto para a pena base de tráfico de drogas se justifica pela aplicação do disposto no §4º do art. 33 da Lei de Drogas. O dispositivo permite a redução de 1/6 a 2/3 da pena prevista para tráfico desde que o acusado seja “*primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*”. Assim, considerando que a pena mínima para tráfico é de cinco anos, a aplicação do dispositivo pode implicar a redução de 10 a 40 meses na reprimenda final.

---

<sup>317</sup> “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.”