

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

VALENTINA VAZ BONI

**OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE AS FIGURAS DO CRIME DE POSSE DE
DROGAS PARA USO PESSOAL E DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

**CURITIBA
2018**

VALENTINA VAZ BONI

**OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE AS FIGURAS DO CRIME DE POSSE DE
DROGAS PARA USO PESSOAL E DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

**Monografia apresentada como requisito parcial
para à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Guilherme Oliveira de Andrade

**CURITIBA
2018**

VALENTINA VAZ BONI

OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE AS FIGURAS DO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL E DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Guilherme Oliveira de Andrade: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, aos meus queridos pais, pelo apoio incondicional, ao qual serei eternamente grata.

Ao professor Guilherme Oliveira de Andrade, meu orientador, pela paciência e ensinamentos ao longo da elaboração da presente monografia.

Ao professor José Carlos Portella Junior, por fomentar o debate e o pensamento crítico no âmbito acadêmico.

Ao Vinícius, pela compreensão, carinho, incentivo e suporte em todos os momentos.

Às minhas amigas e amigos que se fizeram presentes nesta jornada, pela amizade, palavras e gestos de encorajamento.

“A utopia está lá no horizonte.
Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos.
Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos.
Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei.
Para que serve a utopia?
Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.”
(Fernando Birri por Eduardo Galeano)

RESUMO

O presente estudo pretende analisar os critérios de distinção entre as figuras do crime de posse de drogas para consumo pessoal e de tráfico de drogas, inculpidas na Lei 11.343/06. A pesquisa pauta-se, num primeiro momento, na investigação das raízes da criminalização de determinadas substâncias, em particular sob a ótica histórica e jurídica. Ademais, se examina os artigos 28 e 33 da referida lei e se expõe o tratamento diferenciado entre as condutas descritas nestes, além das razões para tanto. Por derradeiro, se discute a ausência de critério objetivo de diferenciação entre os crimes elencados e a significativa subjetividade do juiz nestes casos. Aponta-se que referida análise é delineada por meio de fundamentações teóricas e críticas acerca da política de drogas em vigor no Brasil. Sob esta perspectiva, as questões discutidas no decorrer do trabalho conduzem à constatação de que o acentuado encarceramento proveniente de crimes relacionados às drogas provém, em parte, da inexatidão da legislação em vigor. Tendo em vista a realidade social, política e jurídica do país, se sugere a inserção de um critério objetivo a fim de diferenciar o indivíduo que possui drogas para uso pessoal daquele que as possui com finalidade diversa.

Palavras-chave: Lei de Drogas; critérios de distinção; posse de drogas para uso pessoal; tráfico de drogas.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the distinguishing criteria between the crime of possession of drugs for personal use and the crime of drug trafficking, present in Brazilian Law nº 11.343/06. Firstly, the research seeks to investigate the roots of drug criminalization, especially in a historical and juridical point of view. Furthermore, it examines article 28 and 33 of the mentioned law and exposes the difference in treatment between the conducts described in these and the reasons for that. Finally, it discusses the absence of an objective criterion of differentiation between the crimes listed and the significant subjectivity of the judge in the cases. It is pointed out that this analysis is delineated by means of theoretical and critical reasoning on the Brazilian drug policy. From this perspective, the issues discussed on the course of the work lead to the conclusion that the mass incarceration resulting from drug-related offenses stems in part from the lack of precise legislation. In view of the social, political and legal reality of the country, it is suggested to insert an objective criterion, in order to distinguish the individual who has drugs for personal use from the one who has them for a different purpose.

Keywords: Drug policy; distinguishing criteria; possession of drugs for personal use; drug trafficking.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONTEXTO HISTÓRICO DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS	9
2.1 CONCEITOS GERAIS	9
2.2 A GUERRA DO ÓPIO	11
2.3 A INFLUÊNCIA NORTE AMERICANA.....	13
2.4 DOS PRIMÓRDIOS DA CRIMINALIZAÇÃO ATÉ A ATUALIDADE: BREVE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	17
3 O TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE AS FIGURAS DE POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL E TRÁFICO DE DROGAS NA LEI 11.343/06	21
3.1 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS DA LEI DE DROGAS	22
3.2 POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL – ANÁLISE DO ARTIGO 28.....	23
3.3 TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – ANÁLISE DO ARTIGO 33	29
3.4 ÔNUS DA PROVA	31
4 AUSÊNCIA DE CRITÉRIO OBJETIVO DE DIFERENCIAÇÃO	33
4.1 SUBJETIVIDADE DO JULGADOR	33
4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO	35
4.3 ALTERNATIVA À INEXATIDÃO DA LEGISLAÇÃO ATUAL: ADOÇÃO DE CRITÉRIO OBJETIVO	37
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho será realizada uma análise da Lei 11.343/06, também conhecida como Lei de Drogas, a fim de constatar os critérios legais de distinção entre as condutas de posse de drogas para consumo pessoal e tráfico de drogas. Tal investigação se faz pertinente pois a política de drogas em vigência no país acarretou um encarceramento em massa da população, notadamente em suas camadas mais vulneráveis e marginalizadas. Todavia, mesmo com a ostensiva proibição, não se vislumbrou a diminuição dos crimes relacionados às drogas. Isto ocorre devido à lacuna deixada pela atual legislação sobre tóxicos, que endureceu as penas para os traficantes e adotou medidas alternativas aos usuários, num proeminente discurso médico-jurídico, mas que não apresenta critérios objetivos, fazendo com haja margem para que usuários sejam responsabilizados penalmente como traficantes.

O estudo se debruçará sobre os critérios empregados pela lei para diferenciar os crimes de posse de drogas para consumo pessoal e tráfico de drogas. Para tanto, primeiramente se buscará compreender o contexto histórico, jurídico e social que fez surgir a criminalização das drogas. Por conseguinte, será realizada uma análise da legislação brasileira desde o início da proibição até os dias atuais. A seguir, será analisada a Lei de Drogas, especialmente em seus artigos 28 (posse de droga para consumo pessoal) e 33 (tráfico ilícito de drogas), além de serem tecidas breves considerações acerca do ônus da prova nesse contexto e das razões político-criminais para o tratamento diferenciado das condutas. Isto posto, se averiguará a ausência de critério objetivo previsto em lei para diferenciar os crimes anteriormente elencados, a eminente subjetividade do julgador nestas circunstâncias e as implicações da legislação que conduzem ao chamado Direito Penal do Inimigo. Por fim, será exposta uma alternativa à imprecisão da legislação atual, inspirada por pesquisas e modelos estrangeiros.

Para a elaboração desta monografia será utilizada majoritariamente a pesquisa bibliográfica, a ser embasada por meio de livros físicos e digitais, artigos científicos, dissertações e teses, aliada à pesquisa legislativa e histórica sobre a proibição das drogas. Ademais, serão utilizadas pesquisas e estudos técnicos sobre o uso das substâncias proscritas no país, juntamente com pesquisa comparativa em legislação estrangeira.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

É imperioso salientar que o consumo de drogas pelos seres humanos não é recente e historicamente acompanha a busca pela satisfação de instintos e pelo prazer, desde os tempos mais remotos e a proibição tanto do uso quanto do comércio das drogas nos moldes penais teve início no século XX, quando o assunto foi inserido na esfera jurídica.¹ Até esta época, o uso de drogas psicoativas se dividia em duas categorias: com finalidade médica, de modo a atenuar dores, sintomas e enfermidades mentais, e para fins religiosos, quando da realização de cerimônias ou de modo recreacional. Entrementes, devido a eficácia médica de referidas substâncias, estas começaram a despertar a atenção da população, que passou a utilizá-las com fins meramente recreativos.²

A temática que circunda as drogas é assunto que desperta curiosidade pela sua importância não apenas jurídica, mas também por ter se tornado, nas palavras de Rosa del Olmo: “o negócio – econômico e político – mais esplêndido dos últimos anos.”³

Neste primeiro capítulo, busca-se realizar uma abordagem histórica da criminalização das drogas e a evolução legislativa do modelo repressivo, sobretudo o brasileiro – foco principal do presente trabalho.

2.1 CONCEITOS GERAIS

Em sentido médico, a Organização Mundial da Saúde conceitua droga como toda substância que, introduzida num organismo vivo e não produzida por este, pode alterar seu funcionamento.⁴ Sob o ponto de vista normativo, as drogas podem ser

¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.** 273 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 26.

² MUSTO, 2002 apud RODRIGUES, 2006, p. 31.

³ OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga.** Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 21.

⁴ Organização Mundial de Saúde. **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10.** Porto Alegre: Editora Artes Medicas Sul, 1993.

lícitas ou ilícitas, de acordo com o julgamento de valor feito pela norma proibitiva em vigor.⁵

As drogas ilícitas são assim classificadas por serem proibidas. Contudo, é prudente ressaltar que existem drogas, detentoras de igual poder de produzir alterações no funcionamento do organismo, que são definidas como lícitas, como por exemplo o álcool e o tabaco. Assim, Giacomolli sinaliza que é “muito precário e simplista considerarmos como sendo drogas apenas as substâncias tidas como ilícitas pela lei”.⁶ Com isto, pode-se concluir que as drogas ilícitas assim o são não por sua mera capacidade de modificação orgânica, mas sim pelo discurso historicamente construído a sua volta.⁷

Neste primeiro momento, é necessário diferenciar certas categorias de drogas. As drogas psicotrópicas, chamadas também de substâncias psicoativas, modificam o funcionamento do cérebro, de modo a alterar o estado mental.⁸ Dentro desta categoria, a classificação se assenta nas ações aparentes da droga sobre o Sistema Nervoso Central (SNC): estas podem ser depressoras, estimulantes ou perturbadoras da atividade mental.

As drogas depressoras da atividade mental têm em comum a peculiaridade de diminuir a atividade global ou específica do SNC e, por consequência, acarretam lentidão na atividade motora e nas reações à dor, inicialmente deixando o indivíduo eufórico, para então gerar o aumento de sua sonolência.⁹ Incluídos nesta classificação estão: o álcool, os barbitúricos¹⁰, os benzodiazepínicos¹¹, os opioides¹² e os solventes ou inalantes.¹³

⁵ RODRIGUES, 2006, p. 17.

⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. Análise crítica da problemática das drogas e a lei 11.343/2006. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.16, n.71, p. 181 - 204, mar./abr. 2008, p. 183.

⁷ OLMO, 1990, p. 22.

⁸ NICASTRI, Sérgio. **Drogas**: classificação e efeitos no organismo. Curso de Atualização em Atenção Integral aos Usuários de Crack e outras Drogas para profissionais atuantes nos Hospitais Gerais. Centro Regional de Referência para Educação Permanente em Crack, Álcool e Drogas. [S.l.]: SENAD, 2006, p. 16.

⁹ Ibid., p. 17.

¹⁰ Substâncias sintetizadas artificialmente desde o início do século XX, utilizadas no tratamento de insônia. NICASTRI, 2006, p. 19.

¹¹ Drogas que potencializam a ação de neurotransmissor inibitório do SNC (ácido gama-amino-butírico). Produz diminuição de ansiedade, indução do sono, relaxamento muscular e redução do estado de alerta. Exemplos: diazepam, lexotan, clonazepam. NICASTRI, 2006, p. 20-21.

¹² Drogas de efeito sedativo, extraídas da papoula do oriente, como a morfina, heroína e codeína. NICASTRI, 2006, p. 21.

¹³ Substâncias de ação rápida e curta duração, dentre as quais se destacam o éter etílico, clorofórmio e tolueno. NICASTRI, 2006, p. 22-23.

Por sua vez, as drogas estimulantes da atividade mental possibilitam a ampliação da atividade de certos sistemas neuronais, se traduzindo em um estado de alerta exacerbado e insônia.¹⁴ Exemplos deste tipo são: as anfetaminas¹⁵ e a cocaína.¹⁶

Finalmente, as drogas perturbadoras da atividade mental, também conhecidas como alucinógenas, podem provocar delírios e alucinações devido às alterações que ocasionam na função cerebral. Dentre estas destacam-se: a maconha¹⁷ e os alucinógenos.¹⁸

2.2 A GUERRA DO ÓPIO

De acordo com Rodrigues, desde os tempos mais longínquos, as civilizações egípcias, gregas e romanas utilizavam o ópio para fins medicinais, devido as propriedades analgésicas da substância.

Na China, o ópio atingiu seu ápice no século XVIII, quando aproximadamente 1 milhão de cidadãos estavam viciados na substância. Frente a isto, o Imperador banuiu a venda e o consumo de ópio em 1729, mas manteve fora da proibição a venda da droga para fins medicinais. A proibição oficial da importação e produção da substância ocorreu em 1800 pelo governo chinês, seguida em 1813 pela proibição do fumo de ópio.¹⁹

¹⁴ NICASTRI, 2006, p. 23.

¹⁵ Substâncias sintéticas, que ampliam a liberação e o tempo de atuação da dopamina e da noradrenalina, neurotransmissores cerebrais. Exemplos: metanfetamina, metilfenidato. NICASTRI, 2006, p. 23-24.

¹⁶ Substância extraída da coca, na forma de pó ou de pedra (crack) que atua sobre os seguintes neurotransmissores: a serotonina, a dopamina e a noradrenalina. NICASTRI, 2006, p. 24-25.

¹⁷ Folhas de Cannabis sativa, que podem ser fumadas ou ingeridas, cujo principal ativo é o THC (tetrahydrocannabinol). Esta droga provoca sensação de bem estar e calma mas também pode ocasionar ansiedade e angústia, além de prejudicar a memória. NICASTRI, 2006, p. 26-27.

¹⁸ Drogas que provocam alteração psíquica, como alucinações e delírios, sem, contudo, estimular ou deprimir a atividade cerebral, como exemplo há o ecstasy e o ácido lisérgico (LSD). São subdivididos em: alucinógenos primários (induzem seus efeitos em doses que não afetam outras funções do organismo; alucinógenos secundários (além de produzir seus efeitos, alteram outras funções) e plantas com propriedades alucinógenas (dentre os quais se destacam alguns tipos de cogumelos e plantas utilizadas em chás). NICASTRI, 2006, p. 28-31.

¹⁹ RODRIGUES, 2006, p. 30.

Rodrigues preconiza que apesar desta situação, a venda de ópio não foi detida e a proibição impulsionou o comércio ilícito da substância, que obtinha grandes margens de lucro e acobertava os principais responsáveis pela subversão.

Nesta época, o ópio era comercializado internacionalmente, principalmente pela Coroa Britânica que o vendia em larga escala à China e mencionada proibição afetou os lucros e interesses econômicos da Coroa. Por questões econômicas, em 1838 o Imperador chinês decidiu banir o comércio de ópio, determinando o fechamento de fábricas estrangeiras no país e ordenando a destruição da matéria prima, numa política marcadamente repressiva e protecionista, a fim de extinguir o consumo de tal droga.

Neste contexto, em 1839 desenrolaram-se os fatos atualmente denominados como Guerra do Ópio entre a China e Inglaterra, a qual perdurou até 1842. Um de seus motivos determinantes foi a equivocada percepção, por parte dos comerciantes ingleses, de que o ópio se tornaria uma droga lícita na China, o que os levou a ampliar seus estoques e, quando da proibição, acarretou o acúmulo excessivo do produto, já que deixou de ser vendido a seus consumidores habituais. Somado à isto, a China apreendeu cargas de navios ingleses que continham ópio e não os ofereceu qualquer indenização pela perda.

A Coroa Inglesa reagiu de forma a enviar para a China suas tropas que se encontravam na Índia. Nesta conjuntura, o preço do ópio na China se encontrava bastante elevado e seu comércio ilícito continuou a ser efetuado pela Inglaterra, auxiliada pelos Estados Unidos.

Nos meses de setembro e outubro de 1839 ocorreu o apogeu dos embates entre ingleses e chineses e, em agosto de 1840, os britânicos invadiram o norte do território chinês e coagiram o Imperador a negociar.²⁰ Finalmente, em 1842 os dois países assinaram o Tratado de Nanquim, no qual a Inglaterra visivelmente auferiu mais vantagens, atingindo seu propósito inicial de manutenção do comércio de ópio.

Em suma, vislumbra-se que as guerras do ópio tiveram como pano de fundo motivações econômicas e políticas, no contexto do comércio legal do ópio que produzia grandes lucros aos ingleses. No seio destes conflitos nota-se uma política voltada para o livre comércio de drogas, radicalmente diferente da que será analisada

²⁰ RODRIGUES, 2006, p. 29-37.

a seguir, na qual predomina o discurso proibitivo e a declaração de guerra às drogas tanto no plano nacional quanto internacional.²¹

2.3 A INFLUÊNCIA NORTE AMERICANA

A primeira manifestação internacional no sentido de reprimir o consumo e/ou produção das drogas ocorreu na Conferência de Xangai de 1909, na qual se destacou o posicionamento proibicionista dos Estados Unidos da América, que conduziram seus esforços de modo a convencer os demais países participantes a restringirem o uso do ópio apenas para fins medicinais.²² Em 1912 realizou-se a 1ª Convenção sobre Ópio de Haia, que culminou na limitação da produção e venda de ópio (permitido somente para uso médico) e cocaína e forneceu as bases para a cooperação internacional entre países, refletindo a postura proibicionista proposta pelos EUA.²³

Ante o crescente e preocupante uso de tóxicos, se buscava cada vez mais a repressão das condutas que se relacionassem às drogas consumidas na época.

Entretanto, os movimentos mais significativos no que se tornaria a “guerra às drogas”²⁴ despontaram nos anos 60 nos EUA. Conforme expõe Rosa de Olmo, a Organização Mundial da Saúde, em âmbito médico, e a Organização das Nações Unidas, em esfera jurídica, começaram a alertar para o problema de saúde pública decorrente do uso de drogas, em uma tentativa de internacionalização do duplo discurso médico-jurídico: a junção do modelo médico-sanitário, na qual o consumidor é tratado como dependente, com o modelo ético-jurídico, no qual o traficante é qualificado como criminoso.²⁵

Já no final desta década, os Estados Unidos lançam uma campanha antidrogas que tem como principal alvo países latino americanos, para que estes se engajassem no processo de repressão do consumo de drogas. Alguns destes governos ratificaram a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 da ONU e inseriram o discurso

²¹ D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 77-78.

²² RODRIGUES, 2006, p. 37.

²³ Ibid., p. 38.

²⁴ Expressão cunhada nos anos 70 por Richard Nixon, presidente norte-americano.

²⁵ OLMO, 1990, p. 30-35.

médico jurídico na legislação nacional.²⁶ No Brasil, promulgou-se o Decreto-lei nº 159 de 1967, que versava sobre as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, e a Lei nº 5.726/71, que dispunha sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinassem dependência.

Em síntese, Olmo pontua que nos anos 60 é nítida a maneira com que os EUA tomaram para si o dever de reprimir cada vez mais o consumo e a produção de drogas e ditou que o discurso a ser empregado seria o médico-jurídico, pois o consumo das drogas havia chegado à juventude de classe média e estes deveriam ser percebidos como doentes, ao passo em que o fornecedor deveria ser visto como criminoso.

No início da década de setenta os meios de comunicação desempenharam significativo papel a fim de amedrontar a população e reproduzir discursos estereotipados provenientes do contexto norte-americano, que em nada se assemelhavam às práticas latino-americanas, pois se utilizavam do vocábulo droga quando estavam apenas tratando de um único tipo: a maconha, até então a droga de maior consumo. Conforme observa Rosa del Olmo: “se a heroína foi a droga contra-revolucionária dos Estados Unidos, a maconha o foi na América Latina no início da década de setenta.”²⁷

Tendo em vista a predominância do discurso médico-jurídico, as consequências do consumo da maconha se mediam pelo indivíduo que a consumia: caso fosse um sujeito proveniente de classe baixa, habitante da favela, a droga incentivava a criminalidade e violência e este seria preso por tráfico. Por outro lado, se fosse um sujeito proveniente da elite, este se tornava apático e era sujeito, no máximo, a tratamento médico, pois a este correspondia o estereótipo de dependente.²⁸

Nesta tendência repressiva, ocorreu em 1972 a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas ²⁹ que proibiu as drogas do tipo psicotrópicas sob a justificativa de seus efeitos degenerativos, que supostamente seriam tão graves quantos os provenientes dos narcóticos. ³⁰

²⁶ OLMO, 1990, p. 37.

²⁷ Ibid., p. 46.

²⁸ Ibid., p. 47.

²⁹ Anfetaminas, LSD, estimulantes, tranquilizantes, sedativos hipnóticos.

³⁰ Antes disso, apenas os narcóticos relacionados ao ópio, a cannabis e a cocaína eram proibidos em âmbito internacional. RODRIGUES, 2006, p. 40.

No final da década, de acordo com Olmo, era crescente a preocupação dos EUA com a cocaína e o país se utilizou de sua influência para que este temor se estendesse à América Latina a fim de proibir legalmente a droga. Com isto, buscava-se impor um discurso jurídico transnacional e o governo norte americano procurou apontar culpados pela disseminação das drogas: os imigrantes ilegais.³¹

Este perigoso discurso também criou o estereótipo do criminoso latino americano (predominantemente colombiano) que foi disseminado pelos meios de comunicação, por razões notadamente econômicas, levando-se em consideração que os latino americanos eram força de trabalho ameaçadora em momento de crise econômica norte americana.³²

Especificamente no Brasil, em 1980 formou-se o Conselho Federal de Entorpecentes, um reflexo do resgate de medidas para que se iniciasse o combate às drogas num âmbito latino americano. Igualmente convém evidenciar as Declarações de Quito e Nova York, a primeira inseria o narcotráfico na categoria de delito contra a humanidade e a segunda visava pressionar as Nações Unidas para a realização de uma conferência com enfoque nas questões jurídicas e institucionais e a concretização da cooperação internacional quanto ao combate ao narcotráfico.

Por conseguinte, foi constituído o Grupo de Trabalho *ad hoc* sobre drogas da Organização dos Estados Americanos e em 1986 foi convocada a Conferência Especial Interamericana sobre Narcotráfico no Rio de Janeiro. Ademais, no Brasil foi instaurada a Operação Pássaro, visando combater a produção de cocaína, que era refinada por laboratórios localizados na região amazônica do país.³³

O fim último era eliminar a oferta do produto e foram feitas tentativas de erradicar os cultivos de maconha e cocaína nos países que mais o produziam. Em contrapartida, quanto mais se tentava acabar com a produção, mais se estendia o negócio à áreas que antes não eram cogitadas para o plantio e a rota do tráfico se expandia.³⁴

Preceitua Olmo que o ápice da década ocorreu quando o presidente norte americano Reagan e o vice presidente Bush declararam que as drogas eram o problema número 1 do país, inserindo o tráfico internacional de drogas na questão de

³¹ OLMO, 1990, p. 51-58.

³² A Colômbia, na época, era a maior produtora e exportadora de cocaína para os EUA.

³³ OLMO, op. cit., p. 63.

³⁴ Ibid., p. 65.

perturbação à segurança nacional e associando o narcotráfico ao terrorismo, mantendo o discurso de culpabilização de inimigos externos.

É predominante o empenho do referido país em internacionalizar o problema, sob alegações de que as drogas estariam afetando a soberania nacional. Surge então o modelo geopolítico, nos quais as figuras centrais não são mais o consumidor e o traficante, mas sim os países vítimas e países vitimários. Neste momento, os Estados Unidos se apresentam como “o país vítima por excelência” e o estereótipo do criminoso latino americano se difunde e adquire proporções continentais. O foco neste contexto é a cocaína, notadamente por influência norte-americana, a despeito da preocupação latino americana se concentrar no consumo de maconha.

Por consequência, este discurso transnacional procurava resumir a problemática das drogas a apenas uma substância e um responsável: a cocaína e o criminoso latino americano.

Em suma, o início da década de 80 foi marcado pelo discurso moralista que atribuía o pânico das drogas à oferta (tráfico) e não a demanda (consumo)³⁵, de modo a demonizar o inimigo, na figura do indivíduo que comercializava as drogas; discurso este que encobria as reais intenções da “guerra contra as drogas” e transformava o assunto em tabu, deixando de questionar o primordial: o motivo destas serem tão consumidas pelas mais diversas camadas sociais.

Rodrigues pontua que a repressão de drogas teve seu ápice com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, assinada e promulgada em 1991 pelo Brasil.

Assim, o combate às drogas ilícitas se tornava um desafio coletivo e global, abrindo caminho para a cooperação entre países, para tornar possível a extradição de traficantes e confisco de ativos financeiros destes. Neste sentido, cabe frisar o fim último da internacionalização da política norte americana: a erradicação do cultivo de narcóticos, especialmente a coca na América Latina, para deter a produção das drogas consideradas ilícitas.³⁶

³⁵ OLMO, 1990. p. 64-74.

³⁶ RODRIGUES, 2006, p. 40-42.

2.4 DOS PRIMÓRDIOS DA CRIMINALIZAÇÃO ATÉ A ATUALIDADE: BREVE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O primeiro ordenamento a contemplar a criminalização do uso, posse e comércio de entorpecentes no Brasil foram as Ordenações Filipinas, que assim preconizavam:

que ninguém tenha em caza rosagar, nem o venda, nem outro material venenoso [...] e qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, ametade para nossa Camera, e a outra para quem o acusar, e seja degradado para Africa até nossa mercé.³⁷

Por conseguinte, o Código Penal Brasileiro do Império sancionado em 1830 era omissivo quanto a tipificação do consumo e comércio de tóxicos.

A Codificação da República de 1890, por outro lado, resgatou a proibição e a insere no capítulo de crimes contra a saúde pública, da seguinte forma: “Art. 159. Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários” sob pena de multa.³⁸

A Consolidação das Leis Penais de 1932 expande o número de núcleos típicos do caput do Art. 159 para englobar as condutas de:

vender, ministrar, dar trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substancias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saude Publica, induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substancias. Penas: de prisão cellular por um a cinco anos e multa ³⁹

³⁷ PORTUGAL, Ordenações Filipinas. Legislação brasileira e portuguesa ordenando a execução das Ordenações Philippinas -- Primeiro livro das Ordenações -- Additamentos -- Segundo livro das Ordenações -- Additamentos -- Terceiro livro das Ordenações -- Additamentos -- Quarto livro das Ordenações -- Additamentos -- Quinto livro das Ordenações --Additamentos. **Typ. do Instituto Philomathico**, Rio de Janeiro, RJ, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>.

³⁸ BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal. **Coleção das Leis do Brasil**, Sala das sessões do Governo Provisorio, 11 de outubro de 1890. Art. 159.

³⁹ BRASIL. Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 17 de dezembro de 1932, Art 159.

É crucial acentuar que, em comparação à redação anterior do artigo supramencionado, foram inseridos doze parágrafos, a pena de multa foi acrescida de prisão, o vocábulo venenosas foi substituído por entorpecentes (em referência às substâncias) e o Departamento Nacional de Saúde Pública se tornou órgão essencial na observância de formalidades de venda, solidificando uma tendência repressiva e sinalizando o que seriam os primeiros passos do combate às drogas no país.⁴⁰

Por sua vez, os Decretos 780/36 e 2.953/38 sinalizavam a construção do modelo repressivo de política de drogas, pois versavam sobre a criação e constituição da Comissão nacional e permanente de fiscalização de entorpecentes. O Decreto-lei 891/38 foi editado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936 e indicou a adoção do modelo internacional de controle, trazendo modificações no âmbito tanto da produção e do tráfico quanto do consumo, além da proibição de diversos entorpecentes.⁴¹

Com a promulgação do Código Penal de 1940, a nomenclatura empregada para a proibição era a de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, contido no capítulo de crimes contra a saúde pública, redigido desta maneira:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 49.

⁴¹ Ibid., p. 50-51.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.⁴²

De acordo com Carvalho, é a partir desta década que desponta a sistematização da política proibicionista. Esta se concretiza através de sistemas punitivos autônomos que são coerentes entre si, como a criminalização primária, que se traduz em modelos criados a fim de atender a demandas específicas e processos de seleção, e a criminalização secundária, nomeadamente por meio de aparatos repressivos. É imprescindível destacar que este Código tenta preservar as hipóteses de criminalização juntamente às regras gerais de interpretação e aplicação da lei penal codificada.

Contudo, referida tendência se esvai a partir da edição do Decreto-lei 4.720/42 e da Lei 4.451/64, posto que estes são os marcos iniciais do processo de descodificação (especialmente na questão dos entorpecentes) e conseqüentemente geraram reflexos no (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico penal).⁴³

O Decreto-lei 4.720/42 buscava fixar normas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes e para a extração, transformação e purificação de seus princípios ativo terapêuticos e preconizava a necessidade de concessão pela União destas atribuições. O caput de seu artigo 5º trazia a cominação de multa ao responsável ou firma proprietária em caso de infração das disposições legais e, se reincidentes, operava-se, a pedido da Comissão, o cancelamento da autorização e fechamento definitivo do estabelecimento pela polícia.

Conseqüentemente, a Lei 4.451/64 altera a redação do artigo 281 do Código Penal de 1940 para inserir o tipo penal “plantar”.

Por sua vez, é por meio do Decreto 54.216/64 que se opera a aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes, aprovada em Nova Iorque em 1961. No panorama brasileiro, em plena ditadura militar, isto significou o ingresso definitivo do Brasil no cenário internacional de combate as drogas.⁴⁴ Por conseguinte,

⁴² BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, RJ, 31 de dezembro de 1940.

⁴³ CARVALHO, 2016, p. 49-50.

⁴⁴ Ibid, p. 54.

o Decreto-lei 159/67 iguala aos entorpecentes às substâncias capazes de determinar dependência física e/ou psíquica.

Em contrapartida, a publicação do Decreto-lei 385/68, o qual modificou o artigo 281 do Código Penal e criminalizou usuário com pena idêntica à imposta ao traficante, seguiu na contramão da orientação internacional e rompeu com o discurso de diferenciação:

"Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.)

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

§ 1º **Nas mesmas penas incorre** quem ilegalmente:

I - importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito ou sob sua guarda matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determinem dependência física ou psíquica;

II - faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

III - **traz consigo, para uso próprio**, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.)⁴⁵

Ainda, impende destacar a Lei 5.726/71, que adequou o sistema nacional às orientações internacionais, numa tendência notadamente descodificadora, além de modificar o rito processual. Contudo, a técnica repressiva ainda se fez presente e não se diferenciou o usuário do traficante em termos de punição.

Sucederam-se outras modificações no tocante à legislação sobre as drogas, mas alteração significativa somente despontou com a edição da Lei 11.343/06, atualmente em vigência, especialmente em seus artigos 28 e 33, cuja análise pormenorizada será realizada no capítulo subsequente.

⁴⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 385, de 26 de Dezembro de 1968. Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 26 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Dei0385.htm>.

3 O TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE AS FIGURAS DE POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL E TRÁFICO DE DROGAS NA LEI 11.343/06

É notável a superlotação do sistema carcerário brasileiro e as consequências nefastas que o tratamento dado aos presos nesse ambiente inóspito ocasiona. De acordo com dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça em fevereiro de 2017, os crimes de tráfico de drogas lideram a lista elaborada e correspondem a 29% dos processos nos quais os réus estão presos provisoriamente, aguardando o julgamento.⁴⁶

Neste sentido, a Human Rights Watch, renomada organização não governamental internacional de direitos humanos, em seu relatório anual de 2016 destacou as condições das prisões brasileiras e apontou a superlotação dos presídios como um problema crônico de direitos humanos. A entidade constatou que de 2004 a 2014 o número de presos no país aumentou em 85% e um dos fatores essenciais para tanto foi o advento da Lei nº 11.343/06, popularmente conhecida como Lei de Drogas. Referida legislação endureceu as penas para traficantes e, apesar de ter adotado medidas alternativas ao invés de penas de prisão para usuários, a falta de um critério objetivo deixa margem para que usuários sejam processados como traficantes. Para ilustrar tal afirmação, o relatório traz dados alarmantes: em 2005, 9% dos indivíduos foram presos por crimes ligados ao tráfico. Em 2014, este número era de 28% e entre as mulheres, 64%.⁴⁷

Esta realidade e suas implicações sociais são criticamente esclarecidas nas palavras da renomada Vera Batista:

“Com a mais dramática expansão carcerária da história da humanidade, conjugam-se prisões decrepitas com imitações de *supermax* estadunidense e seus princípios de incomunicabilidade, emparedamento e imposição de dor e humilhação aos familiares dos presos. Perdemos a mordida crítica que tínhamos contra o autoritarismo na saída da ditadura e hoje aplaudimos a tortura e extermínio de inimigos de plantão. O importante é traduzir toda a conflitividade social em punição.”⁴⁸

⁴⁶ AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **Levantamento dos Presos Provisório do País e Plano de Ação dos Tribunais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>.

⁴⁷ HUMAN RIGHTS WATCH. **Brasil: Eventos de 2016**. Disponível em <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766#237f70>>.

⁴⁸ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 101.

Em vista deste contexto, se faz necessária uma análise aprofundada sobre os critérios legais que visam diferenciar as condutas de posse de drogas para consumo pessoal e tráfico de drogas, tipificadas na Lei nº 11.343/06.

3.1 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS DA LEI DE DROGAS

Segundo Lima, o artigo 1º da Lei de Drogas contém o seu principal objetivo, qual seja, o de tratar de maneira diversa o usuário do traficante de drogas, inclusive reconhecendo que a pena privativa de liberdade não era capaz de conter o problema de uso de entorpecentes, o qual deveria ser objeto da saúde pública. Neste sentido, a inovação da referida lei é exatamente esta: deixou de cominar pena privativa de liberdade ao crime de posse de drogas para consumo pessoal.⁴⁹

Ainda, referida lei igualmente se moderniza ao trazer a política de redução de danos em seus artigos 20 a 26, os quais versam sobre a melhoria da qualidade de vida e redução de riscos e danos provenientes do uso de drogas para usuários e dependentes químicos. Além disto, os dispositivos legais preveem a necessidade de reinserção social destes indivíduos, guiada por princípios como respeito, observância de direitos humanos, atenção às peculiaridades socioculturais e abordagem multidisciplinar. Destaca-se também a garantia de serviço de saúde garantido a este grupo de pessoas caso estejam inseridas no sistema penitenciário.

A Lei de Drogas busca tutelar o bem jurídico da saúde pública, em conformidade com os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal, que dispõem que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve garanti-la por meio de políticas econômicas e sociais, preconizando o acesso universal à saúde. Ademais, segundo Lima, trata-se de crime de perigo abstrato, isto é, há mera probabilidade de dano, o qual não precisa efetivamente ocorrer para que o delito se consuma. Nestes tipos de crime, o legislador visa punir o indivíduo antes que sua conduta lese o bem jurídico tutelado.

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 695-696.

Outrossim, a posse de drogas para consumo pessoal é crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa. Por outro lado, o sujeito passivo é a coletividade, tendo em vista a potencialidade lesiva em face de toda a sociedade. Não se fala em proteção apenas a saúde do próprio usuário, pois é defesa a punição de autolesão pelo ordenamento jurídico vigente, em atenção ao princípio da ofensividade.

Os tipos penais contidos na Lei de Drogas são uma espécie de norma penal em branco, tendo em vista que demandam complementação de outro diploma legal. Ou seja, apenas as substâncias constantes de mencionada portaria ensejam a tipicidade da conduta, ainda que existam outras com os mesmos efeitos, quais sejam, de causar dependência física ou psíquica. Além disto, os crimes elencados só são punidos a título de dolo.⁵⁰

3.2 POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL – ANÁLISE DO ARTIGO 28

A guerra às drogas contemporânea tem seu ápice com o advento da Lei nº 11.343/06, que faz clara distinção entre o indivíduo que possui drogas para uso pessoal e o indivíduo que as possui para destinação diversa. O primeiro crime está tipificado no art. 28 da referida lei, que estabelece:

Art. 28. quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

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

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

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

⁵⁰ LIMA, 2016, p. 702-706.

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7o O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.⁵¹

Nota-se que, diferentemente da legislação anterior, referida lei empregou o termo *droga* para designar as substâncias capazes de gerarem dependência física ou psíquica. Assim, deve-se apontar o que exatamente são as “drogas” passíveis de controle especial no Brasil, posto se tratar de lei em branco heterogênea.⁵² A resposta provém dos Anexos à Portaria nº 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária⁵³, que trazem o rol das substâncias e medicamentos sujeitos a regulamentação estatal, lista periodicamente atualizada pelo Poder Executivo da União.

Este artigo é considerado um tipo misto alternativo, posto que incrimina as condutas de: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo. Assim, nas palavras de Lima: “mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade.”⁵⁴

É imperioso ressaltar que este artigo não tipifica o mero *uso* de drogas, sendo esta conduta atípica. Deste modo, se um indivíduo é flagrado fazendo uso de entorpecente, para se comprovar a incidência de uma das ações típicas, é de extrema

⁵¹ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>.

⁵² JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação Penal Especial**: volume 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

⁵³ ANVISA. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. **Diário Oficial da União**, [S.l.], 19 de maio de 1998.

⁵⁴ LIMA, 2016, p. 706-707.

necessidade que parte da substância em questão seja apreendida, para a realização de exame toxicológico.⁵⁵

Para que reste caracterizado o crime contido no mencionado artigo, exige-se um elemento subjetivo especial: para consumo pessoal. Neste contexto, é necessário constatar se a substância seria usada pessoalmente pelo agente ou se a esta seria dada outra destinação, como por exemplo a venda à terceiros. É prudente salientar que esta constatação implica na consideração do artigo 28 como um tipo incongruente, também chamado de congruente assimétrico.⁵⁶

Em detida análise ao artigo 28, extrai-se que as penas cominadas ao usuário de drogas são a de advertência sobre seus efeitos, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, as quais podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

Este tratamento adota uma nova postura em relação ao usuário, visto que não contempla penas privativas de liberdade. Eis a justificativa do Senado ao Projeto de Lei nº 115, o qual foi convertido na discutida lei:

"O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é, na verdade, dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer"⁵⁷

O tratamento diferenciado dado pela legislação supramencionada alimentou a percepção de que teria havido uma descriminalização da conduta de posse para uso pessoal. Tal indagação foi respondida no julgamento do RE 430.105-9, emitido pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁸, no qual se decidiu que não houve descriminalização da

⁵⁵ LIMA, 2016 p. 707.

⁵⁶ Ibid., p. 708.

⁵⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 46.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 430.105-9**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 27/04/2007. Conjur, 2007. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2007-fev-19/leia_voto_despenizacao_consumo_droga>.

conduta de portar drogas para consumo pessoal, apenas despenalização desta, pois a Lei 11.343/06 deixou de prever penas privativas de liberdade para referido tipo penal.

Neste sentido, o fundamento para a despenalização da conduta de posse de drogas para consumo, de acordo com Salo de Carvalho⁵⁹, é o de ilegitimidade de norma penal que interfira na esfera pessoal do indivíduo, imponha padrões de comportamento ou reforce preceitos morais. O direito penal deve ter como base o princípio constitucional do pluralismo e tolerância à diversidade, de modo a não intervir no âmbito pessoal e íntimo do cidadão. A intervenção penal legítima somente pode ocorrer quando a conduta exterior do indivíduo gere dano ou perigo concreto a bens jurídicos de terceiros.

Sob o mesmo prisma, Karam preconiza:

Toda intervenção estatal supostamente dirigida à proteção de um direito contra a vontade do indivíduo que é seu titular se torna absolutamente inconciliável com a própria idéia de democracia, pois impede que o indivíduo tenha a opção de não fazer uso dele ou de renunciar a seu exercício, assim excluindo sua capacidade de escolha. O Estado democrático não pode substituir o indivíduo nas decisões que dizem respeito apenas a si mesmo. Ao indivíduo há de ser garantida a liberdade de decidir, mesmo se de sua decisão possa resultar uma perda ou um dano a si mesmo, mesmo se essa perda ou esse dano sejam irreparáveis ou definitivos.⁶⁰

É essencial destacar que a Lei de Drogas igualmente inovou ao inserir o plantio para consumo próprio em seu parágrafo 1º e cominar a este as mesmas penas da conduta descrita no *caput*.⁶¹

No tocante aos critérios distintivos entre a posse de droga para consumo pessoal e o tráfico de drogas, há de se observar o disposto no parágrafo 2º do artigo 28. Extrai-se deste que cabe ao juiz analisar as circunstâncias do fato e decidir se a

⁵⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. 3 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1996, p. 218.

⁶⁰ KARAM, Maria Lucia. **Direitos Humanos, laço social e drogas**: por uma política solidária com o sofrimento humano. Brasília: Conselho Federal de Psicologia-CFP Drogas, Direitos Humanos e Laço Social, 2013, s.p.

⁶¹ MENDONÇA, CARVALHO, 2008. p. 54.

conduta em questão se enquadra em posse de drogas para consumo pessoal ou tráfico de drogas, no que se denomina sistema de quantificação judicial.⁶²

Neste contexto, Junqueira destaca que o juiz é guiado pelo princípio do livre convencimento, no qual as provas não são tarifadas, ou seja, são valoradas pelo juiz, que deve fundamentar apropriadamente e satisfatoriamente sua decisão.⁶³

Para tanto, existem alguns critérios a serem observados: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições da ação, circunstâncias sociais e pessoais e conduta e antecedentes do agente. Salienta-se que estes requisitos devem necessariamente ser analisados de forma global, nunca de modo isolado.

No que tange o critério de natureza e quantidade da substância apreendida, primeiramente deve-se atentar que, conforme aponta Junqueira, devido a existência dos mais variados tipos de drogas, algumas requerem grande quantidade para seu uso, enquanto outras geram seus efeitos com pequenas quantias. Assim, a natureza da droga deve ser cotejada juntamente com a sua quantidade a fim de determinar-se a intenção do agente.⁶⁴

Entrementes, Junqueira pontua que este deve ser um exame cuidadoso por parte do julgador e é primordial que este busque informações confiáveis sobre as quantias utilizadas por dependentes, sem se olvidar que a quantidade não pode pautar, isoladamente, a existência ou não de tráfico.⁶⁵

Quanto ao critério do local e condições de ação, extrai-se, a título de exemplo, que se o agente for surpreendido em localidade conhecida pelo comércio de drogas, trazendo consigo a substância acondicionada em pequenas embalagens para venda, além de estar com elevado valor em dinheiro, pode-se concluir que a situação se encaixa no delito de tráfico de drogas.⁶⁶

Sob outro prisma, Junqueira acentua que o local de venda é o mesmo local de compra, ou seja, o local pode nada dizer sobre a intenção do agente. Contudo, as condições em que se desenvolveu o ato deve ser o principal critério norteador, pois é de certa forma mais objetivo que os outros, o que implica maior segurança no âmbito probatório. Exemplos disto são: “testemunha que afirma ter comprado droga do detido;

⁶² LIMA, 2016, p. 709.

⁶³ JUNQUEIRA, FULLER, 2010, p. 263.

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Ibid., p. 264.

⁶⁶ LIMA, op.cit., p. 710-711.

entrada e saída de várias pessoas; balança ou instrumento para preparo; material para embalagem”.⁶⁷

No que se refere às circunstâncias sociais e pessoais, o julgador deve se atentar a condição econômica do agente. Aduz Lima que o fato do agente ser considerado usuário ou dependente químico, isoladamente, não descaracteriza o tráfico, porquanto o indivíduo pode também ser traficante, caso a quantidade de droga apreendida seja significativa.⁶⁸

Junqueira destaca uma faceta particular deste critério nos seguintes termos:

Costuma ser levada em alta conta a situação econômica do agente, pois a grande quantidade de droga em poder de pessoa com pouca capacidade econômica seria indício sério de traficância. Embora a conclusão seja razoável, não deixa de ratificar o caráter discriminatório da persecução penal²¹, pois o raciocínio a contrario sensu permite concluir que, para o sujeito com grande capacidade econômica, a classificação da conduta como traficância é mais difícil, e para o pobre, mais fácil. Tal agir é, a nosso ver, apenas uma cômoda eleição de um bode expiatório, que ao desprezar as finalidades democráticas da pena e as garantias individuais do sujeito, incrementa as estatísticas sobre prisões e condenações, tão caras às autoridades políticas com objetivos eleitoreiros e aqueles que a elas servem (ainda que inconscientemente). Tais indícios só podem ser considerados, assim, se pesquisados a fundo, com demonstração suficiente — produção de provas — pela acusação de que as circunstâncias sociais (ex.: riqueza injustificada) ou pessoais (vangloriar-se da traficância) permitem concluir pela intenção de tráfico.⁶⁹

No tocante à conduta e antecedentes do agente, parte da doutrina analisa como indevida a utilização dos antecedentes como critério para constatação da conduta de posse para consumo pessoal ou tráfico, pois tal preceito culminaria na caracterização de Direito Penal do Autor. Assim, não se deve dar preponderância a uma apreciação majoritariamente subjetiva, sob pena de se incorrer em presunção de culpabilidade e afrontar o princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, LVII da Constituição Federal. Junqueira aduz que o indivíduo está sujeito à marginalização por conta de seus antecedentes criminais e que isto reduz suas chances no mercado de trabalho. Igualmente se aponta que há uma tendência a

⁶⁷ JUNQUEIRA, 2010, p. 264.

⁶⁸ LIMA, 2016, p. 711.

⁶⁹ JUNQUEIRA, op. cit., p. 264-265.

imputar a traficância à indivíduos que já tenham sido condenados em decorrência de cometimento anterior deste mesmo crime:

tal indício de traficância [...] desrespeita a presunção de inocência quando não traz a necessidade de condenações para que se “revele” o indício, confessa a falência da capacidade ressocializadora da pena e incrementa a estigmatização do condenado, que sempre será o primeiro suspeito (“suspeito de sempre”) quando surpreendido nas proximidades de local destinado à venda. Vale lembrar que muitos condenados por tráfico são usuários, e o usuário também frequenta os locais de venda para adquirir a droga.⁷⁰

Neste prisma é o entendimento de Giacomolli: “Os antecedentes, segundo a lei, também podem dizer se o agente é consumidor ou traficante. Estamos retornando ao medievo, ao direito penal do autor, sem progressos a um direito penal do fato”.⁷¹

Assim, percebeu-se que o legislador, ao mesmo tempo em que trouxe inovações no tocante à política de drogas com o advento da Lei 11.343/06, deixou a distinção legal entre usuário e traficante de drogas repousar em critérios dissidentes e detentores de elevado grau de subjetividade.

3.3 TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – ANÁLISE DO ARTIGO 33

Por sua vez, o artigo 33 da referida lei tipifica a conduta classificada como tráfico ilícito de drogas da seguinte forma:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação

⁷⁰ JUNQUEIRA, 2010, p. 265.

⁷¹ GIACOMOLLI, 2008, p. 192.

legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

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

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

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

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

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

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

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.⁷²

O artigo 33, ao contrário do artigo 28, é tido pela doutrina como um tipo congruente, “vez que, nesse caso, há uma perfeita adequação entre os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, isto é, são infrações desprovidas de qualquer outro elemento subjetivo”.⁷³ Portanto, conclui-se que basta a presença dos elementos cognitivo e volitivo com o intuito de praticar uma das 18 ações típicas.

De acordo com os ensinamentos de Lima, a jurisprudência das Cortes Superiores não admite a aplicação do princípio da insignificância no delito de tráfico de drogas, sob o argumento de que se trata de crime de perigo abstrato, mesmo quando a quantidade de droga apreendida é pequena.

O tráfico de drogas é crime comum, logo, pode ser praticado por qualquer indivíduo. O verbo *prescrever*, contudo, vislumbra a presença de crime próprio, pois o sujeito precisa estar no exercício de profissão apta a prescrever drogas, como médicos e dentistas.⁷⁴

⁷² BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>.

⁷³ LIMA, 2016, p. 708-709.

⁷⁴ Ibid., p. 736.

O artigo 33 contempla em sua redação 18 verbos típicos. O complemento *ainda que gratuitamente* mostra que não é necessário o intuito nem mesmo a verificação de lucro no caso concreto.

Cuida-se de crime de ação múltipla, o que quer dizer que, assim como no delito de posse de drogas para consumo pessoal, por mais que o agente incida em mais de um verbo típico, a ele só será imputado um crime, por força do princípio da alternatividade.

Outrossim, trata-se de crime permanente quantos às condutas de *expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar*, tendo em vista que sua consumação se prolonga no tempo. Isto também significa que o agente possui o domínio do fato, da conduta e do resultado.

No tocante às sanções impostas ao tráfico ilícito de drogas, vislumbra-se que a pena cominada é a de reclusão, de 5 a 15 anos, além da previsão de multa. Não obstante o aumento de pena em relação à lei anterior, a nova lei proibiu a concessão de benefícios, como a suspensão condicional da pena, que não são restritos nem aos crimes hediondos previstos na Lei 8.072/90.⁷⁵

3.4 ÔNUS DA PROVA

Por força do princípio da presunção de inocência, recai sobre a acusação o ônus de provar finalidade diversa de consumo pessoal, a fim de ensejar condenação por tráfico de drogas. Cumpre igualmente salientar o princípio *in dubio pro reo*, o qual preconiza que, em caso de dúvida sobre os fatos em discussão “inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo”.⁷⁶

Desta maneira, caso o Ministério Público denuncie determinado indivíduo pelo crime do tráfico de drogas, cabe a ele o ônus de demonstrar, acima de dúvida razoável, a culpabilidade do acusado.

⁷⁵ MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário e traficante de drogas: a seletividade penal na Lei n. 11.343/2006. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 425.

⁷⁶ LIMA, 2016, p. 712.

Portanto, não se pode imputar à defesa o ônus probatório, pois se trata de ônus imperfeito, exceção à regra do artigo 156, *caput* do Código de Processo Penal.

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Junqueira, por força do princípio do livre convencimento motivado, o juiz pode se deixar convencer por qualquer prova, excetuando-se as ilícitas e ilegítimas.⁷⁷

Neste sentido, é fundamental destacar o intenso debate jurídico acerca do artigo 28 da Lei de Drogas e a tipicidade da posse de droga para consumo pessoal, que se encontra em tramitação no Supremo Tribunal Federal, no qual o Ministro Relator Gilmar Mendes se expressou da seguinte maneira:

A norma do art. 28 da Lei 11.343/06 é construída como uma regra especial em relação ao art. 33. Contém os mesmos elementos do tráfico e acrescenta mais um – a finalidade de consumo pessoal. Disso resulta a impressão – falsa – de que a demonstração da finalidade é ônus da defesa. [...] A presunção de não culpabilidade – art. 5º, LVII, da CF – não tolera que a finalidade diversa do consumo pessoal seja legalmente presumida. [...] Dessa forma, a melhor leitura é de que o tipo penal do tráfico de drogas pressupõe, de forma implícita, a finalidade diversa do consumo pessoal. Sua demonstração é ônus da acusação. [...] Se os indícios apontam para o tráfico de uma forma inequívoca, pode-se dispensar uma fundamentação explícita – não se exige esforço argumentativo para demonstrar que uma tonelada de droga não se destina ao consumo pessoal. Em casos limítrofes, contudo, a avaliação deve ser cuidadosa.⁷⁸

Com isto em vista, cumpre salientar que o assunto ainda não foi definitivamente decidido pelo referido órgão jurisdicional, mas o posicionamento do ministro traz à tona a necessária discussão sobre a política de drogas e as dificuldades processuais advindas da falta de técnica legislativa quando da tentativa de diferenciação legal entre o usuário e o traficante de drogas.

⁷⁷ JUNQUEIRA, 2010, p. 263.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 635.659**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>>.

4 AUSÊNCIA DE CRITÉRIO OBJETIVO DE DIFERENCIAÇÃO

A Lei de Drogas contemporânea brasileira abarca duas tendências opostas: no que tange à tipificação do tráfico de drogas, é aplicado o discurso proibicionista, notadamente repressivo e que gera a estigmatização do indivíduo que passa pelo sistema penal; no que diz respeito à conduta de posse para uso pessoal, emprega-se o discurso prevencionista, que busca a redução de danos e se distancia de uma resposta meramente repressiva, para que haja a efetiva reinserção social do indivíduo em questão.⁷⁹

Deste modo, se mostra imperioso averiguar a ausência de critérios objetivos, especialmente pois isto se traduz no encarceramento em massa vivenciado pelo país na atualidade, que não permite a concretização do princípio constitucional de promoção da dignidade humana, tão primordial ao Estado Democrático de Direito.

Junqueira já preconizava fundado receio quanto à atual legislação sobre tóxicos ao preconizar que o modelo atual é uma mescla, pois de um lado busca prevenir o uso indevido de drogas e de outro visa reprimir o tráfico. Entrementes, afirma que este modelo “misto” pode desencadear uma valoração arbitrária do modelo a ser aplicado no caso concreto, levando à derradeira violação do princípio da isonomia e da segurança jurídica.⁸⁰

4.1 SUBJETIVIDADE DO JULGADOR

Neste contexto, nota-se que a aplicação da legislação, que distingue o indivíduo que porta drogas para uso pessoal daquele que as trafica, carece de parâmetros objetivos que diferenciem as duas condutas no caso concreto. Assim, a caracterização de posse para consumo pessoal ou tráfico de drogas fica a critério do julgador, que toma por base critérios puramente subjetivos. Conforme Rodrigues, é imprescindível que se realize um “exame jurídico da realidade social e dos efeitos das leis

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de drogas comentada: artigo por artigo. Lei 11.343, de 23.08.2006**. 3. ed. rev.,atua. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

⁸⁰ JUNQUEIRA; FULLER, 2010, p. 250.

proibicionistas, que são aplicadas cotidianamente pelos operadores do direito de forma acrítica, legitimando o sistema atual”.⁸¹

Assim, deve-se analisar outro importante fator no tocante ao processo penal, especialmente peculiar aos crimes elencados na Lei de Drogas. Mesmo que esteja previsto no §2º do artigo 28 que cabe ao juiz a diferenciação entre usuário e traficante, na prática o que se tem observado é que isto é feito, num primeiro momento, pela força policial que realiza o flagrante e, a seguir, é feita pelo delegado que preside o inquérito; portanto, tal distinção se inicia desde o momento da abordagem do indivíduo suspeito.⁸²

De acordo com Valois, os inquéritos policiais são peças determinantes no convencimento do julgador, o que implica constatar que na maioria esmagadora dos casos, os réus são condenados com base na palavra dos policiais que realizaram o flagrante:

O processo, nesse tipo de crime, não é o local onde se apura o fato criminoso, mas simplesmente onde se repete o que foi documentado pela polícia, como um teatro, onde o que está em julgamento não é o fato, mas somente o documento apresentado. Convalidando-se o auto de prisão em flagrante, elaborado logo após a prisão do acusado, tem-se como comprovado o fato, ou seja, o juiz, nos processos de tráfico de drogas, não é o juiz togado, mas o policial na rua. [...] Diz-se teatro porque a produção em massa de prisões relacionadas às drogas não permite que o policial, por ocasião da audiência, lembre-se de todos os envolvidos e das circunstâncias da prisão, fazendo muitos deles terem que ler previamente o boletim de ocorrência arquivado na polícia. [...] Se a polícia tem ou não má fé nessas condenações não interessa, posto que o importante é ressaltar ser o processo de tráfico de drogas um engodo, onde o juiz, também em razão do medo e do pânico moral dominantes, costuma se basear unicamente na palavra da polícia. Mesmo nos casos de absolvição, normalmente é a palavra da polícia a mais valiosa.⁸³

Face a subjetividade do julgador para a caracterização do delito de consumo pessoal ou tráfico, deve-se averiguar, no caso concreto, quais elementos além dos descritos em texto legal apontam para o uso pessoal ou a traficância, como, por exemplo, a diversidade de drogas, a forma como se encontrava embalada, se estava

⁸¹ RODRIGUES, 2006, p. 22.

⁸² MACHADO, 2016, p. 424.

⁸³ VALOIS, Luis Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 459-460.

dividida ou não em porções, a presença de balança de precisão no local da apreensão, certa quantia de dinheiro em espécie encontrada com o indivíduo e outros objetos apreendidos no momento do flagrante.⁸⁴ Entretanto, conforme pontua Valois:

O fim da guerra às drogas não será alcançado por intermédio do judiciário, pois este, como parte da superestrutura do Estado, instrumento conservador do *status quo*, tende a se movimentar mais lentamente do que a base. Dessa forma, o diálogo deve ser com todos. E se há ciência capaz de auxiliar na reversão do proibicionismo, será uma ciência com a faculdade de dialogar claramente, sem subterfúgios e sem a arrogância da ciência clássica.⁸⁵

Ademais, a denominada “guerra às drogas” possui uma face perversa, escondida sob o discurso de prevenção e repressão, que visa legitimar a proibição das drogas pelo terror que causa nos cidadãos, transformando uma questão que acompanha os seres humanos desde a antiguidade em assunto proibido, além de inevitavelmente apontar culpados de forma acrítica e não buscar soluções pertinentes para as consequências advindas da atual política de drogas, que culmina na colossal população carcerária do país e não implica na redução da criminalidade e da violência.

4.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Deve ser ressaltado que a proibição de certos tipos de drogas se pauta em um discurso que engloba tanto as características das próprias substâncias quanto as do indivíduo que com estas se relaciona, na forma de consumidor ou traficante, este último, “expressão concreta e tangível do terror”.⁸⁶

Neste contexto, Rodrigues traz da criminologia a teoria do etiquetamento social (labeling approach) e pontua que a população penitenciária, oriunda de um sistema

⁸⁴ BUSATO, Paulo César. A difícil distinção forense do tráfico e do porte para uso próprio de drogas: um contributo da concepção significativa da ação. In: CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 469-471.

⁸⁵ VALOIS, 2017, p. 451.

⁸⁶ OLMO, 1990, p. 23.

penal discriminatório, não representa a real população criminosa e as estatísticas são meramente um retrato da atuação do sistema.⁸⁷

Baratta aponta que o indivíduo tende a permanecer no papel social designado pela estigmatização: “a mais importante consequência da aplicação de sanções consiste em uma decisiva mudança da identidade social do indivíduo; uma mudança que ocorre logo no momento em que é introduzido no *status* de desviante”.⁸⁸

O atual modelo se estrutura na procura por bodes expiatórios, os quais geralmente se encontram entre os indivíduos mais vulneráveis, a despeito da prática do crime de tráfico pelas mais variadas camadas da sociedade. Estes sujeitos, então, viram alvos da agressividade da sociedade, a fim de se reduzir as tensões sociais, apesar de, na prática, isto surtir efeito inverso.⁸⁹

Ao eleger o “inimigo”, atribui-se a este um tratamento diferenciado, de modo a negar sua condição de pessoa, limitando-se a considerá-lo como ente perigoso.⁹⁰ O estereótipo do traficante é o de um ser violento e cruel e, principalmente, insuscetível de recuperação, de tal modo que isto se torne uma justificativa para a atual política repressiva de drogas e o clamor punitivista pelo endurecimento das penas para o tráfico.⁹¹

Nas palavras de Karam, ocorre uma seleção de indivíduos que passarão pelo sistema de justiça criminal e serão demonizados e etiquetados como criminosos:

“A identificação como “criminosos” de indivíduos isolados e facilmente reconhecíveis desvia as atenções de outros fatos e situações negativas; dispensa a investigação das causas mais profundas de condutas danosas ou indesejáveis; oculta os desvios estruturais ao colocar o foco em desvios individuais; e produz uma sensação de alívio. O criminoso é sempre o “outro”.⁹²

⁸⁷ RODRIGUES, 2006, p. 21.

⁸⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2011. p. 89-90.

⁸⁹ D'ELIA FILHO, 2007, p. 60.

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.18-19.

⁹¹ D'ELIA FILHO, op. cit., p. 122.

⁹² KARAM, 2013, s.p.

Ainda, cabe destacar que estes inimigos são eleitos com base em estereótipos: “homens, jovens, pobres, negros ou pardos, todavia nos últimos anos tenha aumentado significativamente o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas.”⁹³

Karam afirma que “A repressão apenas cria incentivos econômicos e financeiros para que outros indivíduos entrem no mercado e preencham o vazio deixado pelos que são mortos ou encarcerados.”⁹⁴ Uma das implicações desta realidade é melhor exposta pelas palavras do renomado jurista Nilo Batista:

O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas.⁹⁵

Isto posto, vislumbra-se que os conceitos de crime, criminoso, criminalidade e, especialmente, droga são construídos socialmente, através de definições e reações sociais⁹⁶, culminando numa criminalização de acentuada seletividade e que não necessariamente reflete a realidade vivenciada ou é feita de forma responsável e coerente, a fim de verdadeiramente aprimorar a política criminal.

4.3 ALTERNATIVA À INEXATIDÃO DA LEGISLAÇÃO ATUAL: ADOÇÃO DE CRITÉRIO OBJETIVO

Existem ordenamentos jurídicos que adotam o chamado sistema de quantificação legal, que se traduz da adoção de um *quantum* diário para o consumo pessoal. Assim, “se a quantidade de droga apreendida com o agente não ultrapassar esse limite diário, não há falar em tráfico de drogas, pois estará caracterizado objetivamente o crime de posse de drogas para consumo pessoal”.⁹⁷

⁹³ ARGUELLO, Katie; MURARO, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.23, n.113, p. 317 - 356, mar./ abril. 2015, p. 322.

⁹⁴ KARAM, 2013, s.p.

⁹⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25-26.

⁹⁶ ARGUELLO; MURARO, op. cit., p. 322.

⁹⁷ LIMA, 2016, p. 709.

Neste sentido, Nucci defende uma mudança radical no que chama de pontos cegos da Lei de Drogas, salientando que o enorme número de presos provisórios, o amplo volume de processos relacionados às drogas (que podem chegar a 50% do volume de trabalho em algumas varas e tribunais) e as condenações que não condizem com a realidade acarretam danos irreversíveis para o sistema de justiça criminal.⁹⁸

Um dos países que adota critérios objetivos é Portugal, que prevê a quantia diária para consumo de alguns tipos de drogas. A quantia de maconha está fixada em 2,5 gramas, sendo aceitável que a quantidade apreendida seja o possivelmente utilizado em 10 dias, neste exemplo, até 25 gramas para que o indivíduo seja enquadrado como usuário. Mais do que apenas a quantidade em si, também deve-se atentar, neste caso, para a quantidade da droga que forma um cigarro de maconha, que seria de 0,5 a 1,5 gramas. Igualmente, o mencionado país adota a quantia diária de 0,2 gramas para aferição do consumo pessoal de cocaína.⁹⁹

No que tange o uso de drogas em âmbito brasileiro, se concluiu que os usuários de crack chegam a utilizar a quantia média diária de 13,42 pedras, apesar da pesquisa não definir qual seria o peso de cada pedra.¹⁰⁰ Tecnicamente, uma pedra de crack pode pesar entre 0,1 a 1,5 gramas.¹⁰¹

As informações acima mencionadas são meramente exemplificativas, de modo a mostrar que um critério objetivo pautado em quantidade de uso diário é tangível e apropriado. Todavia, não se sugere uma mera “importação” dos parâmetros utilizados por outros países, devido ao fato de que as drogas comercializadas em cada região do mundo têm distintos níveis de pureza, sendo assim diversa a dose e peso necessários para atingir o efeito buscado pelo usuário.

Assim, sugere-se que o critério objetivo seja somado a critérios subjetivos já existentes, numa análise cuidadosa por parte do julgador. Neste contexto, Nucci pontua:

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. A droga da Lei de Drogas. **Conjur.** 2016, s.p. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas>>.

⁹⁹ GOMES, Maria Tereza Uille. **Estudo técnico para sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei 11.343/2006.** Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, Curitiba, 2014, p. 7.

¹⁰⁰ BASTOS, Francisco Inácio Pinkusfeld Monteiro; BERTONI, Neilane (Org.). **Pesquisa Nacional sobre o uso de crack: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? quantos são nas capitais brasileiras?** Rio de Janeiro: ICICT, 2014, p. 60.

¹⁰¹ GOMES, op. cit., p. 9.

Nada impede que o portador de 20g seja um traficante, travestido de usuário, motivo pelo qual, desmascarado pelas provas *efetivamente* produzidas nos autos – e não pelo *achismo* de qualquer operador do direito – assim será condenado.¹⁰²

Finalmente, o que se pretendeu demonstrar neste breve capítulo, redigido sem a intenção de esgotar a temática, foi o de instigar a reflexão sobre os parâmetros de distinção entre as condutas de posse de droga para uso pessoal e tráfico de drogas, adotados em âmbito nacional.

Impreterivelmente, quando se trata de política de drogas e suas implicações, não se pode apelar a um mero reducionismo, pois o estudo do assunto deve envolver interdisciplinaridade e responsabilidade. Não se deve perder de vista que o Direito Penal lida com a vida de seres humanos e os conduz à marginalização e vulnerabilidade. O papel do operador do direito é observar a realidade de maneira crítica e sobretudo humana, reconhecendo as falhas do sistema de justiça e se debruçando sobre pesquisas que tornem a realidade um pouco mais palpável à seletividade de indivíduos que são alvos da criminalização.

¹⁰² NUCCI, 2016, s.p.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia pretendeu analisar, sob uma perspectiva crítica, a problemática das drogas no ordenamento jurídico atual e destacar a complexidade de distinguir, no caso concreto, entre as condutas de posse de drogas para uso pessoal e tráfico ilícito de drogas, ante a ausência de critérios objetivos para tanto.

Num primeiro momento, verificou-se que, apesar do relacionamento entre o ser humano e as substâncias entorpecentes se verificar desde os tempos mais remotos, a proscrição de determinadas drogas é consideravelmente recente e se pautou majoritariamente em interesses econômicos e políticos das nações e não propriamente nos efeitos das substâncias no organismo humano. Especialmente no contexto latino-americano, a influência dos Estados Unidos na proibição das drogas é eminente e o discurso médico-jurídico adotado na época ainda predomina na legislação brasileira atual, num contexto de “guerra às drogas”. Este discurso objetivava diferenciar o indivíduo que consome drogas daquele que as trafica, posto que ao consumidor são oferecidas alternativas despenalizantes, como o tratamento médico, ao passo que aos traficantes é concedido o *status* de inimigo da sociedade. Neste sentido, procedeu-se a uma análise da legislação nacional desde o despontar da criminalização dos entorpecentes até a atualidade.

A seguir, buscou-se compreender as inovações e peculiaridades da atual Lei de Drogas, principalmente em seus artigos 28 e 33, que criminalizam as condutas de posse de drogas para uso pessoal e tráfico ilícito de drogas, respectivamente. Vislumbrou-se que a técnica legislativa utilizada para construir os tipos penais inseriu o dolo específico no tipo penal da posse para consumo pessoal, mas que apesar disso, o ônus da prova de intuito diverso do uso pessoal é da acusação. Investigou-se, brevemente, as razões político-criminais de despenalização da conduta do usuário, que residem na não intervenção estatal na esfera pessoal de seus cidadãos. Procedeu-se a investigação dos critérios elencados no §2º do artigo 28, que supostamente permitem a constatação ou não de posse para consumo pessoal. Apesar da referida lei endurecer as penas para traficantes e efetuar uma diferenciação entre este e o mero usuário, a quem não mais se aplica a pena privativa de liberdade, a existência de critérios legais puramente subjetivos deixa margem para que usuários sejam processados como traficantes.

Com o advento da lei supramencionada, verificou-se uma explosão no encarceramento da população por crimes relacionados às drogas, ante a ausência de critério objetivo para a distinção entre usuários e traficantes. Neste contexto, averiguou-se que a diferenciação fica a cargo da discricionariedade judicial, que em geral se pauta em relatos policiais. Assim, inevitavelmente se conduz a um direito penal do inimigo, no qual o traficante é tratado como bode expiatório e o discurso punitivista ganha fôlego ante o clamor popular pelo combate desenfreado e acrítico às drogas ilícitas. Por derradeiro, procurou-se apresentar uma sugestão pertinente ao contexto político, jurídico e social do país, que consiste na adoção de critérios objetivos, a serem considerados juntamente aos critérios subjetivos já existentes na legislação.

Apesar de existirem alternativas ao modelo marcadamente repressivo em vigência, como a descriminalização ou a legalização das drogas, estas não foram objeto do presente estudo ante a sua inaplicabilidade na conjuntura atual, tendo em vista que a questão das drogas permanece sendo um tabu na nossa sociedade, na qual as drogas são tratadas como inimigo a ser combatido pelas forças policiais a qualquer custo.

Assim, demonstra-se que a política de drogas ideal deveria despir-se de suas roupagens morais e enfrentar o assunto como o que realmente é: um problema de saúde pública. Concluiu-se que a lei vigente no Brasil coloca o mero usuário sob o prisma da criminalização e conseqüente estigmatização. Este tratamento, por sua vez, acarreta o não enfrentamento das raízes do problema e, com o passar do tempo, tende a agravar a situação da criminalidade e violência no país, o que reflete na sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **Levantamento dos Presos Provisório do País e Plano de Ação dos Tribunais.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>.

ANVISA. Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. **Diário Oficial da União**, [S.l.:], 19 de maio de 1998.

ARGUELLO, Katie; MURARO, Mariel. Política criminal de drogas alternativa: para enfrentar a guerra às drogas no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.23, n.113, p. 317 - 356, mar./ abril. 2015.

BASTOS, Francisco Inácio Pinkusfeld Monteiro; BERTONI, Neilane (Org.). **Pesquisa Nacional sobre o uso de crack**: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? quantos são nas capitais brasileiras? Rio de Janeiro: ICICT, 2014. Disponível em < <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/10019>>.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção das Leis do Brasil**, Sala das sessões do Governo Provisório, 11 de outubro de 1890.

BRASIL. Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 17 de dezembro de 1932.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, RJ, 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto-lei nº 385, de 26 de Dezembro de 1968. Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 26 de dezembro de 1968. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10385.htm>.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso

indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 430.105-9**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 27/04/2007. Conjur, 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-fev-19/leia_voto_despenizacao_consumo_droga>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 635.659**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>>.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (Orgs.). **10 anos da lei de drogas**: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: do discurso oficial às razões da descriminalização. 3 ed. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

_____. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. Análise crítica da problemática das drogas e a lei 11.343/2006. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.16, n.71, p. 181 - 204, mar./abr. 2008.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de drogas comentada**: artigo por artigo. Lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed. rev.,atua. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Maria Tereza Uille. **Estudo técnico para sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei 11.343/2006**. Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, Curitiba, 2014. Disponível em <www.politicassobredrogas.pr.gov.br>.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Brasil**: Eventos de 2016. Disponível em <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766#237f70>>.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação Penal Especial**: volume 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KARAM, Maria Lucia. **Direitos Humanos, laço social e drogas**: por uma política solidária com o sofrimento humano. Brasília: Conselho Federal de Psicologia-CFP Drogas, Direitos Humanos e Laço Social, 2013. Disponível em

<http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/04/36_Direitos-Humanos-e-drogas-CFP-BSB.pdf>.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

NICASTRI, Sérgio. **Drogas: classificação e efeitos no organismo**. Curso de Atualização em Atenção Integral aos Usuários de Crack e outras Drogas para profissionais atuantes nos Hospitais Gerais. Centro Regional de Referência para Educação Permanente em Crack, Álcool e Drogas. [S.l.]: SENAD, 2006. Disponível em: < <http://www2.ufrb.edu.br/crr/material-didatico-ok/category/3-curso-de-atualizacao-em-atencao-integral-aos-usuarios-de-crack-e-outras-drogas-para-profissionais-atuantes-nos-hospitais-gerais>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. A droga da Lei de Drogas. **Conjur**. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas>>.

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

Organização Mundial de Saúde. **Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10**. Porto Alegre: Editora Artes Medicas Sul, 1993.

PORTUGAL, Ordenações Filipinas. Legislação brasileira e portuguesa ordenando a execução das Ordenações Philipinas -- Primeiro livro das Ordenações -- Additamentos -- Segundo livro das Ordenações -- Additamentos -- Terceiro livro das Ordenações -- Additamentos -- Quarto livro das Ordenações -- Additamentos -- Quinto livro das Ordenações --Additamentos. **Typ. do Instituto Philomathico**, Rio de Janeiro, RJ, 1870. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 273 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VALOIS, Luis Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.