

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA  
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

**LEONARDO COELHO VENDRAMEL**

**INEFICÁCIA DA LEI 11.343/06 EM DIFERENCIAR USUÁRIO DE TRAFICANTE DE  
DROGAS.**

**CURITIBA**

**2018**

**LEONARDO COELHO VENDRAMEL**

**INEFICÁCIA DA LEI 11.343/06 EM DIFERENCIAR USUÁRIO DE TRAFICANTE DE  
DROGAS**

**Trabalho Científico apresentado como requisito  
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em  
Direito, do Centro Universitário Curitiba.**

**Orientador: Christian Laufer**

**CURITIBA**

**2018**

**LEONARDO COELHO VENDRAMEL**

**INEFICÁCIA DA LEI 11.343/06 EM DIFERENCIAR USUÁRIO DE TRAFICANTE DE  
DROGAS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Prof. Membro da Banca

Curitiba, de 2018

## RESUMO

Este trabalho buscou estudar a lei 11.343 de 2006, popularmente conhecida como lei de drogas. Porém não fizemos um estudo focado em aspectos gerais, adentramos em um problema específico e que causa inúmeros problemas práticos no cotidiano jurídico, falamos da falta de diferenciação objetiva entre uso e tráfico de drogas nas tipificações trazidas pela lei.

Durante a dissertação, o primeiro passo foi analisar historicamente o problema, assim delimitaríamos a sua origem. Feito isso, passamos para a investigação da lei de tóxicos atual focando na tipificação dos artigos delimitadores das condutas de usuário e traficante de drogas. Finalizamos a parte em questão expondo algumas críticas da doutrina penal com relação ao assunto.

Concluimos o trabalho apresentando algumas soluções a temática da monografia, sempre com base na dogmática penal, uma delas e foco de muitos debates contemporâneos: a descriminalização dos entorpecentes ilícitos. Acreditamos que os principais objetivos foram alcançados, visto que foram expostos, de forma detalhada e estruturada, todos os fatores anteriormente citados. Com isso, acreditamos ter criado um texto de fácil compreensão para o leitor.

Por fim, ressaltamos que o método de pesquisa foi prioritariamente teórico, mas utilizamos alguns dados empíricos coletados por outras fontes, sendo uma delas, por exemplo, matérias jornalísticas da grande mídia nacional.

**Palavras Chave:** Tráfico de Drogas, Uso de Drogas, Lei 11.343.

## **ABSTRACT**

This work sought to study Law 11,343 of 2006, popularly known as “Lei de Drogas”. But we did not create a study focused on general aspects, we went into a specific problem that causes numerous practical problems in the juridical environment, we are talking about the lack of objective differentiation between use and trafficking of drugs in the law.

During the dissertation, the first step was to historically analyze the problems, so we could delineate their origin. Once this was done, we move on to investigate the current “lei de tóxicos” by focusing on the structure of the articles that delimitate the user and trafficker conduits. We conclude this part by exposing some criticisms of the penal doctrine.

We conclude the work by presenting some solutions to the theme of the monograph, always based on criminal dogmatics, one of the solutions and the focus of many contemporary debates: the decriminalization. We believe that the main objectives were achieved, since all the previously mentioned factors were exposed in a detailed and structured way for a better understanding of the reader.

Finally, we emphasize that the research method was primarily theoretical, but we used some empirical data collected by other sources, one of them being, for example, journalistic articles produced by the mass media.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>04</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>05</b>
<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>2. HISTÓRICO DOS REGRAMENTOS REFERÊNTES AOS TÓXICOS.....</b>	<b>09</b>
2.1. Considerações Introdutórias.....	09
2.2. Lei 6.378 de 2006.....	11
2.2.1. Os artigos 12 e 16 da lei 6368/76.....	13
2.3. Lei 10.409 de 2002.....	16
2.4. Contexto histórico da lei 11.343 de 2006.....	18
2.4.1. O grande número de encarceramentos a partir da vigência da lei.....	21
<b>3. A INEFICÁCIA DA LEI 11.343/2006 EM DIFERENCIAR USUÁRIO DE TRAFICANTE DE DROGAS.....</b>	<b>24</b>
3.1. Preliminares.....	24
3.2. Tipificação.....	25
3.2.1. A tipificação do artigo 28 e 33.....	27
3.3. Dos falhos meios de diferenciação.....	29
3.3.1. Da exigibilidade do elemento subjetivo especial do dolo.....	29
3.3.2. O artigo 28, §2º da Lei 11.343/06.....	33
3.3.2.1. Quantidade da droga.....	34
3.3.2.2. Local e às condições em que se desenvolveu a ação.....	35
3.3.2.3. Circunstâncias sociais e pessoais, à conduta e os antecedentes do agente.....	36
3.3.2.3.1. O direito penal de fato e o direito penal de autor.....	37
3.3.2.3.2. Os antecedentes.....	40
3.3.2.3.3. A Personalidade.....	41

3.3.2.3.4. A conduta.....	43
3.3.2.3.5. Considerações finais.....	44
<b>4. POSSÍVEIS SOLUÇÕES E REFORMAS.....</b>	<b>45</b>
4.1. A inserção da finalidade específica no tipo objetivo.....	45
4.2. A instituição de diferentes tipos penais com base na quantidade e “identidade” da droga.....	47
4.3. A descriminalização.....	50
4.3.1. O princípio da mínima intervenção.....	50
4.3.2. A falha do punitivismo.....	53
4.3.3. A justificativa da descriminalização.....	55
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>57</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho pretendemos explorar um dos problemas da lei 11.343 de 2006, mais especificamente, a ineficácia de se distinguir usuário de traficante de drogas usando meios trazidos na lei. Haverá, primeiramente, um apanhado histórico dos aspectos principais das leis esparsas que trataram do assunto, tendo como objetivo demonstrar a origem histórica do problema e como persiste nos tempos atuais.

Mais adiante, faremos uma breve exploração histórica da lei, seguindo para alguns aspectos gerais e a principal consequência da problemática que intitula esta dissertação: o grande número de encarceramentos de usuários de droga. Mantendo esta toada, passaremos então a analisar os artigos 28 e 33 responsáveis por trazer, respectivamente, as condutas de uso e tráfico, com o intento de demonstrar todos os problemas que rodeiam estes dispositivos.

Delimitada a questão, passaremos a explorar possíveis soluções desde as mais tradicionais, até a que pode ser considerada “mais radical” para alguns. Ressaltamos que todo o estudo que será praticado, proverá de ensinamentos da eminente doutrina penal.

Por fim, destacamos que o motivo de redigirmos este trabalho, é encontrar uma sintonia entre a política criminal de drogas e os direitos inerentes ao homem.



## 2. HISTÓRICO DOS REGRMANETOS REFERENTE AOS TÓXICOS

### 2.1. Considerações introdutórias

É necessário, antes de se adentrar no mérito da Lei 11.343/06, fazer uma breve análise histórica e crítica de outros, passados e já revogados, regramentos. No caso, como estes tratavam institutos essenciais a um instrumento que pretende, de uma maneira correta, regar algo tão polêmico e complexo como é o combate aos entorpecentes ilícitos.

Sabe-se que em uma ciência, como é a jurídica, tudo parte de uma construção doutrinária desenvolvida durante o passar dos anos. No direito nada surge do “acaso”, tem-se sempre um ponto de partida, um conceito originário que após anos de estudos de sua aplicação no caso concreto e debates sobre possíveis melhoras, evoluirá e atingirá uma forma ideal. Assim, concluímos que a prática é chave para o desenvolvimento de qualquer ciência.

Essa forma de pensamento foi defendida desde os primórdios da humanidade. Aproveitemo-nos do pensamento Aristotélico que, mesmo centenas de anos antes da era cristã, identificou como evoluíam determinados conceitos. O filósofo grego entendia, resumidamente, que a medida que trabalhamos determinados bens<sup>1</sup>, como a atividade política, tendemos a ficar melhores em sua execução. Logo, passado algum tempo, este trabalho levaria forma perfeita de perícia do bem, o que Aristóteles definiu como “forma excelente”.<sup>23</sup>

---

<sup>1</sup>Para Aristóteles “bem” é algo que o ser humano anseia. (Aristóteles 2009.)

<sup>2</sup> CAEIRO, Antônio de Castro. **Aristóteles: Ética a Nicômaco**. São Paulo: Atlas, 2009. p.40-47

<sup>3</sup> Aristóteles em seu texto “Ética a Nicômaco” descrevia como o ser humano vive em busca da felicidade. Assim, o individuo praticava uma série de atividades, as quais, o filósofo nomeava como bens, a felicidade seria o sumo bem e a razão do exercício de todos os outros. Defendia, ainda, que prática constante e correta de um bem faria com que chegasse a sua forma excelente (ideal), ou seja, a felicidade seria atingida com o exercício constante de uma vida virtuosa. Em determinado momento, o filósofo demonstra que em todas as tarefas cotidianas essa lógica podia ser aplicada. (Aristóteles, 2009)

Trazendo isso para o contexto do direito, se trabalharmos criticamente determinados princípios jurídicos<sup>4</sup>, estes vão se desenvolver e, enfim, atingirão a “forma excelente”

Com esse conceito de evolução em mente, iniciemos os estudos das leis brasileiras que regraram o combate às drogas. Busquemos ver que tipo de progresso foi alcançado e que erros persistiram.

Para eficácia de qualquer trabalho é necessário um foco, por isso selecionamos determinadas concepções específicas para guiar o estudo, sendo elas: “usuário” e “traficante” de drogas. Exploraremos as escolhas do legislador referentes à tipificação dos delitos praticados pelos agentes anteriormente citados e as condutas consideradas criminalmente relevantes emolduradas nestes tipos penais. Ainda, faremos, por fim, uma comparação de tudo que foi positivado em nosso sistema jurídico nos últimos anos e seus aspectos mais polêmicos.

Posto isso, relevante é citar quais foram essas leis que trataram sobre o assunto, durante os últimos anos. Primeiramente, a lei 6.368 de 1976, que de forma pioneira afastou o combate às drogas do âmbito do Código Penal e em seguida, a lei 10.409, de 2002, que visava reformar a lei anterior, mas acabou sendo considerada um fracasso pela doutrina da época (como será detalhado, mais adiante, em uma hora mais propícia).

Feitas essas necessárias considerações, passemos a uma análise temporal da transição entre as leis especiais. Analisando o caso concreto, é possível notar que foi necessária a passagem de três décadas da promulgação do regramento de 1976, para que se tivesse a iniciativa de se criar um novo. Ainda, salienta-se o fato de terem passado 18 anos da criação da constituição federal de 1988.

A Lei Fundamental de 1988 trouxe grandes mudanças no sistema jurídico brasileiro e instituiu o Estado Democrático de Direito. Tais mudanças tornaram incabível a continuação de um sistema normativo que não acompanhasse essa

---

<sup>4</sup> Para Carrara a busca de um princípio jurídico dava-se, primeiro por uma análise histórica de qual pensamento prevalecia em determinada época e embasava a teoria dominante. Feito isso, seria necessário assumir o papel de jurista e então selecionar os melhores aspectos e assimila-los a presente teoria.

mudança paradigmática<sup>5</sup>. Por fim, devida é a menção de que vários problemas, inclusive o de foco desta dissertação, persistiram ao longo da história, mesmo na mudança de vigência das leis.

Feitas essas devidas introduções e contextualizações, referentes às disposições legais, podemos passar para a análise de cada uma mais detalhadamente.

## 2.2. Lei 6.378/76.

Esta lei foi promulgada em 1976, enquanto o Brasil ainda passava por um estado considerado de exceção, caracterizado pela ditadura militar. Ainda, aliado a isso, o problema do comércio e uso de tóxicos acabara de se retirado do alcance da proteção do Código Penal de 1940. Com tal retirada, passou-se a competência jurídica para uma lei especial penal, criando assim a tendência, refletida até os tempos contemporâneos, de se retirar o assunto “tóxicos” da codificação penal e distribuí-lo em legislações esparsas. Junto a isso, nasceu, influenciada pelo mencionado contexto político, a cultura punitivista nas leis de combate as substâncias consideradas ilícitas.

Outro fato a ser analisado, tendo como preceito o contexto histórico, são os objetivos dessa lei, no sentido de como pretendia tratar sobre todo o problema da popularmente batizada “guerra contra as drogas“. Expõem-se a intenção repressora e neutralizadora de todos os atos e agentes envolvidos com o mundo do comércio dos entorpecentes ilícitos, trazidos nas bases desse regramento. Como deixava bem claro em seu artigo 1º, era o dever de qualquer pessoa, física ou jurídica, ajudar na prevenção repressão das condutas relacionadas ao tráfico ilícito e o uso, proibido, de substancias entorpecentes

Sobre todo esse contexto e a política criminal de repressão instituída na ditadura militar, comenta Salo de Carvalho:

---

<sup>5</sup> Como Roberto Dias Silva explica em seu manual de direito constitucional, a Carta Magna impõem que os demais regramentos produzidos pelo poder legislativo sigam padrões formais e materiais previamente instituídos. Uma vez desrespeitados os prévios requerimentos constitucionais, as normas tornam-se inconstitucionais e conseqüentemente invalidas. (Silva, 2007)

“Estados de exceção como o Brasil pós-64, à constatação da existência de inimigos externos cuja a ação é direcionada à corrupção dos valores morais alia-se o medo dos dissidentes internos – criminosos políticos e, posteriormente, os criminosos comuns.

A forma de manutenção do corpo social sadio contra as investidas daqueles que pretendem aniquilar os valores morais é a sanção neutralizadora, cuja finalidade, diferente dos modelos de Defesa Social baseados na recuperação do infrator, é estruturada na ideia de eliminação”.<sup>6</sup>

Dado o contexto, podemos agora, mais detalhadamente, estudar o referido regramento e o fato de sua promulgação, como já mencionado, ter afastado do Código Penal a responsabilidade pela tipificação da conduta do tráfico.

O artigo 281 do Código Penal<sup>7</sup> era responsável por trazer as condutas penalmente relevantes no contexto da venda de substâncias ilícitas, ou seja, quais delas eram capazes de lesar o bem jurídico protegido. Devido ao fenômeno de afastamento, iniciaram-se as dificuldades de se criar, na lei, concepções objetivas e justas de traficante e de um portador de drogas para uso penal.

Sobre esse fenômeno cirúrgica é a descrição de Vicente Greco:

A partir da Lei n. 6.368, desapareceu o delito do art. 281 do Código Penal, passando as suas novas figuras a integrar a lei especial como crimes especiais. Tal modificação, sustentada por alguns juristas, a nosso ver, não encontra base científica segura, como dispõe, aliás, a Lei Complementar n. 95. Admite-se a criação de delito especial quando a circunstanciabilidade social e histórica recomenda a sua não incorporação ao texto mais permanente, pelo menos na intenção, de um Código. No caso de delito de tráfico de entorpecentes, sua evolução histórica e mesmo sua colocação

---

<sup>6</sup> CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil:(estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06). 2016. p.83

<sup>7</sup> O revogado artigo, em seu *caput*, possuía um total de 13 verbos nucleares, sendo eles: importar ou exportar; preparar; produzir; vender; expor a venda; fornecer; ter em depósito; transportar; trazer consigo; ministrar ou entregar. As drogas eram referidas como “substancias capazes de gerar dependência física ou psíquica”.

entre os crimes contra a saúde pública recomendavam permanesse no corpo do diploma penal.<sup>8</sup>

Outros problemas foram identificados por Greco, como a ausência do “*nomem criminis*,” que dificultou a interpretação de outros dispositivos legais que faziam referência ao “tráfico ilícito de entorpecentes” (vide a lei dos crimes hediondos). O doutrinador destaca ainda, que a tipificação desta conduta em lei especial trouxe dificuldades de interpretação sistemática ao operador do direito, na medida em que há outros dispositivos aplicáveis à situação na parte geral do código penal.<sup>9</sup>

Ainda nessa toada, esse fenômeno ampliou a capacidade punitiva do Estado. Como pontualmente expõe o assunto, retomemos a doutrina de Salo de Carvalho:

A descodificação penal no Brasil ganha seu principal impulso com a edição da lei 6.368/76. A partir deste marco, redefine-se a própria técnica legislativa empregada no processo de esvaziamento do direito penal e processual penal codificado.

Continua ao afirmar que:

Inegável, portanto, a constância do horizonte maximizado de incriminação, circunstancia potencializada pela fragmentação e autonomia do direito penal das drogas dos estatutos penais. Percebe-se, no processo histórico, como consequência direta da descodificação, a conversão das leis especiais em direito penal de diferenciado valor<sup>10</sup>.

### 2.2.1, Os artigos 12 e 16 da lei 6378/76.

A lei que vem sendo objeto do estudo, por este momento, tentava desde a década de 1970, trazer em seus artigos a tão buscada e devida caracterização dos delitos praticados pelo comercializador e consumidor de drogas, porém como já

---

<sup>8</sup> GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lei de Drogas anotada: Lei n. 11.343/2006 p. 131. 2009.

<sup>9</sup> GRECO FILHO; RASSI, 2009, p. 131- 132.

<sup>10</sup> CARVALHO, 2016. p. 285

levado em consideração anteriormente, era possível notar as mesmas falhas dos dias atuais, ou seja a ineficácia objetiva de distinção dessas condutas. Logo, não foi possível se ter uma grande evolução.

Elencam-se os mesmos problemas apresentados pelas escolhas de tipificação feitas pelo legislador: os artigos 12 e 16 traziam tipos penais inchados apresentando diversos verbos nucleares, sendo eles repetidos em ambos os artigos. Junto a isso, como demonstra Salo de Carvalho, houve uma grande generalização e expansão do conceito de “droga”, trazido pela incidência de artigos considerados normas penais em branco<sup>11</sup>, ou seja, uma norma que necessita de complementação de outra norma que muitas vezes advém do Poder Executivo. Cita também, Eugênio Zaffaroni<sup>12</sup> que ensina como esta espécie de norma, inevitavelmente, gera uma grande insegurança jurídica.<sup>13</sup>

Logo, ainda na visão do doutrinador, o desenvolvimento do hábito normativo exposto acima, afeta diretamente o cidadão:

Embora seja nítida a irreversibilidade desta técnica no direito penal contemporâneo, sobretudo no direito penal das drogas, não se pode olvidar que o legislativo, em que pese suas falhas, continua a ser o local idôneo e democrático para produzir tipos penais que destituirão do cidadão sua liberdade.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Luigi Ferrajoli também tece críticas a esta “espécie” de norma penal. O doutrinador acredita que violam princípios fundamentais. Em suas palavras: “Comportamientos com e lacto obsceno o el desacato , por ejemplo, corresponde a figuras delictivas, por así decirlo <em blanco>, cuya indentificacion judicial, debido la indeterminacion de sus definiciones legales, se remite, muchomás que pruebas, a valoracionesdel juez inevitablemente discrecionales que de hechoconvierten em vano tanto el principio formalistade la legalidade como el empirista de la factualidad de la deviacion punible.” (Ferragioli, 2001)

<sup>12</sup> Zaffaroni define as lei penais embranco como normas em que é atribuída pena à condutas individualizadas por outra lei. A inseguridade surge, segundo o autor “ O poder que completa que completa a lei em branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza da coisa porque, do contrario através de tal recurso pode ser mascarada a delegação de poderes legislativos penais.(Zaffaroni, 405, 2015)

<sup>13</sup>CARVALHO; 2016, p. 256-259.

<sup>14</sup> CARVALHO, loc. cit.

Em seu artigo 16 a lei trazia as condutas imputadas a um usuário de entorpecentes, no caso da antiga legislação, o porte ilegal de substâncias ilícitas. Tinha, em seu *caput*, um total de três verbos nucleares, sendo eles “adquirir”, “guardar” e “trazer consigo”.

A imputação desse artigo ao agente, se resultasse em uma sentença condenatória, resultaria, segundo a lei, em uma pena de seis meses a dois anos de detenção, junto ao pagamento de vinte a cinquenta dias multas.

Ainda, Vicente Greco relembra que a aplicação deste artigo só era cabida após a desclassificação da conduta perante o artigo de tráfico, que será mais bem detalhado adiante. Portanto era necessária a prova de que, no caso julgado, se tratavam de substâncias destinadas para o uso próprio, ausente esta característica, configurado estava o crime de tráfico de drogas.<sup>15</sup>

Já o artigo 12 incumbia-se de reger as condutas relacionadas ao tráfico de drogas, isso feito através de dezoito verbos nucleares, “importar”, “exportar”, “remeter”, “preparar”, “produzir”, “fabricar”, “adquirir”, “vender”, “expor à venda”, “oferecer”, “fornecer”, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo”, “guardar”, “prescrever”, “ministrar”; “entregar”,

Sobre esse artigo, criticou Luiz Greco:

Primeiro, porque a descrição da conduta proibida mais parece um dicionário: “importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, 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”<sup>16</sup>

Após a leitura dos verbos de cada dispositivo, torna-se clara a semelhança de ambos os artigos, sendo que, com exceção do verbo adquirir, uma conduta está contida na outra, tornando difícil uma objetiva separação entre elas. Restou-se

---

<sup>15</sup> GRECO FILHO; RASSI; 2009, p.90

<sup>16</sup> GRECO, Luís. **Tipos de autor e Lei de tóxicos ou: interpretando democraticamente uma Lei autoritária**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 1, 2003.

então, apenas os elementos subjetivos, o dolo do agente e a expressão “pequena quantidade”, e “consumo próprio” como elementos diferenciadores.

Assim criticou Luiz Carlos Rocha: “as hipóteses previstas no art. 12 são tão amplas que facilmente se poderia enquadrar por analogia tanto o traficante de fato, como o passador e o viciado, e até mesmo o experimentador.”<sup>17</sup>

Fechando o estudo da lei precursora da atual e vigente lei 11. 343, mostrou-se que alguns dos problemas enfrentados durante os 30 anos em que se aplicou a lei 6.368 persistiram e se transportaram para os tempos contemporâneos, assim precisando de uma maior atenção do mundo do direito.

### 2.3. Lei 10.409 de 2002.

Outra lei que tentou regular as matérias referentes ao combate às drogas, foi a lei 10.409 de 2002. Esta lei visava trazer o contexto de uma legislação de combate aos entorpecentes para um âmbito mais modernizado, pós-promulgação da constituição federal de 1988, Após anos de debates e estudos do caso prático por parte do poder Legislativo,

Salo de Carvalho identifica o exposto acima, explicando que por 30 anos houve debates, por parte do congresso, para reformar a Lei 6.368 e trazê-la pra um âmbito menos proibicionista. Isso, segundo o autor, fica claro ao se perceber que o legislador tinha a intenção de permitir que os crimes de uso de drogas fossem abrangidos pela Lei 9.099/95.

Durante o processo de aprovação do projeto de lei, parecia que este objetivo seria alcançado. Porém o presidente vetou o capítulo referente às normas materiais aprovando apenas a parte processual. Carvalho considera que o veto parcial trouxe problemas a prática forense, pois a partir desse momento os juristas precisavam conciliar leis de períodos históricos diferentes<sup>18</sup>

Esta lei foi considerada, na época, um fracasso jurídico pela doutrina, porque, exatamente como exposto linhas atrás, conseguiu instaurar, apenas, regras procedimentais não aplicáveis no caso concreto. Dessa forma, Renato Flavio Marcão disserta sobre o artigo 27 que tentava positivizar um rito especial para os

---

<sup>17</sup> ROCHA, Luiz Carlos. **Tóxicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.p. 150

<sup>18</sup> CARVALHO; 2016, p, 91-93.



delitos envolvendo entorpecentes ilícitos. O problema mencionado anteriormente surgiu, como aponta o autor, com a redação dada ao dispositivo.

No artigo 27, lia-se: “por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto no Capítulo em que se encontra (Capítulo IV), aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal”. O erro foi determinar a aplicação do procedimento aos crimes descritos “nesta lei”, lembremos o veto presidencial à parte que tratava sobre os crimes, logo, como apontou Marcão, o procedimento era inválido e mantiveram-se as formalidades da lei de 1976.<sup>19</sup>

O doutrinador expõem ainda, outros problemas<sup>20</sup> relacionados ao ineficaz procedimento da lei em discussão. A via de exemplo, o artigo 28, mais precisamente o seu §1º, deu a possibilidade de se constatar a “autoria” dos delitos de uso e tráfico apenas como laudo de constatação da natureza e quantidade droga. O doutrinador ressalta que esse laudo serviria apenas para constatar a materialidade, nunca a autoria. Outro erro era que o documento poderia ser redigido por qualquer pessoa idônea, sendo que deveria ser trabalho exclusivo de um perito.<sup>21</sup>

Em outro de seus artigos referentes a lei 10.409/02, Renato Flavio Marcão sintetiza e conclui perfeitamente a problemática da lei de 2002. Aponta que as alterações feitas no projeto de lei deturparam seu sentido mudando-a para pior. Para o doutrinador evidenciou-se, não só a forma caótica com que o poder legislativo age em nosso país, mas também a falta de atitude do poder Executivo em vetar, por completo, o projeto, posto que era o certo a se fazer no momento <sup>22</sup>

Por fim, no mesmo sentido explana José Antonio Paganela Boschi:

Depois de quase uma década de tramitação do Projeto no Congresso Nacional, a nova Lei de Tóxicos já nasceu mutilada e, sem embargo dos

---

<sup>19</sup>MARCÃO, Renato Flávio. **Anotações pontuais sobre a lei nº 10.409/2002 (nova lei antitóxicos). Procedimentos e instrução criminal.** www.jus.com.br/artigos/2712. 01.2002. p. 2-3.

<sup>20</sup> Marcão faz menções aos artigos 29 e 31 que trouxeram problemas com as regulamentações dos prazos processuais, também cita o artigo 37, este criou uma confusão sobre com qual autoridade deveria permanecer o inquérito policial quando requisitadas diligências pelo Ministério Público. (Marcão, 2002)

<sup>21</sup> MARCÃO, op. cit. p. 2-3.

<sup>22</sup> MARCÃO, Renato Flávio. **A política nacional antidrogas.** 2003.

vetos, ainda padece de graves imperfeições jurídicas, gerando em quem a lê a sensação eventualmente injusta de que seus ideólogos desconhecem os reais problemas nas áreas criminal e penitenciária.<sup>23</sup>

Como pode ser demonstrado, tamanho foi o fracasso da lei 10.409. Isto devido a sua incapacidade de implantar as mudanças que trazia em seu texto. Agrava-se o fato, no momento que considerarmos que haviam passado três décadas de vigência da lei 6.368, tempo suficiente para considerar os acertos e erros desta e melhorar sua aplicação em uma nove lei.

Desse modo, ensina Renato Marcão:

Estamos diante de uma Lei que, a pretexto de melhorar a antiga sistemática da Lei 6.368/76 não a revogou. Não define crimes; estabelece um procedimento que não se aplica a nenhuma hipótese, a nenhum delito; não trata de inúmeras questões inevitáveis, que permanecem regidas pela Lei 6.368/76, como as pertinentes à semi-imputabilidade e inimputabilidade, tratadas nos arts. 19 e 29 do Diploma que se pretendeu minimizar como superado<sup>24</sup>

Devido a falta de evolução proporcionada pela lei 10.409, todos os problemas continuaram a perdurar na realidade prática forense quando o assunto era “combate às drogas”, sendo um deles a temática deste trabalho.

Chegado o fim dessa análise, foram expostos todos os aspectos, das leis anteriores à vigente, que eram entendidos de relevante menção. Ficou demonstrado o valor histórico e o início do lastro da problemática que será tratada de maneira mais aprofundada ao estudarmos a lei 11.343 de 2006.

#### 2.4. Contexto histórico da lei 11.343 de 2006

---

<sup>23</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **A Nova Lei Antitóxicos–Primeiras Impressões**. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 27, n. 86, p.3 2002.

<sup>24</sup>MARCÃO; 2002, p. 14.

Após décadas do combate aos entorpecentes ilícitos e duas leis que tentaram reger este combate, no ano de 2006 adveio a Lei 11.343<sup>25</sup> e com ela grandes mudanças em todo sistema normativo referente aos tóxicos. Em sua grande maioria houve mudanças consideradas positivas, como a previsão do tráfico privilegiado no §4º do artigo 33 desta lei. Houve também, a adoção de uma política criminal mais garantista, que passou a se preocupar com diversos fatores extrapenais envolvidos em todo o contexto criminal do “mundo das drogas”. Contudo não houve apenas avanços, existe uma “outra face” da lei, a face sancionadora responsável por majorar diversas penas e criar novos crimes correlacionados ao tráfico drogas, como a inclusão de novas condutas em todo o contexto do artigo 33. Jessica Adrielle Teixeira Santos e Magda Lúcia Félix de Oliveira demonstram isso em seu artigo sobre as mudanças trazidas pela nova lei.

“apresenta alguns avanços historicamente significantes e reveladores de um posicionamento político mais moderado em relação às drogas. Se por um lado as atividades de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas são acentuadas, com definição de novos crimes correlatos e o aumento das penalidades previstas; por outro lado, distingue a condição de usuários e dependentes de drogas e aborda, de forma mais extensiva que as leis anteriores, as atividades de prevenção ao uso indevido, atenção à saúde e reinserção social”.<sup>26</sup>

Pode-se notar, então, com a vinda da distinção da condição entre dependentes e usuários, a intenção do legislador em iniciar um processo de

---

<sup>25</sup> Existem outras legislações que trataram sobre o assunto, em caráter complementar ao regramento principal. Mais uma vez cabe a citação de Renato Marcão que com excelência resume os institutos em sua obra. Primeiramente a lei 9.017 de 1995 que regulamentou o controle a fiscalização de insumos usados para a produção de cocaína. A lei 10.357 de 2001 que estabelece o controle e a fiscalização de produtos químicos que influem de maneira direta ou indireta nas produções de substâncias psicotrópicas. Na mesma toada desta lei, com o intuito de regulamentá-la, o decreto 4.262 de 2002. Por fim, um regramento instituído após a entrada em vigência da lei 11.343, o decreto 7.179 que institui o “Plano de Integrado de Enfrentamento” ao crack e outras drogas. (MARCÃO, p.22, 2017).

<sup>26</sup> TEIXEIRA SANTOS, Jessica Adrielle; FÉLIX DE OLIVEIRA, Magda Lúcia. **Políticas públicas sobre álcool e outras drogas: breve resgate histórico. Saúde & Transformação Social/Health & Social Change**, v. 4, n. 1, 2013.p 85.

inserção de políticas de recuperação. Então, deixou-se de lado o caráter neutralizador de regramentos anteriores. Extraímos isso da redação dada ao artigo 1º da lei, mais precisamente nos termos “reinserção social de usuários e dependentes de drogas”. Exposto isso, indispensável é trazer a caracterização de dependente. Para Sérgio de Oliveira Médici seria o indivíduo que está subordinado às drogas, “sob o poder dos tóxicos”<sup>27</sup>.

Ainda nesse contexto, pontua Vicente Greco:

A lei inovou em diversos aspectos. Retirou o crime de trazer consigo para uso pessoal das proximidades topológicas do crime de tráfico, colocando-o no título relativo à prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, a fim de abrandar o estigma da pena criminal,...<sup>28</sup>

Ainda nesse aspecto, nota-se a intenção do legislador de abrandar a punição estatal imposta aos usuários de droga, no momento que foram determinadas, nas disposições do artigo 28 da lei, penas diferenciadas ao uso de drogas. Não se observava mais penas de cunho privativo de liberdade, como em leis anteriores, e sim a aplicação de penas que tem uma proposta reeducadora do agente. Estas sanções estão dispostas nos incisos I ao III, sendo elas: *advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços a comunidade e medida educativa de comparecimento a programa e curso educativo*.

A inserção de tais medidas como penas iniciou uma grande discussão doutrinária, sobre a qual é cabida uma breve exploração. O que tornou essa discussão polêmica, foi uma possível descriminalização da conduta descrita no artigo 28, constituindo assim uma “*abolitio criminis*”<sup>29</sup>.

Para Luiz Flavio Gomes, isto teria ocorrido pelo fato de o artigo 1º da Lei de introdução ao Código Penal brasileiro determinar que crimes são punidos com penas

---

<sup>27</sup> MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Tóxicos: comentários à Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Bauru: Jalovi, 1977., p. 36.

<sup>28</sup> GRECO FILHO; RASSI, 2009, p.93

<sup>29</sup> Para o emérito magistrado Guilherme Nucci “*abolitio criminis*” “É a abolição de figura típica incriminadora, deixando de considerar delito determinada conduta. Provoca a retroatividade da lei abolicionista, beneficiando todos os acusados e condenados com base no crime ora extinto (art. 2.º, CP). Acarreta a extinção da punibilidade (art. 107, III, CP)”.(NUCCI, 92, 2014)

que cominam em “detenção e reclusão”<sup>30</sup>. Apesar de muitos defenderem essa tese, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou de maneira contrária a este entendimento, mantendo o caráter criminoso da conduta: “A jurisprudência dessa Corte assentou o entendimento de que a conduta de portar droga para o consumo pessoal, prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, não perdeu seu caráter criminoso” (STF, AI, 741.072 AgR/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, j.22-2011, *Dfe* de 25-5-2011).

Exposto isso, reforçado fica o fato de o legislador ter como vontade evitar que se apliquem penas privativas de liberdade, aos agentes que realizarem o crime previsto no artigo 28 da lei em estudo.

#### 2.4.1. O grande número de encarceramentos a partir da vigência da lei.

Outro fator trazido pela atual lei de drogas foi o aumento da população carcerária. Apesar dos grandes avanços trazidos em 2006, intensificou-se a incidência das punições por parte do Estado comparado aos números da lei anterior.

Em dados levantados pela equipe jornalística do site G1, 1 em cada 3 dos presos brasileiros, no período entre 2005 e 2013, tiveram prisões decretadas por atos correlacionados ao tráfico de drogas. No estado do Paraná, aproximadamente 59,3% da população carcerária teve prisão decretada por praticar condutas associadas ao tráfico de entorpecentes.

Corroborando com estes dados, extrai-se de informações colhidas pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) que houve um aumento significativo no número de encarcerados no país.<sup>31</sup>

Após a entrada em vigência do atual regramento, o total de presos do sexo masculino, apenados por crimes relacionados à criminalização de drogas subiu de 10,3 % em 2005, para 24% em 2013. O mesmo ocorreu com os agentes do sexo

---

<sup>30</sup> GOMES, Luiz Flávio et al. **Nova lei de drogas comentada**. São Paulo: RT, 2006. , p. 109.

<sup>31</sup> BRASIL, INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional-Ministério da Justiça, 2014.

feminino, subindo 24,7% em 2005, para 45,6 % em 2013. Logo, torna-se claro que a superlotação dos presídios se tem por causa da guerra contra as drogas<sup>32</sup>.

Vistos estes dados, é evidente a necessidade de repensar a política de drogas, principalmente os fatores que levam a esse número elevado de encarceramentos diários, de milhares de pessoas ao redor do país.

Luciana Boiteux compartilha desse pensamento, ao considerar os diferentes fatores que aliados à inexistência de uma separação legal objetiva e eficiente das condutas de uso e tráfico, são responsáveis pelo maior número de encarceramentos já visto. Considerou os mencionados fatores sendo: o aumento da repressão, a equiparação do tráfico de drogas a crime hediondo e a consequente retirada de benefícios referentes a aplicação pena. Aliado a eles, salienta também a demasiada discricionariedade dada as autoridades policiais ao tipificar a conduta do investigado. A autora menciona que boa parte das prisões realizadas (66,4%), são de traficantes presos sozinhos com pequenas quantidades de droga<sup>33</sup>

O fim da superlotação dos presídios<sup>34</sup> e, conseqüentemente, uma melhora de suas condições tornando-as mais dignas para um ser humano, deve ser de interesse prioritário do Estado,<sup>35</sup> visto que esse seria um fator chave na luta pela redução da

---

<sup>32</sup> REIS Thiago, **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas**, G1,São Paulo, 03/02 /2017. Disponível em < <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>> Acesso em 18 de Mar. De 2018

<sup>33</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Drogas: uma nova perspectiva**. Instituto Brasileiro de Ciências criminais (IBCCRIM), 2014. p. 87/91.

<sup>34</sup> No momento em que trata sobre espécies de pena, em seu livro, José Antonio Paganella Boschi, resgata uma crítica precisa feita pelo eminente Eugênio Zaffaroni. Esse classifica as penitenciárias como: “ uma gaiola, um aparelho, uma máquina de fixar comportamentos desviados das pessoas e agrava-los .Só serve para isso. É a estrutura da cadeia que é assim. Há 200 anos nós sabíamos que a cadeia do século passado fazia a mesma coisa que a cadeia de hoje. Os mesmos problemas, as mesmas dificuldades, tudo igual. (Boschi, 138, 2013)

<sup>35</sup> O doutrinador Nilo Batista é preciso em seu texto quando trata do princípio da humanidade no direito penal. Esse princípio foi recepcionado constitucionalmente, no momento em que foram positivado no 5º, os incisos XLVI e XLVII que vedam penas de morte, tortura e de forma cruel. Da mesma forma, cita Zafarroni que diz que as penas não podem afrontar contra a dignidade humana, logo este seria de sumo interesse do Estado brasileiro, a medida que a atual forma de cárcere esta ferindo este princípio.(Batista, 2017)

criminalidade. Sobre as condições precárias dos presídios brasileiros, leciona Julita Lemguber:

A deterioração do caráter resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde são conseqüências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como 'sementeiras da reincidência', dados os seus efeitos criminógenos <sup>36</sup>

Isso nos faz retornar ao foco do trabalho, uma forma melhor e mais eficaz de se distinguir um usuário de um traficante de drogas. Essa evolução seria uma maneira ideal de diminuir os números demonstrados anteriormente. Percebe-se que há essa confusão por parte do poder judiciário, o que resulta em prisões completamente desnecessárias.

Isto é defendido por Moraes, Savignani e Valente, que ao fazerem comentários sobre a política proibicionista das drogas, descrevem precisamente este pensamento. Logo, cabida é a transcrição:

“Além disso, a falta de delimitação do conceito de tráfico, eivado, na lei, de flagrante subjetividade, gerou grave consequência à estrutura carcerária brasileira, traduzida pela multiplicação do volume de presos que abarrotam as prisões nacionais. <sup>37</sup>

Assim, feito um aprimoramento dos conceitos trazidos em lei, seriam cumpridos, no caso concreto, todas as melhoras na política criminal expostas acima: fim do cárcere de usuários e a exposição destes às condições subumanas existentes nos presídios, a conquista de uma lei de drogas mais justa e condizente com as políticas sociais do Estado moderno e, por fim, uma redução na elevada criminalidade do Brasil.

Encerrada essa dissertação sobre os aspectos contextuais e históricos, pudemos devidamente delimitar o problema. Agora se faz necessário avançar o estudo e analisar o que leva a ocorrência desse erro, bem como sua reincidência na

---

<sup>36</sup> LEMGRUBER, Julita. **Controle da criminalidade: mitos e fatos**, São Paulo: Instituto Liberal, 2001, p.19

<sup>37</sup> SHECAIRA; 2014, p. 182

legislação. Então, posteriormente, será possível buscar algumas soluções para essa situação.



### 3. A ineficácia da lei 11.343/2006 em diferenciar usuário de traficante de drogas

#### 3.1. Preliminares.

No capítulo anterior, foram feitas todas as considerações introdutórias julgadas necessárias para melhor compreender a problemática. Partindo-se desse pensamento construído anteriormente, torna-se mais fácil explorar e apresentar os principais aspectos que levam, não só a incidência do problema, mas também, os fatos que levem à sua recorrência na esfera jurídica.

Fala-se claro, de uma confusão, decorrente de certos aspectos da lei, dos indivíduos enquadrados nos artigos 28 e 33 da lei de drogas. Como ficou demonstrado anteriormente, este problema se alastra no sistema jurídico brasileiro, desde o ano de 1976, ou seja, um período de mais de quarenta anos, em que houve a vigência de duas legislações diferentes.

Em consequência disso, a população carcerária brasileira cresceu e continua a crescer exponencialmente, tendo como um dos principais fatores corroborantes, as prisões, geradas por essa “confusão legislativa”.<sup>38</sup>

Isso se deve ao fato de o legislador ter feito escolhas, no mínimo questionáveis durante as tipificações dos crimes de uso e tráfico de drogas. Tais escolhas já sofriam críticas por parte da doutrina, ainda na vigência da lei 6368/76, como demonstrado previamente.

Dessa forma, mais uma vez citemos a lição de Salo de Carvalho:

“Ao comparar as elementares típicas dos arts. 28 e 33 da lei de Drogas, assim como ocorria entre os arts. 12 e 16 da lei 6.368/76, percebe-se que em relação aos elementos objetivos do tipo, ou seja, às circunstâncias que permitem identificar empirica- mente a conduta para que se estabeleça o

---

<sup>38</sup> Sobre os encarceramentos resultantes de distorções trazidas na Lei de drogas, Renato Watanabe de Moraes, Renato Salvignani Alvares Leite e Silvio Eduardo Valente afirmam que 60% dos encarceramentos derivados do combate ao tráfico de drogas, devem-se as mencionadas distorções. (Shecaira, 2014)

juízo prévio de incriminação, existe espantosa similitude, quando não plena correspondência. Processo idêntico em relação aos verbos nucleares.”<sup>39</sup>

Posto isso, é indispensável que se estude de maneira aprofundada das tipificações, algo que será feito em seguida.

### 3.2. Tipificação

Para melhor se estudar algo tão complexo, imprescindível que o dividamos por partes. Não se pode falar de tipificação, sem que antes se resgate a conceituação de crime na legislação brasileira.

O Código Penal de 1940, segundo Bittencourt, adotou conceito analítico de crime, baseado na teoria finalista cunhada por Hans Welzel na década de 1930. Esta escola doutrinária buscou trazer construção de uma teoria do delito para uma esfera onde era de maior relevância os aspectos ontológicos da ação.<sup>40</sup>

Exploremos então esta teoria. Como o próprio Hans Welzel ensina, toda ação humana é um “fazer final”, guiado por uma vontade consciente que funciona como uma espécie de “espinha dorsal” condutora da ação até o seu fim previamente determinado.<sup>41</sup>

Para o Welzel a conduta humana dividia-se em duas fases. A primeira no âmbito psicológico do autor. Dentro dessa há uma subdivisão em três fases: o momento que o agente cogita e prevê o fim pretendido na ação, em seguida, a hora que escolhe os meios necessários para atingi-lo (capazes de iniciar a ação causal) e, por fim, consideram-se os efeitos concomitantes destes meios escolhidos previamente, assim traz a ação ao “mundo real”. Segue - se então para parte material da conduta, onde é praticado todo o processo causal determinado na fase psicológica. Realizado esse processo, têm-se a conduta humana.<sup>42</sup>

O doutrinador alemão conclui apontando as ações que seriam relevantes ao direito penal, sendo elas: os delitos comissivos dolosos, em que o fim, os meios, ou

---

<sup>39</sup> CARVALHO; 2013, p.263.

<sup>40</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 2013. P 289-290

<sup>41</sup>WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2001 p.27-32.

<sup>42</sup> WELZEL, loc. cit..

os efeitos concomitantes são socialmente reprováveis; os comissivos culposos, onde ocorre uma “falta de um cuidado necessário”, viciando os meios e resultando em algo socialmente reprovável e os delitos omissivos em que a lei exige ações necessárias para evitar um resultado indesejado.<sup>43</sup>

Posto isso, partimos a estudar como ocorre um crime na teoria finalista.

Havendo a conduta humana, analisa-se, primeiramente, se esta conduta foi “típica”. Chega-se a essa conclusão a partir da consideração de dois elementos: a “tipicidade objetiva”, ou seja, se uma conduta se encaixa como reprovável pelo direito penal, após levado em exame se esta se amolda em uma “seleção” feita pelo legislador, por meio de uma prévia descrição legal (tipo penal). Logo, leva-se em consideração se houve a “vontade consciente” de praticar a ação, o dolo, ou houve negligência com um “cuidado necessário” (a culpa).<sup>44</sup>

Por fim, tem-se a verificação da “Antijuridicidade<sup>45</sup>” e da “Culpabilidade<sup>46</sup>”, cumpridos esses requisitos, está caracterizado “o crime”.

Todo esse resgate da teoria finalista tem como intuito de demonstrar a importância do “tipo penal” na constituição do crime, pois nele há a seleção e a descrição da ação reprovável, bem como o “fator chave” e maior mérito da teoria da ação final<sup>47</sup>, a verificação do dolo antes da imputação do delito.

---

<sup>43</sup> WELZEL; 2001. p.27-32 .

<sup>44</sup> WELZEL, loc..cit.

<sup>45</sup> Na lição de Bittencourt “A antijuridicidade, entendida como relação de contrariedade entre o fato e a norma jurídica,”(BITTENCOURT, 414, 2013).. Ensina ainda que “o Direito Penal não está formado apenas por normas incriminadoras, mas também por normas permissivas que autorizam, no caso concreto e em virtude de determinadas circunstâncias, a realização de uma conduta, em princípio, proibida. Essas normas permissivas tem, portanto, a capacidade de excluir a antijuridicidade da conduta típica.” (BITTENCOURT, 412, 2013)

<sup>46</sup> Para Bittencourt a análise da culpabilidade leva em consideração os aspectos intrínsecos do autor da conduta delitiva, a fim e avaliar se a conduta era, ou não, reprovável a este autor. (Bittencourt, 2013)

<sup>47</sup> Antes da teoria finalista e Hans Welzel predominava na doutrina penal alemã, a teoria causal da ação. Nesta teoria não se valorava os aspectos subjetivos do delito na “tipicidade”, esta servia apenas como a caracterização, externa, do ato praticado (BITTENCOURT, 2013).

A maior crítica feita por Welzel à teoria causalista, foi também o maior mérito de sua teoria, ou seja, a recolocação do dolo durante a análise do delito. Como Welzel dizia “Ignora que toda ação é uma obra

Com isso, clara é a extrema importância de que os tipos penais sejam feitos de maneira clara e cuidadosa. Evitando ferir o princípio da legalidade<sup>48</sup> e criar punições injustas.

Sobre essa responsabilidade Nilo Batista é preciso em dizer:

A função social individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos”, equivale a não formular, mas é a prática e politicamente muito mais nefasta e perigosa.<sup>49</sup>

Esses cuidados não foram observados na criação dos artigos 28 e 33.

Resgatemos a doutrina de Valois que reforça essa afirmação. Ele escreve que a abertura interpretativa derivada dos chamados “tipos penais de ação múltipla” – caso dos tipos citados anteriormente – resulta na lesão do princípio da legalidade. Ainda, crítica, por fim, a ausência de maiores contestações por parte da doutrina a esse fato e reprova a atitude legislativa de não ter tentado dar maior clareza aos dispositivos.

Não nos resta escolha se não concordar com estas ideias, ressaltando que violações aos princípios de direito penal são inadmissíveis. Feitas e reforçadas as devidas críticas às escolhas do legislador, passemos à uma análise mais detalhada dos dispositivos.

### 3.2.1. A tipificação dos artigos 28 e 33.

---

(mais ou menos acabada), mediante a qual a vontade humana configura, isto é dirige o suceder causal” WELZEL ( 2001, p. 35).

<sup>48</sup> O “princípio da legalidade” foi trazido, no início do século XIX, para o mundo jurídico, pelo professor Paulo João Anselmo Feuerbach. Este princípio foi cunhado, não só para proteger o cidadão, mas também para garantir o poder intimidatório do Estado. A função desse instituto é garantir que não haja a punição de um indivíduo, sem que haja uma lei prévia que defina a conduta praticada como crime. Dai a máxima “*nullum crimen nullum a poena sine lege*”.(BATISTA, 2007)

<sup>49</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Revan, 2007. p. 78.

Passemos a estudar a estruturação dos artigos de uso e tráfico de drogas. Primeiro o artigo 28. Nele são trazidas as condutas consideradas por lei de um usuário de drogas. O tipo penal contém um total de cinco verbos nucleares, sendo eles: “adquirir”, “guardar”, “transportar” “ter em depósito” e “trazer consigo”. Aliada a realização de um, ou mais, desses verbos, existe mais um fator determinante para a classificação da conduta, falamos da intenção de efetivamente “usar as drogas”, consagrada na expressão “para uso próprio”.

Ainda, em seu §1º, é determinado que “incide também, nas mesmas penas”, quem “semear”, “cultivar” e “colher” pequena quantidade de planta usada no preparo de drogas, Mais uma vez a lei traz o termo “para uso próprio” para que o indivíduo incida este parágrafo.

Já no artigo 33, tem-se a descrição legal da conduta do traficante de substâncias ilícitas. Em seu caput são trazidos um total de dezoito verbos nucleares: “importar”, “exportar”, “remeter”, “preparar”, “produzir”, “fabricar”, “adquirir”, “vender”, “expor à venda”, “oferecer”, “fornecer” ,“ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo”, “guardar”, “prescrever”, “ministrar” e “entregar”. Ainda, em seus parágrafos, determina-se a aplicação de penas a quem pratica as condutas supracitadas, mais as de “cultivar” e “colher” plantas que constituem matéria prima de entorpecentes.

Exposto isso, nota-se que não houve grandes mudanças, principalmente ao crime de tráfico, dos artigos 12 e 16 a Lei 6.368. Então, devido a essas similaridades são cabidas todas as críticas feitas aos dispositivos antigos, também aos atuais<sup>50</sup>.

Destaca-se então, o principal erro do legislador, o mesmo erro de 1976, que torna extremamente difícil a diferenciação das duas ações, os mesmos verbos contidos em ambos os artigos.

Nesse sentido aponta Salo de Carvalho:

A análise detalhada permite apontar como principal mecanismo corretivo da desproporcionalidade do tipo penal do art. 33 da lei de Entorpecentes a especificação da conduta (especial fim de agir) naquelas figuras que

---

<sup>50</sup> Em análise da confusão dos artigos 28 e 33, Salo de carvalho relembra as críticas feitas em 76, estas já mencionadas no trabalho quando tratado sobre os artigos 12 e 16 do antigo regramento. A fim de evitarmos desnecessárias repetições cabe, apenas, dizer que Salo entende que as contestações feitas pela doutrina à três décadas atrás, ainda são aplicáveis.(CARVALHO, 2013).

igualmente aparecem incriminadas no art. 28, ou seja, as condutas adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo drogas.<sup>51</sup>

Ainda nessa toada, Lucas Carlos Valois critica o artigo 33 ressaltando que alguns dos 18 verbos nucleares podem ser imputados a qualquer cidadão, não exclusivamente ao traficante de drogas. Isso se deve ao fato de o significado de parte das condutas não se relacionarem ao sentido de “tráfego”.<sup>52</sup>

Conclui-se que se utilizando apenas de uma pura análise dos artigos 28 e 33, é difícil extrair uma diferenciação concisa das condutas. Ainda mais quando é levado em consideração que o fator chave para diferenciação, trazida no artigo 28, o elemento subjetivo “para uso próprio”, é extremamente difícil de delimitar.

Desse modo, ensina Vicente Greco:

O tratamento penal diferenciado, beneficiando aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta, ou traz consigo para consumo pessoal, traz, certamente, para o juiz, a dificuldade de, por ocasião da sentença, fazer a apreciação daquele elemento subjetivo do tipo..<sup>53</sup>

O operador do direito deve então considerar diferentes fatos que, aliados aos artigos, possam facilitar a imputação das condutas.

### 3.3. Dos falhos meios de diferenciação das condutas.

#### 3.3.1. Da exigibilidade do elemento subjetivo especial do dolo.

Uma das formas consideráveis para diferenciar o tráfico do uso de ilícitos seria a análise do dolo do agente. Apesar da similaridade das condutas, não é exigido elemento subjetivo especial do dolo para a imputação do crime tráfico, ou seja, ser comprovado *animus* de comércio, sendo necessário apenas o dolo genérico (consciência e vontade de praticar os elementos do tipo penal). Logo a delimitação do dolo se torna tortuosa.

---

<sup>51</sup> CARVALHO; 2013, p 269.

<sup>52</sup> SHECAIRA; 2014, p. 109.

<sup>53</sup> GRECO FILHO; RASSI, 2009, p. 90.

Necessário é, então, explicar o que é esse elemento subjetivo. O elemento subjetivo especial diverso do dolo representa fatores extras de intenção, ou como classificou Francisco de Assis de Toledo: elementos subjetivos contidos no que denomina de “delitos de intenção”.<sup>54</sup>

Luiz Régis Prado reforça esse posicionamento. Segundo ele, existem espécies de delitos que necessitam de um ânimo revestido de especificidade. Devendo-se então, nestes casos, levar todos os aspectos internos, psico-espirituais, referentes a intenção do agente. Ressalta que esse posicionamento derivaria da doutrina alemã que primeiro identificou e regrou o tipo penal “*tabestand*”<sup>55</sup>.

Continua, afirmando haver alguns elementos subjetivos que devem acompanhar o dolo, “ultrapassando” os elementos “genéricos”, no caso, uma intenção “a mais”. Somente ao se levar consideração esse conjunto, ter-se-ia a formação total da tipicidade, o que particulariza esses tipos de delitos<sup>56</sup>.

Como já exposto, defende-se que a visão dos doutrinadores se aplica perfeitamente ao crime de tráfico de drogas. Porém o Superior Tribunal de Justiça entendeu: “para a ocorrência do elemento subjetivo descrito no *caput*, do art. 33 da Lei 11.343/06, é suficiente a existência de dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas, ou conjuntamente. O tipo penal descrito no art. 33 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização o crime de tráfico de drogas, seja necessária demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente.” (STJ, RESP, 1.361.484/MG, 6º T. rel. Min. Rogério Shietti Cruz, j. 10-6-2014. *Dje*13-06-2014)

Entendemos que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, seguido pelos tribunais regionais, é questionável. Leva-se em consideração que tal entendimento traz uma perigosa generalização da conduta do tráfico, excluindo

---

<sup>54</sup> DE ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7,209, de 11-7-1984, ea Constituição de 1988** Editora Saraiva, 1991 p. 154.

<sup>55</sup> O professor Luiz Régis Prado traz o pensamento de Edmund Mezger: “com efeito, a convivência externas da pessoa de sua atitude interna e psíquica. O Direito não pode ignorar esse aspecto; se o Direito não que ser e não deve ser, fundamentalmente, uma ordenação dos sentimentos, pode e deve incluir em suas apreciações também o psíquico como origem da conduta externa. ( Prado, 303, 2015).

<sup>56</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2015 p. 303 - 304.

assim algo que se julga fundamental na separação destas condutas, com as do artigo 28.

Ressaltemos que a adoção desse entendimento pelos tribunais brasileiros, acaba por excluir uma forma de discernimento entre os artigos 28 e 33. A exigência do elemento especial subjetivo diverso do dolo é um meio já consagrado na doutrina, como exposto anteriormente e de possível aplicação neste caso.

Contudo, não basta fazer essa afirmação de forma vazia, sem ao menos trazer elementos capazes de corroborá-la.

Salienta-se que as contestações ao entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça são feitas por boa parte da doutrina penal brasileira. Esta tece diferentes críticas ao fato de não ser levada em consideração a intenção de comércio no delito de tráfico de drogas. Luciana Boiteux, por exemplo, mesmo que de maneira breve, entende:

Assim, apesar das significativas diferenças entre as ações típicas e distinta lesão ao bem jurídico tutelado (saúde pública), além de não se exigir o propósito de comércio ou fim de lucro, a escala penal é única, o que pode dar margem a punições injustas e desproporcionais.<sup>57</sup>

De mesmo modo, Vitória Caetano Dreyer Dinui e Marília Montenegro Pessoa de Mello criticam:

A questão que se impõe é que, diferentemente do dispositivo que incrimina o usuário, o artigo referente às condutas de tráfico não indica o chamado dolo específico. Essa situação, além de conferir a mesma punição para várias situações intermediárias entre o consumidor e o traficante atacadista, abra mais uma janela para o excesso punitivo, em total contrariedade ao princípio do *in dubio pro reo*.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> SHECAIRA; 2014, p. 89

<sup>58</sup> DINUI, Vitória Caetano Dreyer; DE MELLO, Marília Montenegro Pessoa. **Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação/After all, user or drug dealer? A case study about discretionary power and differentiation ideology.** Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 2, , 2017. p. 205.



Ainda, é pertinente trazer as considerações feitas por Salo de Carvalho, pois ele trata do assunto de maneira mais aprofundada. Entende-se, indiscutivelmente, necessário ao se estudar uma problemática de tamanha complexidade, esmiuçar todas as críticas possivelmente aplicadas à questão.

O doutrinador, ao tratar do assunto, primeiramente, salienta a similaridade dos dispositivos, na medida em que possuem os mesmos verbos nucleares (algo que já foi ressaltado anteriormente). Logo, demonstra acreditar não ser suficiente se exigir uma específica intenção de agir apenas no crime de uso, visto que há uma real possibilidade de se impor ao agente, penas mais severas e formas de tratamentos processuais diferenciados, às quais os indivíduos não fazem jus.<sup>59</sup>

É consciente ao admitir que seria cediço na jurisprudência a exigência de “apenas” o dolo genérico na tipificação do artigo 33, porém vê que é justa uma reanálise do entendimento. Isso partindo dos possíveis efeitos que a imputação do crime de tráfico gera ao agente. Segundo Carvalho, estamos lidando com uma hipótese de maior danosidade social, isso é evidenciado pelas penas do delito e pela maior estigmatização do sujeito após ser intitulado como “traficante”.<sup>60</sup>

Feitas essas considerações, aponta também que ao se persistir na aplicação deste precedente, os Tribunais aderiram a uma interpretação generalizada do ciclo das drogas. No intuito de explicar esse entendimento, Carvalho cita Muñoz Conde que diz que essa “generalização” é: “la penalización de todo comportamiento que suponga una contribución, por mínima que sea, a su consumo”<sup>61</sup>

Tal ato caracteriza um aumento autoritário do poder de punibilidade do Estado, já que amplia os horizontes da criminalização.<sup>62</sup>

Por fim, ressalta que a univocidade dos artigos 28 e 33, aliadas à falta da exigência do elemento subjetivo do tipo, ocasionam o que chama de “*zona gris de empuxo penalizador*”<sup>63</sup>. Com isso, tem-se a inversão do ônus probatório<sup>64</sup>, tornando

---

<sup>59</sup> CARVALHO; 2013. p. 263-269 .

<sup>60</sup> CARVALHO, loc. cit.

<sup>61</sup>CARVALHO, 2013. apud.. MUÑOZ CONDE. **Derecho Penal: parte especial**. 15. ed.valencia: tirant lo Blanch, 2004. p.664

<sup>62</sup> CARVALHO, op. cit. p. 263-269

<sup>63</sup> O autor entende que o entendimento cria uma “zona cinzenta”, ou seja, uma zona confusa em que não possível determinar o dolo do agente,. mas que mesmo assim incide a força punitiva do direito penal,

responsabilidade do réu desqualificar sua conduta de tráfico para uso. O doutrinador entende que durante a instrução processual caberia ao réu provar o “especial fim de agir” (o propósito de uso), tendo assim uma violação a Carta Magna, pois esta determina ser responsabilidade da acusação provar todos os fatos descritos na denúncia.<sup>65</sup>

### 3.3.2. O artigo 28, §2º da Lei 11.343/06.

O parágrafo 2º do artigo 28 da lei de drogas elenca as circunstâncias que devem ser ponderadas pelas autoridades para determinar qual seria a destinação das drogas encontradas com os agentes detidos durante operações policiais. Levando em consideração “a natureza e a quantidade das substâncias apreendidas”; “o local e as condições que se desenvolveram ação”; “as circunstâncias pessoais e sociais” e os “antecedentes do agente”.

Apesar de haver referência apenas à figura do juiz no dispositivo legal, a doutrina considera, também, ser dever da autoridade policial e do membro do “*parquet*”, quando este oferece a denúncia, considerar o disposto neste parágrafo.

Como aponta Luiz Flávio Gomes, o momento da flagrância em delito, ou o momento que se torna conhecimento da prática do crime, seria a hora que se incumbiria à polícia, determinar se houve a prática do artigo 28 ou 33. Ressalta, ainda, a importância desta análise e que ela tem uma função subsidiária, cabendo a última palavra ao Poder Judiciário<sup>66</sup>

Feitos esses estudos gerais, partamos então para estudos mais aprofundados. Para melhor compreender cada elemento capaz de indiciar o uso próprio, dividamos por partes o parágrafo 2º do dispositivo.

---

<sup>64</sup> O ônus da prova consiste em um encargo processual, seu descumprimento não viola a lei, porém pode vir a prejudicar a parte que o descumpriu durante a ação penal. A produção das provas é incumbida à quem alega os fatos e conseqüentemente tem a intenção de demonstrar sua veracidade. Esse encargo é trazido em lei por meio do 156 do CPP. No mesmo dispositivo se encontra a hipótese em que pode a haver a inversão do ônus, casos em que, levadas em consideração peculiaridades observadas na instrução, pode o juiz realizar a inversão (156, II, CPP). (CAPEZ, 2016).

<sup>65</sup> CARVALHO; 2013, p. 263-269.

<sup>66</sup> GOMES, Luiz Flávio et al. **Lei de drogas comentada**. São Paulo. Editora Revista dos, 2006. p.63

### 3.3.2.1. Quantidade da droga.

Primeiramente, devem ser examinadas a natureza e a quantidade da droga. A natureza se refere a quão “pesada” é a droga, Com relação a quantidade, esta não necessita maiores explicações.

Ao se ponderar quantidade, há casos em que não se encontram dúvidas sobre a real destinação das drogas, como no exemplo dado por Luiz Flávio Gomes de um sujeito apreendido com uma tonelada de cocaína ou maconha.<sup>67</sup> Surge um problema, quando as quantidades apreendidas são razoáveis tanto para a venda como para o consumo e assim se chega ao primeiro impasse resultante do §2 °.

O legislador, ao não especificar no tipo o que se pode considerar uma quantidade destinada para o uso e uma para o tráfico, tornou demasiadamente subjetivo o critério. Em consequência, tem-se uma grande discricionariedade dada ao policial e as autoridades para classificar a conduta. Desse modo critica Luciana Boiteux:

Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto aca sendo feita pela primeira autoridade que tem contato com acusado, prevalecendo, a visão subjetiva desta, sendo excessivamente ampla a discricionariedade dada ao policial. O grande problema, e que, viola, inclusive, os princípios da legalidade e da proporcionalidade, é a ausência, na norma, de uma distinção legal apriorística, o que prejudica a sobremaneira a defesa do acusado<sup>68</sup>

Finalizando o estudo do primeiro critério, utilizemos mais uma vez a doutrina de Vicente Greco. Ao dissertar sobre a consideração, por parte das autoridades judiciárias, à quantidade drogas, entende que essa será a principal, e talvez a única, forma que será utilizada para determinar a conduta do réu ou apreendido. Relembra ainda, como isso seria um problema que se alastra desde a vigência da lei de drogas anterior.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> GOMES, loc. cit.

<sup>68</sup> SHECAIRA, 2014, p. 90.

<sup>69</sup> GRECO FILHO; RASSI, 2009. p 86..

### 3.3.2.2. Local e as condições em que se desenvolveu a ação.

O segundo requisito, elencado no parágrafo 2º, é o dever de se ponderar o local e a forma como foi procedida a apreensão do agente. Mais uma vez, denota-se a subjetividade dos elementos do parágrafo 2º. Desse modo, temos, mais uma vez, um meio incerto de definição, pois é possível encontrar erros na interpretação de como realmente ocorreu o fato, durante a abordagem policial. Isso é criticado pelo professor Rodrigo Chemim.<sup>71</sup>

Com relação à forma e o local da abordagem, o professor identificou um vício internalizado, psicologicamente, pelos agentes de polícia. Esses, ao identificarem uma determinada situação durante abordagem, automaticamente consideram a conduta do abordado como “tráfico de drogas”.<sup>72</sup>

Chamou este “vício” de “formula matemática do tráfico” que se identifica na seguinte forma de abordagem: é recebida uma informação anônima de que em determinado local ocorre prática de tráfico de drogas; a equipe policial se dirige ao local e lá encontram um indivíduo com uma pequena quantidade de droga e dinheiro no bolso (em casos que a abordagem é realizada no domicílio do agente, pode-se encontrar a droga em qualquer parte da casa); consideram as autoridades a incidência do artigo 33.<sup>73</sup>

Chemim salienta, por fim, que a prática exposta acima pode ser atribuída, tanto a um usuário, como a um traficante. Posto isso, coloca que não são feitas

---

<sup>70</sup> Greco leciona que o critério da quantidade era o único presente na lei 6.368/76, apesar da lei atual instituir fatores diversos para a determinação do uso próprio sempre se recorrerá a quantidade. Isso ocorreria pela dificuldade da realização de diligências, principalmente em comarcas menores, para comprovar os demais fatores. Lembra, ainda, que nem a quantidade e nem uma análise psicológica do agente seriam suficientes para comprovar a real intenção delitiva. (GRECO, 2009).

<sup>71</sup> GUIMARÃES, Rodrigo Chemim **A “Fórmula Matemática” do Tráfico de Drogas e a Psicologia Cognitiva**, Gazeta do Povo, 2015, Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rodrigo-chemim-guimaraes/a-formula-matematica-do-traffic-de-drogas-e-a-psicologia-cognitiva-3agz0n1ohiyhju92gqr3ogeo>, Acesso em: 03/052018

<sup>72</sup> GUIMARÃES, loc. cit.

<sup>73</sup> GUIMARÃES, 2015

maiores diligências para determinar a realidade da situação, o que leva a uma classificação errônea da conduta.<sup>74</sup>

Colocado este pensamento, evidencia-se que a análise do local e da forma da abordagem não é um meio seguro de se determinar a conduta do artigo 28.<sup>75</sup>

3.3.2.3. Circunstâncias sociais e pessoais e a conduta do agente e os antecedentes do agente.

3.3.2.3.1. O direito penal de fato e o direito penal de autor.

Para melhor compreender a problemática contida nesta parte do dispositivo, é indispensável que tragamos os conceitos de “direito penal de fato” e o “direito penal do autor”.

Primeiro conceituemos a “forma de direito penal” recepcionada pela Carta Magna Pátria, a forma que leva em consideração apenas o fato praticado pelo indivíduo. O direito penal de fato foi positivado pelo legislador constituinte, junto ao princípio da Culpabilidade<sup>76</sup>, no inciso LXV do artigo 5º da Lei Fundamental.

Para Nivaldo Brunoni o “direito penal do fato” seria um corolário direto do princípio da Culpabilidade determinando que ninguém é culpado de uma maneira “geral”, por características histórico pessoais, e sim por um fato praticado.

Para ele, essa forma de interpretação do direito penal seria a ideal para melhor se avaliar a vontade do agente na prática delitiva. Assim,<sup>77</sup>este entendimento jurídico deveria ser adotado por Estados considerados Democráticos de Direito.

Dessa forma entende Nivaldo Brunoni, embasando-se em Zaffaroni e Pierangelli:

---

<sup>74</sup> GUIMARÃES, loc. cit.

<sup>75</sup> GUIMARÃES, loc. cit.

<sup>76</sup> O Princípio da Culpabilidade é o meio limitador do poder punitivo do estado. Ele garante que a punição recebida pelo indivíduo seja uma retribuição proporcional para o injusto praticado, evitando, também, que a pena transcenda a pessoa do autor e sua capacidade de compreensão dos seus atos.(Brunoni, 2008)

<sup>77</sup> BRUNONI, Nivaldo. **Princípio da Culpabilidade-Considerações-Fundamento, Teoria e Considerações**. Jurua Editora, 2008. p.49-50

Um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode punir o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora da conduta humana. Não se pode punir um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole sua esfera de autodeterminação.<sup>78</sup>

Ainda, sobre o direito penal do ato doutrina Zaffaroni:

”Em sus versiones más puras, el derecho penal del acto concibe el delito como conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de unente responsable (persona) al que se le puede reprochar y, por lo tanto, retribuirle el mal em la medida de la culpabilidad (autonomía de voluntad que actuó)”<sup>79</sup>

Do lado oposto a esta corrente de pensamento, encontra-se o direito penal que leva em consideração os aspectos pessoais do autor. Derivado da escola positivista<sup>80</sup>, o direito penal do autor, como explica Brunoni, tem ênfase na análise do sujeito da ação, mais precisamente sua personalidade. Nessa forma de pensamento o indivíduo era identificado, como coloca o autor, sendo “perigoso”, “diferente”, “patologizado”.<sup>81</sup>

O doutrinador, ainda, é preciso ao demonstrar a impossibilidade de se aceitar esta corrente ao escrever que:

‘O Direito Penal de autor além de enxovalhar o princípio da legalidade ao possibilitar que sejam censurados atos anteriores estranhos ao delito, macula o próprio valor da dignidade humana, uma vez que considera o autor o ser inferior que necessita ser neutralizado a qualquer custo.’<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Ibid. p.50.

<sup>79</sup> RAÚL, Zaffaroni Eugenio; ALEJANDRO, Alagia; ALEJANDRO, Slokar. **Derecho penal parte general**. Editorial Ediar Buenos Aires, p.67 2002.

<sup>80</sup> Escola que entendia o crime com base nas ideias de deterministas, tendo como expoentes autores como Von Litz e Lobroso. Para esta escola o delincente praticava os atos criminosos, pois esta era sua natureza, algo contido em sua personalidade, devendo assim ser neutralizado, por meio de penas severa e até indeterminadas. (Brunoni, 2008)

<sup>81</sup> BRUNONI; op. cit., p.45-49.

<sup>82</sup> BRUNONI; 2008, p.48

Assim como Brunoni, Eugênio Raul Zaffaroni explana sobre o direito penal do autor, classificando essa forma de operação do direito penal como produto de um “desequilíbrio crítico deteriorante da dignidade humana”. A razão deste entendimento deve-se ao fato do autor considerar o direito penal do autor uma maneira de punir por uma suposta deformidade biológica ou psicológica do indivíduo. Este sujeito delinquente, devido a elementos intrínsecos, seria um pecador, uma “peça” não operante em um “mecanismo social maior” que deveria ser neutralizado. Alerta, por fim, que a responsabilização penal deve sempre surgir de expectativas normativas e nunca de disposições internas e intelectuais da pessoa.<sup>83</sup>

Na mesma linha de pensamento de Zaffaroni e Brunoni, Ferrajoli disserta sobre a impossibilidade de serem aceitas normas discriminatórias que punem pessoas e não atos. Nomeia essas normas de “constitutivas” e reafirma que são incompatíveis com o sistema legal, pois ferem o princípio da “*stricta legalidad*”<sup>84</sup>. Para o autor são aceitas em um modelo de direito penal garantista apenas normas “regulativas”, ou seja, que versam sobre fatos.<sup>85</sup>

O professor italiano classifica normas constitutivas como inquisitivas<sup>86</sup> e compara também antigas formas de inquisição com a persecução ao tráfico de drogas:

Como las normas em terribles ordenamientos passados perseguían las brujas, los herejes, los judios, los subversivos o los enemigos del Pueblo; o como las que todavia existen em nuestro que persiguen los vagabundos,

---

<sup>83</sup> RAÚL; ALEJANDRO; 2002, p. 65-67

<sup>84</sup> Derivados do princípio da legalidade, o professor Ferrajoli identifica dois princípios: o da “*mera legalidad*”, classificado como a restrição ao juiz a lei e aos fatos para a classificação dos delitos e o princípio da “*stricta legalidad*” que determina uma técnica legislativa que deve excluir normas arbitrárias e discriminatórias, sancionadoras de pessoas e não fatos. (Ferrajoli, 2001)

<sup>85</sup> **FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** Trotta,, 2001. P. 33-38

<sup>86</sup> Ferrajoli identifica do lado oposto do garantismo, o modelo inquisitório, esse modelo leva em consideração desvios morais e antissociais, levando em consideração apenas a periculosidade do autor (Ferrajoli, 2001)

los proclives a delinquir, los dedicados a trafico de ilícitos, los socialmente peligrosos y semejantes”<sup>87</sup> (Grifos nossos)

Em outra de suas celebradas obras, desta vez ao lado de Pierangeli, Zaffaroni destaca a impossibilidade da existência de “tipos penais do autor” em nosso ordenamento pátrio:

“Qualquer tipo de autor seria inconstitucional em nosso direito positivo, porque a personalidade se vai formando com atos que são vivenciais (à parte do genótipo ou carga biológica herdada), mas que não podem estar proibidos enquanto eles próprios não constituam delitos.”<sup>88</sup>

Finalmente, destaca-se a impossibilidade de coexistência das duas “formas de direito penal”, pois como explica Brunoni, só há a possibilidade de se reprovar o ato ou a forma de vida do autor, o livre arbítrio Aristotélico e o determinismo são opostos incongruentes.<sup>89</sup>

Feitas as devidas conceituações, e tendo em mente o caráter “constitutivo” das regras de combate às drogas, junto à incompatibilidade do “direito penal do autor” com o nosso ordenamento jurídico, podemos passar agora as últimas formas de caracterização do “uso próprio”.

#### 3.3.2.3.2. Os antecedentes.

Primeiro, estudemos o meio que mais se relaciona a uma análise pessoal do sujeito, os antecedentes criminais. Os antecedentes são precedentes judiciais, registrados em cartório, de delitos anteriores, cuja condenação já tenha transitado em julgado.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup>FERRAJOLI; BOBBIO; 2001, p.35

<sup>88</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2009. p.403

<sup>89</sup> BRUNONI, 2008, p.51-52

<sup>90</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Livraria do Advogado Editora, 2018. p.166-167.



É notável a incidência do direito penal do autor neste caso, pois mesmo havendo atos penalmente relevantes, anteriores, realizados pela pessoa, baseando-se no senso comum, não significa que o presente ato seja de tráfico e não de uso.

Identifiquemos um exemplo: dois indivíduos detidos pela autoridade policial na mesma situação fática, porém, um possui “antecedentes criminais”. O indivíduo com antecedentes, mesmo que não relacionados ao tráfico de drogas, será imputado com o crime de tráfico, enquanto ao outro será imputado o crime de uso. Com isso, pode-se notar, no exemplo, não só a ocorrência da culpabilidade do autor, como a perpetuidade da geração de efeitos da condenação de uma infração penal, trazida pelos antecedentes criminais.

Salo de Carvalho identifica e crítica esta permanente incidência de efeitos. A vedação dos efeitos “*ad perpetuam*” dos antecedentes criminais derivaria, segundo o doutrinador, do inciso XLVII, do artigo 5º da Magna Carta, responsável por vedar as penas perpétuas no ordenamento jurídico brasileiro. Consequente a esta proibição, está impossibilitado que o delito gere consequências permanentes ao autor, como ocorre com os antecedentes.<sup>91</sup>

Conclui-se então, fazendo uma análise conjunta do exemplo com o entendimento acima exposto, que crimes praticados anteriormente pelo indivíduo continuam a gerar efeitos em condutas delituosas atuais. Ainda, de forma mais grave, estão sendo determinantes para a identificação da conduta de uso, na medida em que é permitido ao magistrado usar situações alheias ao fato para poder determinar a incidência, ou não, do artigo 28. Fica demonstrada uma possível afronta a princípios constitucionais .

Segundo o tema, Nivaldo Brunoni é preciso ao criticar a demasiada importância dada aos antecedentes, levando com que se tornem meios suficientes para o convencimento, o que seria um retrocesso à “nefasta” escola positivista. Concluindo a crítica, retomando o pensamento do autor, o que importa é a culpabilidade em razão do fato<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena no Estado Democrático de Direito: postulados garantistas**. CARVALHO, Amilton Bueno & CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. RJ: Lumen Juris 2004. , p. 51

<sup>92</sup> BRUNONI; 2008, p.74-77

### 3.3.2.3.3. A Personalidade.

Entremos agora no estudo da utilização da análise da personalidade do sujeito para poder emoldurar sua conduta como a de usuário de drogas. Como já foi percorrido anteriormente, levar em consideração a “personalidade do delinquente” caracteriza direito penal do autor, assim, a fim de evitar repetições, esta parte do mérito não será adentrada, afundo, novamente.

Porém, deve-se ressaltar que foi trazido pela lei, o dever do magistrado, do delega e do promotor de justiça, de utilizar-se desse meio para definir o “uso próprio”. Dito isso, utilizemo-nos de críticas feitas pela doutrina penal que, nesse caso, escreve sobre a impossibilidade de se definir, objetivamente, uma “personalidade” voltada à delinquência.

Nas palavras de Nivaldo Brunoni:

“Em razão disso, a doutrina de vanguarda tem posto o manifesto que não existem garantias seguras de que a investigação sobre a personalidade venha render resultados satisfatórios, seja por sei caráter dinâmico, seja pela inviabilidade de estabelecer um “padrão de normalidade”, seja mesmo porque tal desiderato inclui inúmeras variáveis, como influencia da família e ambiente social”.<sup>93</sup>

De mesmo modo, Salo de Carvalho aponta o quão tormentoso é, ao juiz tentar definir uma personalidade, já que o conceito deriva da psicologia. Ressalta também, que estudos psicológicos demonstraram a existência de ao menos 50 diferentes conceitos de personalidade. Tudo isso, no objetivo de concluir que, nessa situação, falta aptidão ao magistrado para tomar uma decisão precisa. Por força constitucional, o juiz tem de motivar, em detalhes mínimos, sua decisão e dessa forma, por falta de conhecimento aprofundado, qualquer decisão tomada, na visão do autor, seria considerada anêmica.<sup>94</sup>

Em concordância, explica José Antonio Paganella Boschi:

---

<sup>93</sup>Ibid. p.63

<sup>94</sup> CARVALHO; CARVALHO; 2004, p.54-57

“A falta de padrão comparativo, o contínuo de vir da personalidade e a rotina de psicólogos em formular diagnósticos com base na maior ou menor adaptação ao ambiente social também sugerem a impossibilidade das ciências psi atenderem aos pedidos de socorro do direito penal, parecendo-nos temerária, *vénia concessa*, a conclusão de Nucci, que o juiz conseguiria descobrir tudo sozinho, por possuir um bom senso natural, aliás, qualidade empírica ou científica”.<sup>95</sup>

Ainda, a consideração da “personalidade” do agente como meio de definição do “uso próprio” promove não só discriminação de determinada parcela da sociedade, como também a desigualdade. Esse é o pensamento de Ferrajoli que precisamente assinala que a igualdade penal é promovida apenas quando há sanções pelos atos dos indivíduos. Logo, a existência de normas que punam uma “distinta” personalidade feriria a dignidade da pessoa humana, pois o Estado deve respeitar todas as individuais maneiras de ser, não podendo puni-las.<sup>96</sup>

O autor italiano ao reforçar a desigualdade e a discriminação das normas constitutivas e sua forma de taxar o indivíduo como socialmente diferente, coloca os traficantes de drogas como um exemplo deste problema.<sup>97</sup>

Assinaladas estas críticas, entende-se tornar clara a insegurança e a inviabilidade de se basear na personalidade do sujeito para definir sua conduta, visto que a imprecisão pode levar a um errôneo enquadramento no artigo 33 e nas suas mais severas penas.

Em que pese o argumento de que esta análise teria caráter subsidiário, lembremos que as outras formas positivadas no §2 do artigo 28 podem, também, ser consideradas imprecisas.

#### 3.3.2.3.4. A conduta.

Por fim, a lei determina que seja levada em consideração a conduta <sup>98</sup>do agente para determinar a configuração de uso próprio. A conduta do agente, como

---

<sup>95</sup>BOSCHI, 2018, p.173.

<sup>96</sup> FERRAJOLI; BOBBIO, 2001, 505.

<sup>97</sup> FERRAJOLI; BOBBIO; loc. cit..

identifica José Antonio Paganella Boschi, é considerada a forma como a pessoa se porta perante a sociedade, como este se insere na comunidade e se relaciona com vizinhos, parentes, etc.<sup>99</sup>

Retomando as ideias de Brunoni, mais uma vez encontramos a incidência do direito penal do autor, já que a avaliação da conduta nada mais é considerar o “*modus vivendi*” do autor e não o fato por ele praticado, algo inaceitável no direito moderno.<sup>100</sup>

Além do exposto, cabe a crítica de como conectar a forma com que a o individuo se porta em sociedade, com a definição, ou não, de que sua conduta se voltava para o consumo pessoal de drogas. Como foi exposto anteriormente, não pode haver conexão entre o fato e a personalidade do agente.

#### 3.3.2.3.5. Considerações finais.

Para que finalizemos este estudo, ideal é a crítica geral, fomentada pelo professor Salo de Carvalho. Ele disserta que o conteúdo do estudado parágrafo foi uma tentativa desiludida, legalista e positivista, de se utilizar meios absolutamente objetivos a fim de auferir a subjetividade do agente. Entende o autor que meios objetivos podem apenas indiciar, ou sugerir, a intenção do agente, mas nunca definirão de forma concreta a imputação dos delitos de uso ou tráfico. Para que ocorresse a tipificação da forma ideal, deveriam ser usados, de maneira conjunta com os aspectos subjetivos da conduta, como a finalidade mercantil<sup>101</sup>

Concluída a exposição crítica do §2º, do artigo 28, concluiu-se também todo estudo da problemática da Lei 11.343/06 e sua ineficácia de enquadrar, propriamente, indivíduos em seus artigos 28 e 33.

---

<sup>98</sup> Ao analisar o artigo 28 §2º, Arlindo Peixoto Gomes Rodrigues interpreta o termo “conduta”, trazido neste parágrafo, como tendo mesmo sentido de “conduta social”. Com intuito de exemplificar este pensamento, cita o exemplo de uma pessoa que tenha residência e emprego lícito como uma valoração positiva desse quesito. (Rodrigues, 2014)

<sup>99</sup> BOSCHI; 2018, p.169.

<sup>100</sup> BRUNONI; 2008. p. 77-79

<sup>101</sup> CARVALHO; 2013, p. 273-274

Contudo, apenas apontar o problema não é suficiente, é necessário buscar soluções, métodos capazes de resolver o problema. Isto será feito, detalhadamente, no próximo capítulo.

#### 4. Possíveis soluções e reformas.

A doutrina penal, percebendo os problemas da Lei Anti-Tóxicos, tem estudado possíveis soluções a essas questões, como reformulações nas formas de tipificar as condutas, uma possível descriminalização destas e outras formas que estudaremos mais detalhadamente.

##### 4.1. A inserção da finalidade específica no tipo objetivo.

No momento em que foi estudada a não exigibilidade do elemento subjetivo específico no crime de tráfico, todos os elementos considerados indispensáveis foram trabalhados. Logo, a fim de que evitemos desnecessários pleonasmos na dissertação, falemos do assunto de maneira breve.

Primeiro, reforçemos que esta é uma potencial maneira de diferenciação de delitos de sanções em extremos opostos (pouco e altamente lesiva). Então, identifiquemos, aliados ao pensamento de Salo de Carvalho, que já há uma tendência a inserção desta finalidade no art. 33,§3<sup>102</sup> da Lei 11.343/06<sup>103</sup>. De mesmo modo, a exigência de finalidade específica no crime do artigo 33 tem sido exigida de maneira tímida na jurisprudência.<sup>104</sup>

Sobre o §3º do artigo 33, o doutrinador escreve o seguinte:

A previsão do especial fim de agir (sem objetivo de lucro) reforça a tese exposta acerca da necessidade de interpretar as condutas previstas no caput do art. 33 da lei de Drogas como direcionadas à mercancia, de forma a eliminar os espaços de ambiguidade e minimizar os efeitos perversos da lei.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> “§ 3o Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”: (MARCÃO, 94, 2017).

<sup>103</sup> Este parágrafo trata da hipótese de consumo compartilhado, conduta de menor potencial ofensivo que tem sua incidência quando o agente fornece droga para uso compartilhado, com pessoas com laço de afinidade, de maneira eventual. (Carvalho, 2013).

<sup>104</sup> CARVALHO; 2013. p. 270-271

<sup>105</sup> Ibid. p. 288 . .

Com relação ao artigo mencionado anteriormente, Salo de Carvalho ressalta a parte da redação do parágrafo §3 em que se lê “sem objetivo de lucro”. Esta expressão evidenciaria a exigência de dolo específico no delito, ou seja, uma finalidade não mercantil no oferecimento de droga a um terceiro.<sup>106</sup> Já ao tratar da jurisprudência, menciona a decisão do Superior Tribunal de Justiça<sup>107</sup> em que o Ministro Relator Vicente Leal entendeu que, a partir de uma análise sistemática<sup>108</sup> da lei, visto caráter dos crimes e sua similitude na tipificação objetiva da conduta, deveria ser levada em consideração a finalidade do agente para definir se a conduta realizada, no caso julgado, era a de porte de drogas para uso pessoal, ou não.

Eis um trecho fundamental da decisão:

“Todavia, o mesmo diploma legal, em seu art. 16, prevê como crime de menor gravame o ato de guardar ou trazer consigo, para uso próprio, a referida substância, causadora de dependência física ou psíquica.

Assim, ambas as condutas, em sua expressão vernacular, configuram crimes diferentes. No crime previsto no art. 12, o ato de guardar tem por finalidade o fornecimento da droga a terceiros, ao passo que, no tipo do art. 16, guarda-se para consumo próprio.

Assim, pela interpretação sistemática da Lei 6.368/76, não se pode compreender o tipo guardar substância entorpecente sem que se investigue a destinação da conduta.”<sup>109</sup>

Em relação ao exposto, Carvalho conclui:

“Desta forma, em havendo especificação legal do dolo no art. 28 da nova lei de Drogas (especial fim de consumo pessoal), para que não ocorra inversão do ônus da prova e para que se respeitem os princípios constitucionais de

---

<sup>106</sup> CARVALHO; 2013, p. 287-288

<sup>107</sup>STJ, **RESP 115.660**, Rel.Vicente Leal, j. 05.08.97, JStJ e TRF 101/368, RJ 241/106 e Rt 747/637, in FRANCO & STOCCO, Leis..., p. 3146-3147

<sup>108</sup>Roberto B.Dias da Silva alerta que nenhum dispositivo pode ser interpretado isoladamente, pois este encontra-se inserido em sistema de normas coordenado e sistematizado. Desse modo, é necessário analisar todo o contexto da lei para definir o real sentido da norma, visto que ela é “parte de um todo”. (Da Silva Dias, 2007)

<sup>109</sup> STJ; op. cit.

proporcionalidade e de ofensividade, igualmente deve ser pressuposto da imputação das condutas do art. 33 o designio mercantil.”<sup>110</sup>

#### 4.2. A instituição de diferentes tipos penais com base na quantidade e “identidade” da droga.

Para melhor desenvoltura desta parte do texto, é necessário ter em mente, de forma paralela, o que foi dissertado sobre quantidade de drogas no momento em que estudamos o §2º do artigo 28. Feita tal consideração, analisemos a possibilidade de “dividirmos” o delito de tráfico de drogas em diferentes tipos penais.

Salo de Carvalho, com base no sistema penal espanhol<sup>111</sup>, consegue tratar perfeitamente sobre o assunto. O autor escreve sobre a ideia de trazer para legislação nacional diferentes tipos que se caracterizam a luz da quantidade e espécie da droga. Isso ocorreria da seguinte maneira: uma quantidade mínima de drogas tornaria a conduta puramente atípica; uma quantidade moderada acarretaria a imputação por tráfico de drogas; quantidade notória geraria punição agravada e, por fim, a quantidade considerada expressiva resultaria na forma qualificada.<sup>112</sup>

Ainda com base na legislação espanhola, Salo de Carvalho cita o seguinte exemplo:

Assim, em relação ao haxixe, p. ex., as quantidades ficam determinadas da seguinte forma: (a) até 50 gramas o fato é atípico (posse para consumo pessoal); (b) entre 50 gramas e 1 quilo, considera-se posse moderada, recaindo a figura do tráfico simples; (c) de 1 quilo a 2,5 quilos, a quantidade é de notória importância, incidindo as penas agravadas; (d) acima de 2,5 quilos, a posse passa a ser de extrema quantidade, aplicando-se as sanções do tráfico qualificado.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> CARVALHO; 2013, p. 270

<sup>111</sup> A Espanha não é único país que se aproveita da “quantidade e qualidade da droga” para definir a ocorrência, ou não, do crime de tráfico. Outros países como México e República Tcheca adotam esta modalidade. (Guimarães, 2015).

<sup>112</sup> O doutrinador utiliza-se da codificação espanhola para definir estes escalonamentos, no caso, os artigos 368 à 370.

<sup>113</sup>CARVALHO, op. cit. p. 283-287.



Ressalta também que seria competência dos órgãos de vigilância sanitária instituídos pelo Estado, tendo em consideração a média de uso diário de que necessita o dependente de cada espécie específica de droga, definir a quantidade ideal para determinar o ato de uso de drogas, situação atípica nesse sistema, como citamos anteriormente. Nos precedentes espanhóis, existe uma orientação que se multiplique esse número, por três. O cálculo é feito desta forma, para que se encontre um resultado equivalente ao uso por três dias, quantidade de tempo considerada justa pela dogmática espanhola.<sup>114</sup>

Carvalho, ao tratar sobre a forma como esse método seria implantado no Brasil, demonstra que a definição, *a priori*, de uma quantidade específica, caracterizadora da conduta de uso, criaria uma cláusula de barreira que evitaria a imputação do crime de tráfico aos praticantes do crime de uso de tóxicos. Essa quantidade seria definida da mesma forma que no sistema espanhol e teria estas consequências: até o limite desta “barreira” haveria presunção legal, ou jurisprudencial, de que a conduta seria de uso, assim seria julgada no âmbito dos juizados especiais; a segunda consequência seria que a partir da “barreira”, analisando a quantidade de droga apreendida, junto às circunstâncias objetivas do §2 e a finalidade do agente, encontrar-se-ia a imputação de uso ou de diferentes modalidades de tráfico.<sup>115</sup>

Além do professor Salo, existem outros doutrinadores que também defendem o sistema descrito linhas atrás. Por exemplo, Lucina Boiteux que também critica a escala penal única do tráfico (apenas um tipo para todas as quantidades). Para ela, essa forma de tipificação resulta apenas em prisões injustas.<sup>116</sup>

Conforme o exposto entendemos que esta seria a maneira ideal de solucionar a problemática que é tema deste trabalho. Além disso, seria uma forma de proteger princípios básicos do direito penal. Nesse caso, o princípio da lesividade.<sup>117</sup> Destacamos que a atipicidade do porte de pequena quantidade e

---

<sup>114</sup> CARVALHO; 2013.. p. 283-287

<sup>115</sup> CARVALHO, loc. cit.

<sup>116</sup> SHECAIRA, 2014, p. 89

<sup>117</sup> O princípio da lesividade tem como seu objetivo, garantir que a sanção penal seja aplicada apenas à quem lesiona o bem jurídico alheio, Subdivide-se em três partes: veda incriminações de atitudes

consequentemente do uso de drogas, seria a forma ideal de se manter a integridade do principio explicitado acima.

Embasamos esse pensamento nas lições de Nilo Batista. O autor, ainda em tempos de vigência da lei 6.368/06, defendia que a tipificação do crime de uso de drogas fere o principio da lesividade, na medida em que pune uma lesão de bem jurídico que não foge do âmbito interno do autor<sup>118</sup>.

Concluimos então, que esta forma de pensamento pode ser amplamente recepcionada em um ponto de vista doutrinário, permitindo, assim, que também seja pelo Legislador brasileiro. Ao compulsarmos o projeto de lei 9.054/2017, percebemos que o Poder Legislativo começa a aderir à ideia da “divisão” por quantidade do tipo penal de tráfico. Na página 44 deste projeto, propõem-se que o tráfico privilegiado<sup>119</sup> se torne um tipo penal apartado. No projeto a pena do crime será de 01 à 05 anos de reclusão.<sup>120</sup>

Encerremos esta parte do trabalho com a esperança de que estas mudanças sejam acatadas pelo legislador penal e trazidas para ordenamento pátrio. Idealizamos tal inclusão, pois como coloca Carrara:

‘La ciencia del derecho penal debe ser cosmopolita, esto es, debe, dentro de ciertos límites, fundarse en principios de absoluta razón jurídica, que sean Buenos y verdaderos en toda la tierra, tanto en Roma como em Berlin, lo mismo en Petrogrado en Pekin o en Constantinopla.’<sup>121</sup>

#### 4.3. A descriminalização das drogas.

---

internas, condutas que não excedam o âmbito do próprio autor e simples estado e condições existenciais (Batista, 2007)

<sup>118</sup> BATISTA, 2004, p. 92-93

<sup>119</sup> O tráfico privilegiado trata-se de uma minorante trazida no §4 do artigo 33 da Lei 11.343/06, determina uma redução de pena de um sexto a dois terços para quem incidir no *caput* do dispositivo, porem possua bons antecedentes, não se dedique à atividades criminosas ou organização criminosas. O eminente Renato Marcão ressalta que a redução não é mera faculdade dada ao magistrado e sim uma obrigação, de mesmo modo salienta ser uma maneira de dar ao pretor melhores condições de individualizar a pena.. (Marcão, 2017)

<sup>120</sup> BRASIL, **PROJETO DE LEI N° 9.-054/ 2017**, projeto de lei, Brasília-DF, nov. 2017

<sup>121</sup> CARRARA, Francesco. **Programa de Dereho Criminal. Parte especial. Volumen VI**. Temis. 2001 p.328.

Após tudo o que foi exposto durante o desenrolar do trabalho, podemos notar que a problemática da lei de drogas não é algo de fácil solução. Partindo disso, alguns autores entendem que a melhor forma de solucionar os problemas inerentes ao combate de drogas seria a descriminalização delas.

Estudemos o que esses autores defendem e a possibilidade de o direito penal brasileiro recepcionar estas ideias.

#### 4.3.1. O princípio da mínima intervenção.

Para uma melhor compreensão de uma eventual recepção da descriminalização dos entorpecentes em nosso ordenamento pátrio, precisamos primeiro dissertar sobre aspectos principiológicos do direito penal moderno para que sirvam de norte para todo o estudo.

Primeiramente, é necessário expor o caráter fragmentário do direito penal, com isso, recorreremos mais uma vez as lições de Eugênio Raul Zaffroni. Para o autor o direito penal tem uma função restritiva do poder punitivo do Estado, já que a única forma de exercitar a punibilidade é através da norma penal. Com isso, com intuito de evitar que o Estado assuma uma forma totalitária, as sanções penais devem incidir de forma fragmentada, selecionando as condutas para as quais a sanção civil é insuficiente.<sup>122</sup>

A partir desse pensamento, O doutrinador identifica o princípio da mínima intervenção nos países latino-americanos. Visto o caráter violento da intervenção penal e o histórico de afrontas aos direitos humanos, nas nações latinas, Zaffaroni e Pierangeli defendem o uso do sistema penal<sup>123</sup> como uma forma de “*ultima ratio*”.<sup>124</sup>

Sobre a intervenção mínima e o direito penal como ultima “*ratio*” ensina Nilo Batista: “O direito penal só deve intervir em casos de ataque muito graves aos bens

---

<sup>122</sup> RAÚL; ALEJANDRO; 2002, p. 96-97

<sup>123</sup> Nilo Batista define o “sistema penal” como todo o grupo de instituições que possibilitam a realização do direito penal, desde norma como o código penal e o código de processo penal, até os órgãos judiciais que aplicam essas leis. (Batista, 2007)

<sup>124</sup> ZAFFARONI,; PIERANGELLI, 2009. .p.79

jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves são objeto de outros ramos do direito”.<sup>125</sup>

Relembramos que anteriormente já foi tratada a lesividade da conduta de uso de drogas a luz dos ensinamentos do próprio Nilo Batista. Naquele momento foi possível concluir sua baixa lesividade. Com isso, abre-se a possibilidade da descriminalização da conduta, pois como coloca Salo de Carvalho, embasando-se nos ensinamentos de Ferrajoli, só deve haver criminalização de condutas em que a lesividade do ato seja maior que os custos daquela.

Desse modo, escreve:

“A primeira adviria do princípio da necessidade, regra geral de economia político-criminal baseada no utilitarismo que admitiria a intervenção punitiva em casos absolutamente necessários (regra da intervenção mínima). Neste caso, legítima a intervenção somente quando o custo da criminalização não for superior ao da lesão provocada pela conduta reprimida, pois “o direito penal justifica-se unicamente pela capacidade de prevenir danos às pessoas sem causar efeitos mais danosos do que aqueles que têm condições de impedir””.<sup>126</sup>

A seguir exploremos maiores justificações a este pensamento abolicionista da criminalização, mas mantendo sempre o que acaba de ser estudado em mente, o direito penal deve ser mínimo.

#### 4.3.2. A falha do punitivismo.

Além do que foi exposto anteriormente, há mais um fator que deve ser levado em consideração para que possamos justificar a atipicidade da conduta de usuário de drogas, sendo ele a falha do punitivismo.

Alguns renomados juristas identificaram que a repressão ao comércio de drogas falhou. Um deles é o ministro Luiz Roberto Barroso, este em um artigo publicado pelo jornal inglês “The Guardian” defendeu:

---

<sup>125</sup> BATISTA; 2004. p. 85

<sup>126</sup> CARVALHO;. 2013, p. 181

“For decades, Brazil has had the same drug policy approach. Police, weapons and numerous arrests. It does not take an expert to conclude the obvious: the strategy has failed. Drug trafficking and consumption have only increased. Einstein is credited with a saying – though apparently it is not his – that applies well to the case: insanity is doing the same thing over and over again and expecting different results.”<sup>127</sup>

Ainda no mesmo artigo, Barroso ressalta que a mudança da política de antidrogas brasileira diminuiria o encarceramento em massa de jovens com pequenas quantidades de droga.

Nas palavras do Ministro:

“Another benefit of legalization would be to prevent the mass incarceration of impoverished young people with no criminal record who are arrested for trafficking because they are caught in possession of negligible amounts of marijuana. A third of detainees in Brazil are imprisoned for drug trafficking. Once arrested, young prisoners will have to join one of the factions that control the penitentiaries – and on that day, they become dangerous.”<sup>128</sup>

É válido mencionar que o ministro não é o único a defender este posicionamento, outros juristas seguem o mesmo entendimento. Salo de Carvalho está entre eles. O doutrinador identifica que as políticas repressivas foram instituídas em diferentes países americanos, contudo todas tiveram o mesmo resultado: o fracasso. O autor identifica como um subproduto do mencionado fracasso a violação dos direitos humanos,<sup>129</sup>

A fim de concluir esta parte da dissertação, cabida é a reflexão levantada por Maurides de Melo Ribeiro<sup>130</sup>. O doutrinador alerta sobre os perigos de uma política

---

<sup>127</sup> BARROSO, Luiz Roberto **Brazil must legalise drugs – its existing policy just destroys lives**, The Guardian, 2017 Disponível em <https://www.theguardian.com/global-development/2017/nov/15/brazil-must-legalise-drugs-existing-policy-destroys-lives-luis-roberto-barroso-supreme-court-judge>. Acesso em: 06 de Agosto. 2018.

<sup>128</sup> BARROSO; loc. cit.

<sup>129</sup> CARVALHO; 2013, p.211-213

<sup>130</sup> Ribeiro faz um apanhado histórico do punitivismo como forma de combate aos entorpecente ilícitos, desde de seu surgimento nos EUA na década de 1920, passando por tratados assinados nas décadas de 1970 e 1980, até chegar no novo milênio onde deixou de ser unanimidade no direito

criminal antitóxicos demasiadamente repressiva, algo recorrente em nosso país. Assim escreve o doutrinador:

“A história já nos demonstrou os graves malefícios provocados por esses modelos de controle total. É necessário termos sempre em mente a advertência de que o maior perigo da criminalidade nas sociedades modernas não é o crime em si mesmo, mas sim o de que a luta contra este acabe por conduzir tais sociedades ao totalitarismo”<sup>131</sup>

Com isso, julgamos ter demonstrado os argumentos que servirão de base para defender a descriminalização.

#### 4.3.3. A defesa da descriminalização.

Abordadas as questões preliminares, prosseguiremos falando dos motivos de defendermos a descriminalização como uma forma de solucionar o problema tratado nesta investigação.

Salo de Carvalho também considera os fatores anteriormente descritos como justificativas da descriminalização, mas traz mais um argumento extraído da dogmática penal. Este seria que a criminalização do uso afetaria o princípio da lesividade, de maneira que criminaliza uma conduta que não afeta bens jurídicos alheios. Com isso, o doutrinador sustenta o erro de se criar crimes de perigo abstrato, vide o uso de drogas, pois o direito penal só deve incidir em lesões efetivas aos bens jurídicos, ou seja, lesões concretas de bens jurídicos alheios.<sup>132</sup>

Sobre uma análise fática das políticas criminalizadoras<sup>133</sup>, Carvalho demonstra que estas, ao invés de diminuir danos resultantes do tráfico e consumo de drogas

---

internacional. No Brasil, segundo o doutrinador, as tendências repressivas alastraram-se desde de os primeiros ordenamentos e só vieram a ser mitigadas com o advento da Magna Carta de 1988 aliada com, a posteriormente promulgada, lei 11.343/2006 (RIBEIRO, 2013)

<sup>131</sup> DE MELO RIBEIRO, Maurides. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. Editora Saraiva, 2013. p.31

<sup>132</sup> CARVALHO; 2013. p.179-231

<sup>133</sup> Salo de carvalho demonstra que a mentalidade criminalizadora é difundida pela mídia, estas trataria o usuário e o dependente como indivíduos sinônimos. O autor coloca que há, no âmbito fático, uma diferença: o usuário tem controle de suas ações, já que usa entorpecentes de forma recreativa,

(proposta da lei 11.343/06), têm causado um aumento no número de problemas. Tais danos provocam problemas na saúde pública, como exposição a condições insalubres e disseminação de doenças sexualmente transmissíveis entre os usuários, na segurança pública, com a criação de subsistemas criminais e a estigmatização de usuários e, por fim, no âmbito econômico os gastos para manter o sistema repressivo.<sup>134</sup>

Ainda, embasando-se em estudos criminológicos, o autor sustenta a tese de que o delito é parte natural da convivência em sociedade, da mesma forma que o uso de drogas. Segundo ele, fica evidenciado que o ser humano se entorpece<sup>135</sup> a fim de escapar a realidade difícil do mundo contemporâneo.<sup>136</sup>

Em uma investigação à luz do direito comparado, podemos verificar os efeitos da descriminalização em países que adotaram este modelo. Mauricio Flore cita o caso de Portugal, que adotou um sistema em que o porte de drogas é um ilícito administrativo. Caso o sujeito seja apreendido com a quantidade considerada para o uso, caberá a um grupo de médicos, psicólogos e agentes sociais determinar se o indivíduo necessita de tratamento ou aplicação de pena de multa. Destarte, acaba aí a participação do Estado na resolução do problema. O doutrinador destaca, ainda, que a adoção destas medidas diminuiu significativamente o envolvimento de crianças com as drogas.<sup>137</sup>

Uma vez dissertadas estas ideias, concluímos com o pensamento de Salo de Carvalho:

---

enquanto o dependente seria um doente com problemas em controlar sua vontade. Esta espécie de desinformação levaria a população a exigir a repressão das condutas relacionadas aos tóxico para seus legisladores, estes coagidos implementam ações estatais danosas a sociedade.

<sup>134</sup> CARVALHO; 2013. p. 179-231

<sup>135</sup> Carvalho escreve sobre um “direito as drogas”, embasa-se em Thomas Szas e Antonio Escanhotado. Em suma esta teoria defende ser um direito do cidadão intoxicar-se e apenas um Estado autoritário negaria esse direito, isso se justifica devido fato do corpo humano é um direito inalienável de propriedade da pessoa, logo não caberia ao Estado determinar como o indivíduo disporia deste direito.

<sup>136</sup><sup>136</sup> CARVALHO, loc. cit.

<sup>137</sup> SHECAIRA; 2014, p. 137-156

“Como foi possível perceber ao longo da exposição, a eleição do uso e do comércio de droga e de seus sujeitos como inimigos da sociedade tem reduzido toda a discussão sobre o problema ao âmbito do penal, impossibilitando a busca por soluções menos danosas e efetivas alternativas à criminalização, em face da demonstração da absoluta incapacidade resolutive do sistema penal. Pelo contrário, o proibicionismo apenas potencializou efeitos colaterais à incriminação: a promessa de contramotivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário; e com intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis da população <sup>138</sup>”

Demonstradas as justificativas, no aliamos ao pensamento do doutrinador, devido ao fato de que em um sistema de direito penal mínimo, políticas falhas, como a proibicionista antidrogas, devem ser abandonadas. Foram demonstradas ao longo do trabalho, razões suficientes para a descriminalização ser adotada em nosso país, solucionando não só a temática desta monografia, mas também diversos problemas enfrentados no cotidiano da prática criminal.

---

<sup>138</sup> CARVALHO; 2013. p.227



## 5. CONCLUSÃO.

Chegamos então ao fim do trabalho, com isso realçamos os objetivos alcançados durante a dissertação. Primeiro, lembremos que os problemas envolvendo o tráfico e o uso de tóxicos têm caráter histórico no Brasil, demonstramos que as leis 6.368/76 e 10.491/01 não conseguiram solucionar o problema e trazer uma separação das condutas anteriormente citadas, logo sofreram diversas críticas por parte dos operadores do direito penal (não só com relação a tipificação do uso e do tráfico).

Mostrou-se também, que apesar do advento da lei 11.343 ter trazido diversos avanços em relação às políticas adotadas pelos regramentos anteriores, o número de presos por delitos relacionados ao comércio ilegal de drogas só aumentou. Salientamos que isso ocorreu pelo que identificamos como problemas de tipificação nos artigos 33, 28, *caput*, e 28 §2º, aliados a contestáveis precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Em suma, tornamos claras as causas da problemática deste trabalho e suas principais consequências.

Por fim evidenciamos possíveis soluções ao problema, estes claramente receptíveis em nosso ordenamento penal. Em primeiro momento, tratamos de exigir-se o elemento subjetivo do dolo no crime de tráfico, então dissertamos sobre a divisão, por quantidade de droga, do delito de tráfico em diferentes tipos penais, algo que surtiu efeitos positivos na Espanha e que está sendo considerada pelo Congresso Nacional. Por último, falamos da descriminalização uma forma de solução mais abrangente. Esta ficou perto de solucionar o problema tema do trabalho e diversos outros causados pela repressão as drogas.

Consideramos então que todos os objetivos deste trabalho foram cumpridos.

## REFERÊNCIAS.

- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Revan, 2004.
- BARROSO, Luiz Roberto **Brazil must legalise drugs – its existing policy just destroys lives** The Guardian, 2017 Disponível em: <https://www.theguardian.com/global-development/2017/nov/15/brazil-must-legalise-drugs-existing-policy-destroys-lives-luis-roberto-barroso-supreme-court-judge>. Acesso em: 06 de Agosto. 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 2013
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **A Nova Lei Antitóxicos–Primeiras Impressões. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**, v. 27, n. 86, 2002.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Livraria do Advogado Editora, 2018.
- BRASIL, INFOPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília**: Departamento Penitenciário Nacional-Ministério da Justiça, 2014.
- BRASIL, **PROJETO DE LEI Nº 9.-054/ 2017**, projeto de lei, Brasília-DF, nov. 2017
- BRUNONI, Nivaldo. **Princípio da Culpabilidade-Considerações-Fundamento**, Teoria e Considerações. Jurua Editora, 2008.
- CAEIRO, Antônio de Castro. Aristóteles: **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Atlas. 2009
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Editora Saraiva, 2018.
- CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena no Estado Democrático de Direito: postulados garantistas**. CARVALHO, Amilton Bueno & CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. RJ: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:(estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06)**. 2013.
- CARRARA, Francesco. **Programa de Dereho Criminal. Parte especial. Volumen VI**. Temis. 2001.
- DA SILVA, Roberto Baptista Dias. **Manual de direito constitucional**. Editora Manole Ltda, 2007.
- DE ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7,209, de 11-7-1984, ea Constituição de 1988** Editora Saraiva, 1991.

DE MELO RIBEIRO, Maurides. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. Editora Saraiva, 2013.

DINU, Vitória Caetano Dreyer; DE MELLO, Marília Montenegro Pessoa. **Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação/After all, user or drug dealer? A case study about discretionary power and differentiation ideology**. Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 2, p. 205, 2017.

FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trotta, 2001.

GOMES, Luiz Flávio et al. **Lei de drogas comentada**. São Paulo. Editora Revista dos, 2006.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. 2009.

GUIMARÃES, Rodrigo Chemim **A “Fórmula Matemática” do Tráfico de Drogas e a Psicologia Cognitiva**, Gazeta do Povo, 2015, Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rodrigo-chemim-guimaraes/a-formula-matematica-do-trafico-de-drogas-e-a-psicologia-cognitiva-3agz0n1ohiyhju92gqr3ogeo>, Acesso em: 03/05/2018.

LEMGRUBER, Julita. **Controle da criminalidade: mitos e fatos**, São Paulo: Instituto Liberal, 2001,

MARCÃO, Renato Flávio. **Anotações pontuais sobre a lei nº 10.409/2002 (nova lei antitóxicos)**. Procedimentos e instrução criminal. [www.jus.com.br/artigos/2712.01.2002.p.2-3](http://www.jus.com.br/artigos/2712.01.2002.p.2-3).

MARCÃO, Renato Flávio. **A política nacional antidrogas**. 2003.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. Saraiva Educação SA, 2015.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Tóxicos: comentários à Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Bauru: Jalovi, 1977.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2015.

REIS Thiago, **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas**, G1, São Paulo, 03/02 /2017. Disponível em < <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>> Acesso em 18 de Mar. De 2018.

ROCHA, Luiz Carlos. **Tóxicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

RODRIGUES, Arlindo Peixoto Gomes et al. **Soluções Práticas do Dia a Dia do Advogado**. Habermann Editora, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Drogas: uma nova perspectiva**. Instituto Brasileiro de Ciências criminais (IBCCRIM), 2014.

STF, **AI, 741.072** AgR/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, j.22-2011, *Dfe* de 25-5-2011

STJ, **RESP 115.660**, Rel.Vicente Leal, J. 05.08.97, JSTJ e TRF 101/368, RJ 241/106 e Rt 747/637, in FRANCo & StoCCo, Leis.

TEIXEIRA SANTOS, Jessica Adrielle; FÉLIX DE OLIVEIRA, Magda Lúcia. **Políticas públicas sobre álcool e outras drogas: breve resgate histórico**. *Saúde & Transformação Social/Health & Social Change*, v. 4, n. 1, 2013.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 2009.