

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE CIÊNCIAS  
JURÍDICAS E ECONÔMICAS FACULDADE DE DIREITO**

**A DICOTOMIA USUÁRIO X TRAFICANTE NA LEI 11.343/06 E SUAS  
CONSEQUÊNCIAS NO CONTEXTO SOCIAL E CARCERÁRIO BRASILEIRO**

**YAGO MACHADO ARRUDA**

Rio de Janeiro  
2019.2

**YAGO MACHADO ARRUDA**

**A DICOTOMIA USUÁRIO X TRAFICANTE NA LEI 11.343/06 E SUAS  
CONSEQUÊNCIAS PARA O CONTEXTO SOCIAL E CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Natália Lucero.

Rio de Janeiro  
2019.2

**YAGO MACHADO ARRUDA**

**A DICOTOMIA USUÁRIO X TRAFICANTE NA LEI 11.343/06 E SUAS  
CONSEQUÊNCIAS PARA O CONTEXTO SOCIAL E CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação Professora Dra. Natália Lucero.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_

Orientador

\_\_\_\_\_

Membro da Banca

\_\_\_\_\_

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019.2

## RESUMO

A questão do uso e comércio de drogas ilícitas é um problema que há muito assola a sociedade como um todo. Diante dessa situação, os Estados buscam a todo custo combater o Narcotráfico, utilizando grande parte de seu aparato policial e jurídico nessa incessante tentativa de enfraquecer o comércio ilegal de entorpecentes. Entretanto, a despeito de tal esforço, a política de muitos Estados, principalmente o brasileiro, tem se mostrado falha, tendo em vista que as drogas continuam presentes na realidade social brasileira. Nesse sentido, o presente trabalho analisará os critérios distintivos utilizados pelos julgadores no momento de realizar o enquadramento do fato à norma incriminadora correspondente e ainda traçará um panorama da aplicação, principalmente, do *caput* dos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006 no contexto social brasileiro em relação as figuras de usuário e traficante amplamente tratadas no documento legal em voga. Ademais, será abordada a relação entre as lacunas presentes no documento legal estudado e a política carcerária brasileira a partir da apresentação de dados colhidos. Por fim, buscar-se-á metas para uma melhor e mais efetiva aplicação da Lei de Drogas

Palavras-chave: Narcotráfico; Política de Drogas; Usuário; Traficante; Distinção; Encarceramento.

## **ABSTRACT**

The use and trade of illicit drugs is a problem that has long plagued a society as a whole. Given this situation, the United States seeks all use of drug trafficking, using much of its police and legal apparatus in this incessant attempt to prevent the illegal trade in narcotics. However, despite such an effort, a policy of many states, especially Brazil, has been shown to fail, given the fact that drugs remain present in the Brazilian social reality. In this sense, the present work will analyze the badges used by the judges when making the corresponding factual or incremental norm framing and also outline the application, mainly, articles 28 and 33 of Law 11.343 / 2006 in the Brazilian social in relation to user figures and traffic widely dealt with in the current legal document. In addition, a relationship between gaps that presents no studied legal document and a Brazilian prison policy from the presentation of collected data will be addressed. Finally, aim for better and more effective drug law enforcement

**Key-words:** Narcoterrorism; Drug policy; User; Drug dealer; Distinguishing; Incarceration.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>1.ANÁLISE DO DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL.....</b>	<b>9</b>
<b>1.1.Retrospectiva histórica da legislação punitiva no Brasil.....</b>	<b>9</b>
<b>1.2.O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas como concretização do tratamento social.....</b>	<b>14</b>
<b>1.3.Alterações Recentes na Competência do SISNAD.....</b>	<b>16</b>
<b>2. A DICOTOMIA USUÁRIO X TRAFICANTE DA LEI 11.343 E NA PRÁTICA.....</b>	<b>18</b>
<b>2.1.Breves apontamentos sobre o art. 28 da Lei 11.343.....</b>	<b>18</b>
<b>2.2.Análise comparativa entre os artigos 28 e 33, ambos da Lei 11.343.....</b>	<b>23</b>
<b>2.3.Os critérios do parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343.....</b>	<b>25</b>
2.3.1.A quantidade de droga.....	25
2.3.2 O local e as condições onde se desenvolveu a ação.....	27
2.3.3 Circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente.....	30
<b>2.4 Análise principiológica da Lei de Drogas.....</b>	<b>33</b>
2.4.1 A insegurança jurídica decorrente da arbitrariedade dos julgadores no contexto da Lei 11.343/06.....	34
2.4.2 O princípio da proporcionalidade e o binômio usuário x traficante.....	38
<b>2.6 O caráter hediondo do crime de tráfico.....</b>	<b>41</b>
<b>3. A POLÍTICA DE DROGAS SOB A ÓTICA DE SUA APLICAÇÃO PRÁTICA..</b>	<b>47</b>
<b>3.1 A construção da figura do suspeito sob a ótica policial.....</b>	<b>47</b>
<b>3.2 O encarceramento e a política de drogas.....</b>	<b>51</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>59</b>

## INTRODUÇÃO

A Lei 11.343/06, que substituiu a antiga legislação de drogas de nº 6.368/76, adveio com um objetivo claro: promover o combate ao tráfico a partir de uma visão proibicionista penal, punindo severamente aquele que é definido como narcotraficante. Entretanto, não obstante a Lei estabelecer que o usuário, como toxicômano, necessite de um tratamento especial, principalmente de ressocialização, esta peca justamente na distinção de quem é usuário e quem é traficante perante a mesma.

É essa distinção sobredita que constitui o foco do presente trabalho, que visa demonstrar que os critérios utilizados para a diferenciação penal daquele que pratica o tráfico e daquele que é consumidor de psicotrópicos ilícitos, são falhos e carecem de objetividade.

Em um primeiro momento, analisou-se toda evolução legislativa que resultou no atual formato da Lei de Drogas, passando por documentos normativos retrógrados temporal e materialmente falando, os quais reprimiam com ainda mais veemência o traficante e ainda alguns que inexplicavelmente equiparavam quem procedia à venda e ao uso de entorpecentes, noção que há muito comprovou- que não faz sentido aos olhos da justiça e do Estado de Direito

Ato contínuo, passou-se a tratar da distinção entre usuário e traficante propriamente dita, através da análise crítica de cada parâmetro exposto no §2º do art. 28 do mesmo documento legal, cujo conteúdo é eivado de vícios e abre espaço para o julgador agir com discricionariedade, muitas vezes asseado em juízos pessoais.

Para isso, além do exame dos desdobramentos dos critérios elencados, buscou-se ainda mostrar que a aplicação prática das disposições normativas não é precisa, justamente pelas lacunas nelas presentes. É nesse contexto que surgem arbitrariedades, tanto na fase pré-processual, através de uma visão preconceituosa de suspeito e de uma abordagem muitas vezes vexatória, quanto na fase processual, em que o agente é visto a todo momento como possível traficante aos olhos do julgador, principalmente se este tiver as características pessoais mais presentes nos presídios brasileiros: cor da pele negra e origem humilde.

Além disso, ainda no âmbito legislativo, coube atacar a hediondez do delito de tráfico, que quando levada em conta, em conjunto às imprecisões da Lei de tóxico, também traz uma

série de consequências prejudiciais aos apenados por tráfico, que, além de estarem sujeitos à nebulosidade desta última, podem ser acometidos pela inafiançabilidade, cumprimento de regime inicial fechado e maior tempo para progressão de regime, além de outros possíveis efeitos processuais e penais.

Após uma análise principiológica, explicando às afrontas à princípios constitucionais e infraconstitucionais que pairam sobre o tema, coube, por fim, trazer as repercussões carcerárias de toda essa problemática, explicando porque o cárcere pode afetar ainda mais as figuras do binômio usuário/traficante.

Convém explicitar que a metodologia empregada na elaboração do presente trabalho foi a teórico metodológica, com algumas exposições jurídico-sociológicas, através de fontes de pesquisa variadas, a saber: revisão bibliográfica, entendimento doutrinário, jurisprudência que ronda o tema, além de dados colhidos a partir de pesquisas e estudos de instituições respeitadas, como ISP – Instituto de Segurança Pública e Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – SENASP.

O presente trabalho é desenvolvido com o objetivo de tornar o leitor mais familiarizado com o tema, para então, a partir dessa perspectiva, poder observar com clareza as falhas do texto da Lei em voga, as quais devem ser atacadas. Após identificadas essas falhas, foi possível apresentar alternativas viáveis a uma melhor aplicação da norma, de modo a dirimir as consequências penais e extrapenais que a fraqueza da norma acarreta.



# **1. ANÁLISE DO DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS NO BRASIL**

## **1.1 Retrospectiva histórica da legislação punitiva no Brasil**

A história da legislação de combate às drogas no Brasil remonta a 1603, quando foram instituídas no país As Ordenações das Filipinas, as quais, já nessa época previam a pena de confisco e bens e degredo para a África para os que portassem, usassem ou vendessem substâncias tóxicas. Em seu título 89 as ordenações dispunham “que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venoso”.<sup>1</sup>

Nesse período o Brasil ainda era colônia de Portugal e as políticas adotadas no tratamento às drogas se confundiam. Acreditava-se que essas eram substâncias venenosas e por isso incriminava-se o seu comércio, além de ser coibido seu fornecimento, caso estivessem em desacordo com as normas legais da época.

Posteriormente, diante de um crescimento no consumo de entorpecentes, o Código Penal da República de 1890 passou a cuidar especificamente da proibição tipificando o delito de "expor a venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários".<sup>2</sup>

Em sequência veio a promulgação do Decreto 4.294 no ano de 1921, o qual diante de uma nova perspectiva na tentativa de combate à proliferação de toxicômanos e inspirado na Convenção de Haia, passou a determinar a criação de sanatórios para adictos, fato que representou um marco histórico, tendo em vista a clara intenção do legislador de estabelecer ambientes de tratamento de saúde para os mesmos.

Após a promulgação do Decreto supracitado, outras normas sobrevieram cuidando do tema, como o Decreto no 780, de 28 de abril de 1936, modificado pelo decreto no 2.953 de agosto de 1938, pois representaram “grande impulso na luta contra a toxicomania no Brasil”, antecedendo e servindo de base para edição do dispositivo 281 do código penal de 1940.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente; Tóxicos – prevenção – repressão; página 41; 8a edição, 1992, editora Saraiva.

<sup>2</sup> Ibidem

<sup>3</sup> Ibidem

O então código de 1940 logrou tipificar o crime o tráfico ilegal de drogas. Por sua vez, o art. 281 sofreu modificações com a lei no 4.451/64, com acréscimo da ação de plantar.<sup>4</sup>

Entretanto, em relação à diferenciação entre usuário e traficante, foi somente com o advento do Decreto-Lei 385/68 que foi modificado o artigo sobredito, passando a constar em sua redação as figuras distintivamente de quem vende e de quem usa, com a adição ainda do dependente, conforme se observa do *caput* do artigo, *Ipsis litteris*:

*"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.)"*

É evidente que o texto vigente à época representou a base embrionária ao que vige nos tempos atuais no art. 33 da Lei 11.343/2006, o qual será tratado, juntamente com a referida lei em um momento posterior do presente trabalho. As semelhanças à disposição legal atual residem principalmente nos elementos normativos verbais do tipo, que são em sua maioria os mesmos da redação atual.

Em relação ao conceito de “substância entorpecente” dado na norma, adotou-se no diploma legal em referência o conceito de norma penal em branco, tendo em vista que, em que pese a redação legal apontar o termo “substância entorpecente”, não foi especificado o seu conceito e tampouco quais substâncias são assim consideradas.

Segundo a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt, conceitua-se norma penal em branco como “*preceito incompleto, genérico ou indeterminado, que precisa da complementação de outras normas*”.<sup>5</sup>

Nesse sentido, coube à lista de entorpecentes trazidas do plano internacional pela Convenção Única Sobre Entorpecente constatar e taxar as substâncias consideradas entorpecentes no âmbito da legislação brasileira. A implementação da lista deu-se por meio da

---

<sup>4</sup> GRECO FILHO, Vicente; Op. Cit.

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

promulgação do Decreto nº 54.216/64, tendo em vista que esta última era mais completa se comparada à lista prevista no Decreto-lei nº 891/1938, anteriormente adotada pelo País.<sup>6</sup>

A Convenção Única Sobre Entorpecente representou um marco inicial da nova política criminal sobre drogas, como depreende-se da melhor doutrina de Érika de Carvalho e Gustavo Ávila, segundo os quais o principal objetivo da convenção consiste:

*O principal objetivo da convenção é o de combater a o abuso dos entorpecentes por meio de ações internacionais coordenadas, criando dois escopos de intervenção, (I) a limitação da posse, do uso, da troca, da distribuição, da importação, da exportação, da manufatura e da produção de drogas exclusivamente para o uso médico e científico, (II) o combate ao tráfico por meio da cooperação entre os países. Sua intenção expressa no art. 9 § 4o, é a diminuir a oferta de drogas ao máximo, mantendo apenas a produção e o estoque necessários a demanda médica e científica.*<sup>7</sup>

No mesmo período ocorreu a criação da Comissão Nacional de Fiscalização e Entorpecente, aprovada pelo Decreto-lei nº 891, de novembro de 1938, “com atribuições de estudar e fixa normas gerais sobre fiscalização e repressão em matérias de entorpecentes, bem como consolidar as normas dispersas a esse respeito”<sup>8</sup>

Somente em 1967 o Brasil avançou na classificação das substâncias em voga, quando foi editado o Decreto-Lei nº 159, que ampliou a lista de entorpecentes, considerando como tal as substâncias capazes de gerar dependência física ou psíquica:

*Diploma legal de importância na repressão ao uso de substâncias que causam dependência física ou psíquica, foi editado, em 10 de fevereiro de 1967, o Decreto – Lei no 159, que equiparou as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica aos entorpecentes para fins penais e de fiscalização e controle. Nesta matéria, o Brasil foi o segundo país do mundo a enfrentar o problema, considerando tão nocivo quanto ao uso de entorpecente o uso, por exemplo, dos anfetamínicos, ou dos alucinógenos.*<sup>9</sup>

Em âmbito internacional, havia uma sintonia entre a política criminal toxicológica brasileira e a estadunidenses, a qual capitaneava a luta contra entorpecentes na América a época.

---

<sup>6</sup> GRECO FILHO, Vicente; Op. Cit.

<sup>7</sup> 9 CARVALHO, Érika Menezes de; ÁVILA, Gustavo Noronha; 10 Anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos, político-criminais. Belo Horizonte: ed. D'Plácido, 2016. P. 60. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/10/10-anos-da-lei-de-drogas.pdf>. Acesso em 03/02/2018. P. 60.

<sup>8</sup> GRECO FILHO, Vicente; Op. Cit.

<sup>9</sup> Ibidem

Havia uma visão de que as drogas seriam tanto um problema de saúde quanto de segurança pública, culminando na ratificação de diversos tratados internacionais acerca do tema desde a primeira metade do século passado, como a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, e a Convenção de Viena ou Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988.

Foi nessa mesma época que internacionalmente desencadeou-se um movimento de estigmatização do traficante de drogas, o qual passou a ser detentor do perigo e inimigo principal da polícia ostensiva. Se na década de 70 o comunista era o verdadeiro inimigo do Estado, esse posto foi tomado pelo traficante de drogas na década seguinte.

Com esses tratados e com a evolução legislativa brasileira até meados do século XX, consolidou-se uma concepção sanitária do controle das drogas, pela qual a dependência é considerada doença e, ao contrário dos traficantes, os usuários não eram criminalizados, mas estavam submetidos a rigoroso tratamento, com internação obrigatória.

Durante a vigência dos tratados apontados, iniciou-se em 1964 no Brasil o período de Ditadura Militar em que perdurou uma nova política de enfrentamento ao crime e, portanto, também aos entorpecentes. Seguindo essa linha adveio, ainda no regime militar a Lei de Segurança Nacional, que deslocou o foco do modelo sanitário para o modelo bélico de política criminal, equiparando os traficantes aos inimigos internos do regime e indo de encontro à ideia humanitária estabelecida pelos tratados da época.

Malgrado a conturbação legislativa do período ditatorial, o Brasil no ano de 1973, aderiu ao Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos e, com base nele, foi promulgada a Lei 6.368/1976, que, enfim, separou de maneira evidente as figuras penais do traficante e do usuário. Além disso, a lei fixou a necessidade do laudo toxicológico para comprovar o uso, representando mais um marco histórico da evolução da legislação criminal de drogas.<sup>10</sup>

Posteriormente adveio o documento normativo que ficou conhecido com Lei de Tóxico (Lei 6.368/76 à época), o qual incorporou na legislação brasileira a diferenciação

---

<sup>10</sup> Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx> >; acessado em: 10/10/2019

normativa entre as figuras do usuário e traficante, revogando assim o artigo 281 do então Código Penal.

Essa legislação separou os dispositivos que tipificavam o tráfico ilícito de entorpecentes e a posse para uso próprio, elencados no art. 12 e 16 respectivamente, visando assim, a diferenciação no tratamento penal, inclusive quanto à duração das penas cominadas, que poderiam variar de 3 a 15 anos de reclusão e multa para o tráfico e de detenção de 6 meses a 2 anos e multa para o uso.

Na seara constitucional, entretanto, a despeito da evolução legislativa de distinção nas penas cominadas para usuário e traficante, o cenário era outro. A Carta Magna de 1988 equiparou o delito de tráfico de drogas a crime hediondo enquadrando-o nos crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, (art. 5º, XLIII), além de permitir a extradição de brasileiro naturalizado, se comprovado envolvimento com tráfico ilícito a qualquer tempo, nos termos do art. 5º, LI, do mesmo texto legal:

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

*LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;[...].” (nota de rodapé CF)*

Em seguida, promulgou-se a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, a qual buscou, sem sucesso o aprimoramento do combate às drogas no país, na medida em que, segundo o ensinamento de Fernando Capez, “o projeto possuía tantos vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas que foi vetado e m sua parte penal, somente tendo sido aprovada a sua parte processual, ou seja, a parte penal continuava sendo a de 1976, enquanto a processual, de 2002.”<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> CAPEZ, Fernando. Artigo: Nova Lei de Tóxico – Das modificações legais relativas à figura do usuário. 07 de dezembro de 2006. Disponível em: < <http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962>> Acesso em 12/10/2017.

Somente em 2006, com o advento da Lei de drogas atual, qual seja a Lei 11.343 de 23 de agosto do mesmo ano, revogaram-se as legislações pretéritas de 2002 e de 1976 e instituiu-se uma nova política de Drogas no Brasil, além do SISNAD - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, que perduram até os dias atuais.

## **1.2 O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas como concretização do tratamento social**

A principal inovação da norma foi a criação do SISNAD, que novamente, após controvérsias de legislações anteriores, assentou o foco da política de drogas brasileira na prevenção do uso de drogas e na reinserção do usuário, juntamente com a repressão ao tráfico ilícito de drogas, como observa-se do texto do seu Art. 3º:

*Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:*

*I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;*

*II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.[...]nota lei de drogas*

*Além do artigo sobredito, cabe trazer à baila que o SISNAD implementou na política de combate às drogas brasileira nos objetivos*

Diante dessa nova postura de tratamento, resta claro que o SISNAD, que substituiu o retrógrado Sistema Nacional Antidrogas, foi criado com a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários, e dependentes de drogas e à repressão à produção e ao tráfico.

A afirmação supracitada corrobora-se com a leitura do art. 4º da referida Lei, que trata especificamente dos objetivos do SISNAD, veja-se:

*Art. 4º São princípios do Sisnad:*

*I – o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;*

*II – o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;*

*III – a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;*

*IV – a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;*

*V – a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;*

*VI – o reconhecimento da intersectorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;*

*VII – a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;*

*VIII – a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;*

*IX – a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;*

*X – a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;*

*XI – a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad.*

Dentre os princípios que regem o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, elencados no art. 4º da Lei 11.343/2006, 36 destaca-se o respeito à autonomia e à liberdade da pessoa humana que o inciso I representa, demonstrando o alinhamento do dispositivo com postulados fundamentais, especialmente em relação aos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, prescritos no artigo 1º, incisos II e III da Constituição Federal de 1988, respectivamente.

Além do exposto, insta verificar que o inciso III é também de suma importância diante de uma análise principiológica. Há a clara intenção do legislador em estabelecer uma relação solidária entre Estado e Sociedade na busca de ações sociais que promovam o combate a perpetuação dos malefícios dos entorpecentes na sociedade como um todo.

Ademais, observa-se também a relevância do inciso IX em que há a proposta de uma abordagem multidisciplinar sobre a questão das drogas, sob diversos ângulos: não apenas da saúde pública e da sanção penal, mas de todas as disciplinas que direta ou indiretamente podem ser úteis ao enfrentamento da questão, como: a assistência social, pedagogia, psicologia, direito.<sup>12</sup>

Além de estabelecer princípios norteadores do Sistema o legislador foi preciso a definir também objetivos, principalmente com o propósito de aferir efetividade prática ao sistema, como se percebe do texto do art. 5º da Lei 11.343:

*Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:*

---

<sup>12</sup> CAMPOS, correia, 2018,p. 19

*I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;*

*II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;*

*III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;*

*IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.*

A inclusão social está relacionada com a forma como deve a sociedade tratar o usuário e o dependente, ou seja, com respeito e sem preconceito ou discriminação, também está ligada à maneira como o próprio usuário/dependente pensa sobre si mesmo.<sup>13</sup>

Existe o cuidado do redator da norma de estabelecer a viabilidade das políticas sociais do Sistema por meio de oportunidade de trabalho, estudo e participação contributiva na sociedade, com o objetivo de se combater diferenças sociais e reduzir a vulnerabilidade de usuários e dependentes de recorrerem a drogas.

O acesso ao conhecimento sobre as consequências físicas, sociais e psicológicas do seu uso é ponto principal da socialização do conhecimento, é fundamental a divulgação e informação a todas as pessoas acerca dos riscos provenientes dessas substâncias.<sup>14</sup>

Apesar dos esforços do legislador a fim de que haja a concretização das políticas e objetivos descritos na legislação, precipuamente no que se refere à prevenção, auxílio, conhecimento e reinserção social do usuário e dependente, a realidade social destoava consideravelmente do texto da norma, tendo em vista o grave problema na distinção – ou falta de – entre o usuário e traficante.

### **1.3 Alterações Recentes na Competência do SISNAD**

Apesar da já salientada institucionalização dos princípios constitucionais basilares do Direito no âmbito da lei de drogas desde 2006, há controvérsias quanto ao real alinhamento da lei 11.343/06 com alguns postulados fundamentais, como o da cidadania e da dignidade da

---

<sup>13</sup> BARCILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Op. Cit. p.16.

<sup>14</sup> *Ibidem*



pessoa humana, ambos prescritos nos incisos II e III respectivamente do artigo 1º da CF de 1988.

Recentemente, houve uma atualização legislativa que passou a permitir a internação compulsória de toxicômanos, sem a necessidade de autorização judicial, fato este que pôs em xeque a consonância do texto da Lei 11.343/06 com os já citados princípios constitucionais, ao conferir a competência de internação involuntária ao SISNAD.

A nova Lei 13.840, que passou a vigorar em 5 de junho de 2019 estabelece em seu artigo 23-A, § 5º, que:

*“Art. 23-A; O tratamento do usuário ou dependente de drogas deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde, com prioridade para as modalidades de tratamento ambulatorial, incluindo excepcionalmente formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais nos termos de normas dispostas pela União e articuladas com os serviços de assistência social e em etapas que permitam: [...]”*

*§ 5º A internação involuntária:*

*I - deve ser realizada após a formalização da decisão por médico responsável;*

*II - será indicada depois da avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde;*

*III - perdurará apenas pelo tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável;*

*IV - a família ou o representante legal poderá, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento. [...]”*

A norma também inclui no SISNAD as comunidades terapêuticas acolhedoras. No entanto, a permanência dos usuários nesses estabelecimentos de tratamento deve ocorrer apenas de forma voluntária, devendo o paciente formalizar por escrito a vontade de ser internado.

O texto estabelece que esses locais devem servir de “etapa transitória para a reintegração social e econômica do usuário de drogas”. Ainda que o paciente manifeste o desejo de aderir às comunidades, será exigido uma avaliação médica prévia do dependente.<sup>15</sup>

Nesse sentido é clara a ofensa da nova redação legal aos postulados constitucionais, haja vista que o texto passa a permitir que o Sistema exerça competência que antes era judiciária,

---

<sup>15</sup> Gabriela Coelho; Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/lei-permite-internacao-compulsoria-usuarios-drogas>> ;Acesso em 18/09/2019

abrindo espaço para discricionariedades e possível afronta inclusive a outros princípios constitucionais, como o do devido processo legal e ampla defesa.

## **2 A DICOTOMIA USUÁRIO X TRAFICANTE DA LEI 11.343 E NA PRÁTICA**

### **2.1 Breves apontamentos sobre o art. 28 da Lei 11.343**

Diante da longa retrospectiva histórica e das diversas mudanças e contradições da legislação combativa aos entorpecentes ao longo do tempo fica evidente que, por muito tempo o usuário foi criminalizado paritariamente ao traficante, mas que, no entanto, uma série de fatores culturais e políticos ensejaram mudanças significativas no tratamento legislativo das figuras do traficante e do usuário, separando-as.

Como consequência de tais mudanças, passou-se a punir o transgressor da norma que tipifica aquele que faz uso de substâncias entorpecentes na Lei de Drogas, com sanções educativas, quais sejam, advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, já que tais sanções se amoldam melhor, no âmbito da proporcionalidade, à conduta descrita no tipo.

A conduta de usar substâncias entorpecentes consideradas ilícitas se encontra tipificada no art. 28 da Lei 11.343, com a seguinte redação:

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

*I – advertência sobre os efeitos das drogas;*

*II – prestação de serviços à comunidade;*

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

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

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

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

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

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

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

*I - admoestação verbal;*

*II - multa.*

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

O artigo trouxe consigo a cominação de penas alternativas para o usuário, todas elas com fins prestacionais e sociais, sendo restritivas de direitos e não de liberdade. Ademais, o legislador teve o cuidado de estabelecer uma pena relativamente curta, sendo essa de 5 (cinco) meses e no máximo 10 (dez) em caso de reincidência, além de explicitar que a prestação de serviços deve ser focada, preferencialmente, em instituições de prevenção e recuperação de usuários e dependentes.

Nota-se ainda que, ante a leitura do artigo, diferentemente da legislação anterior, a lei extravagante em voga empregou o termo droga para designar as substâncias capazes de gerar dependência física ou psíquica. Nessa perspectiva, é necessário que haja complementação do dito artigo, por tratar-se de norma penal em branco de caráter heterogêneo.

Nas palavras de Rogério Greco, normas penais em branco e suas modalidades são conceituadas da seguinte forma:

*Diz-se heterogênea, ou em sentido estrito, a norma penal em branco quando o seu complemento é oriundo de fonte diversa daquela que a editou. No caso do art. 28 da Lei Antidrogas, por exemplo, estamos diante de uma norma penal em branco heterogênea, uma vez que o complemento necessário ao referido artigo foi produzido por uma autarquia (ANVISA) vinculada ao Ministério da Saúde (Poder Executivo), que integra o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) – art. 14, I, do Decreto no 5.912 de 27 de setembro de 2006 –, e a Lei no 11.343/2006 foi editada pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo). Assim, para que possamos saber se uma norma penal em branco é considerada homogênea ou heterogênea é preciso que conheçamos sempre, sua fonte de produção. Se for a mesma, ela será considerada homogênea; se diversa, será reconhecida como heterogênea.*<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> GREGO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. P. 100-101.*

Em harmonia com o pensamento do doutrinador, o que caracteriza a heterogeneidade da norma penal em branco seria a origem da fonte. Neste seguimento, a norma penal incompleta homogênea é aquela cujo complemento advém da mesma fonte da norma originária, ao passo que a heterogênea é caracterizada por advir de fonte distinta daquela.

A fonte distinta, que na ordem legislativa brasileira complementa a definição de droga presente nos artigos da Lei 11.343/06 é a Portaria SVS/MS 344/98 da Anvisa, cuja força normativa confere ao termo “droga” presente nos artigos 28 e seguintes da Lei de Tóxicos caráter de ilicitude. Sendo assim apenas a utilização de determinadas substâncias em desacordo com a Portaria tratada ou sem autorização legal resulta na configuração delitiva.

Nesse diapasão, Luiz Flávio Gomes leciona:

*Assim, mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer ações previstas nos art. 33 a 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente (art. 28). Estamos diante da denominada lei penal em branco ou norma penal em branco, que exigem um complemento normativo. Não existindo esse complemento, a figura típica não se completa (ou seja: não há que se falar em tipicidade penal).<sup>17</sup>*

Em se tratando do caráter ilícito do artigo 28 da Lei de Tóxico, é evidente que este é mantido, todavia, a doutrina dominante advoga pela descriminalização do uso de entorpecentes. Malgrado a suposta pacificidade do tema, no que diz respeito ao entendimento doutrinário, a doutrina não logrou ainda delimitar de que forma se deu tal descriminalização, já que há discussão no que se refere a se essa ocorreu de forma material ou formal.

O já citado Luiz Flavio Gomes é o principal partidário da tese de que a descriminalização do supramencionado artigo se deu em seu aspecto formal, tendo em vista que o mesmo explica que esse modelo de descriminalização ocorre quando “*se retira o caráter criminoso do fato mas não o retira do âmbito do Direito penal*”<sup>18</sup>, ao passo que a modalidade material é aquela “que elimina o caráter criminoso do fato e o proscreeve do Direito penal, transferindo-o para outros ramos do Direito”<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Lei de drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006, 4a ed., ver., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011. P. 34*

<sup>18</sup> *Ibidem*

<sup>19</sup> *Ibidem*

Segundo as próprias palavras do autor, ocorre a descriminalização puramente formal porque:

*Na primeira hipótese (descriminalização formal) o fato continua sendo ilícito (proibido), não se afasta do Direito penal, porém, deixa de ser considerado formalmente “crime”. Passa a ser um ilícito sui generis (como é o caso do art. 28). Retira-se da conduta a etiqueta de “crime” (embora permaneça a ilicitude penal). Descriminalização formal, assim, não se confunde com as demais descriminalizações acima descritas, que legaliza o fato ou o transforma em ilícito de outra natureza (administrativo, v.g.).<sup>20</sup>*

Contra-pondo-se ao entendimento apresentado, está a doutrina de Alice Bianchini, a qual em sua obra defende que, na realidade, houve abolição total da questão do âmbito do Direito Penal, ocorrendo verdadeiro *abolitio criminis* da conduta descrita no tratado art. 28.

A autora, na defesa de seu entendimento explica que “houve sim abolitio criminis, sendo o art. 28 uma infração do Direito judicial sancionador, não pertencendo mais ao Direito Penal, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da Lei dos Juizados).”<sup>21</sup>

A corrente sobredita é a que tem menos apoio de ordem doutrinária, tendo em vista que julgados do STF já concretizaram a noção de que não houve descriminalização material, mas tão somente despenalização quando da apreciação o Recurso Extraordinário 430.105-9; RJ, em que Ministro relator Sepúlveda Pertence lançou aceite à corrente que preceitua a não descriminalização do art. 28, havendo tão somente a despenalização:

*“EMENTA:I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”,*

<sup>20</sup> Ibidem

<sup>21</sup> Disponível em: <<https://gmacau.jusbrasil.com.br/artigos/246913624/a-natureza-juridica-da-conduta-incerto-art-28-da-lei-de-drogas>> ; acesso em 18/10/2019

*também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. STF; 1ª Turma; Recurso Extraordinário; 430105 QO / RJ - Rio de Janeiro; 13 fev. 2007*<sup>22</sup>

Nesse diapasão, é evidente que os Tribunais brasileiros se sintonizaram ao juízo do Supremo Tribunal Federal, no sentido de corroborar a tese de que o artigo 28 descriminalizou a figura do usuário de entorpecente, conforme evidente pelos julgados abaixo expostos:

*PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 16 C. C. 18, IV, DA LEI 6.368/76. REINCIDÊNCIA. ART. 28 DA LEI 11.343/06. DESCRIMINALIZAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. "O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem suscitada nos autos do RE 430105 QO/RJ, rejeitou as teses de abolitio criminis e infração penal sui generis para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, afirmando a natureza de crime da conduta perpetrada pelo usuário de drogas, não obstante a despenalização". RE 430105 2811.3432. Ordem denegada. (90090 DF 2007/0210677-3, Relator: Ministro ARNALDOESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 03/12/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2010).*<sup>23</sup>

*DIREITO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS. II - CRIME DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28, CAPUT, LEI N.º 11.343/06. CONDUTA DELITUOSA DEFINIDA COMO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E QUE, POR SUA RELEVÂNCIA JURÍDICA, FOI CONSAGRADA À JUSTIÇA RESTAURATIVA. INFRAÇÃO SUJEITA A PROCESSO COLABORATIVO PELA NOVA LEGISLAÇÃO ANTITÓXICOS. OPÇÃO LEGISLATIVA QUE NÃO IMPLICA ABOLITIO CRIMINIS. O LEGISLADOR ORDINÁRIO AO EXCLUIR, PARA O DELITO DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, A APLICAÇÃO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NÃO DESPENALIZOU A MENCIONADA CONDUTA, TENDO APENAS INSTITUÍDO NOVOS INSTRUMENTOS PARA SEU COMBATE. - TIPICIDADE CONFIGURADA AINDA QUEÍNFIMA A QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ILEGAL APREENDIDA. O USO DE*

<sup>22</sup> STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 430105 QO. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ: 13/12/2007. **JusBrasil**, 2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915977/recurso-extraordinario-430105-2004-0111329-9-stf>>. Acesso em: 14 out. 2019

<sup>23</sup> TJ-DF. 2007/0210677-3. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ: 01/10/2012. **JusBrasil**, 2002012. Disponível em: <[https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915977/RE-2007/0210677-3->](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915977/RE-2007/0210677-3-). Acesso em: 14 out. 2019

*SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, CONQUANTO ESTEJA DENTRE OS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, NÃO SE CARACTERIZA COMO DELITO DE BAGATELA, EIS QUE SOCIALMENTE PERCEPTÍVEL A GRAVIDADE DE QUE SE REVESTE TAL CONDUTA, A QUAL, POR RETIRAR A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO DO USUÁRIO, É CAPAZ DE LEVÁ-LO À CONDIÇÃO DE COMPLETA DEGRAÇÃO HUMANA. IV - RECURSO CONHECIDO, MAS A ELE NEGADO PROVIMENTO. (277663120068070007 DF 0027766-31.2006.807.0007, Relator: DIVA LUCY IBIAPINA, Data de Julgamento: 14/09/2010, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: 06/10/2010, DJ-e Pág. 187) <sup>24</sup>*

A partir da consolidação da descriminalização do uso, fica claro que as consequências penais dos

## **2.2 Análise comparativa entre os artigos 28 e 33, ambos da Lei 11.343**

A redação do artigo 28 da Lei 11.343/06 e do artigo 33, *caput*, do mesmo diploma legal possuem estreita relação no que toca à alguns trechos do tipo penal, a despeito de possuírem uma diferença material significativa. Os verbos normativos do tipo que merecem destaque são as condutas de: adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, como percebe-se da disposição legal:

*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..*

Salo de Carvalho elucidada que “o diferencial entre as condutas é que será o fator que deflagrará radical mudança em sua forma de processualização e punição, é exclusivamente o direcionamento/finalidade do agir (para consumo pessoal), segundos as elementares subjetivas do art. 28.” <sup>25</sup>.

Nesse passo, urge anotar que, o julgador, o qual analisará as circunstâncias delineadas pelo dispositivo, é quem deve definir, a partir de alguns critérios previamente estabelecidos, essencialmente aqueles preceituados no § 2º do Art. 28 da Lei de Drogas, quem se amolda

---

<sup>24</sup> TJ-DF. 2007/0210677-3. Relator: Ministra *Diva Lucy Ibiapina*. DJ: 01/10/2012. **JusBrasil**, 2002012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915977/RE-2007/0210677-3->>. Acesso em: 14 out. 2019

<sup>25</sup> CARVALHO, 2013, p. 317

melhor como usuário ou como traficante .<sup>26</sup> O problema reside no fato de que tais critérios são genéricos e não conferem certeza ao julgamento do magistrado, representando no máximo indícios da conduta delituosa mas nunca fundadas razões, consoante o juízo de Salo de Carvalho:

*[...] acabam por destoar da própria lógica do sistema dogmático da teoria constitucional do delito, substancialmente porque intentam absolutizar critérios objetivos de forma a induzir a esfera subjetiva do tipo. A partir de conjunturas fáticas que caracterizam os elementos objetivos (circunstâncias, tempo, local e forma de agir) ou de características pessoais do autor do fato (antecedentes e circunstâncias pessoais e sociais), são projetados dados de imputação referentes à integralidade da tipicidade, olvidando seu aspecto mais importante, o elemento subjetivo.*<sup>27</sup>

Outrossim, é relevante destacar ainda que, no que tange ao entendimento do mesmo autor, em decorrência da discricionariedade do julgador apresentada, o mesmo afirma que, aos suspeitos, em sua maioria, é imputado o delito de tráfico, que representa a pena mais gravosa.

Em seu discurso Salo declara que: “*A imprecisão desses critérios aliada à propagada política-criminal repressiva acaba por imputar o crime de tráfico à maioria dos suspeitos, gerando situações não muito diferentes daquelas previstas em leis anteriores que puniam com o mesmo rigor o crime de tráfico e o de porte para consumo pessoal.*”<sup>28</sup>

De fato, regras vagas, como as que estabelecem os critérios para distinguir usuário de traficante, fortalecem estigmas sociais e repressividade judiciária, fato que, eventualmente, acaba por reverter os postulados legitimadores do próprio Estado de direito, na medida em que indivíduos acabam por ser punidos com fundamento em uma suposta periculosidade.

Nas lições de Eugênio Raul Zaffaroni, quando não há critério objetivo para definir precisamente qual o delito cometido, a subjetividade toma conta da questão, e o “inimigo” do Estado democrático de direito, o criminoso como se refere o autor, é individualizado:

---

<sup>26</sup> § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

<sup>27</sup> CARVALHO, Salo; Política Criminal de Drogas no Brasil. Dissertação de mestrado apresentada ao curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do título Metre em Direito. Florianópolis, página 32, 1996.

<sup>28</sup> Ibidem



*O conceito mesmo de inimigo introduz de contrabando a dinâmica da guerra no Estado de Direito, como uma exceção à sua regra ou princípio, sabendo ou não sabendo (a intenção pertence ao campo ético) que isso lega necessariamente ao Estado absoluto, porque o único critério objetivo para medir a periculosidade e o dano do infrator só pode ser o da periculosidade e do dano (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, entra-se no campo da subjetividade arbitrária do individualizador do inimigo, que sempre invoca uma necessidade que nunca tem limites [...].<sup>29</sup>*

Como o texto legal abre espaço para a liberdade do sentenciante, por causa de sua imprecisão quando da classificação de traficante, há a possibilidade de alguém ser assim considerado erroneamente, sofrendo consequências de ter cometido um crime hediondo sem ter o feito.

Apesar da fragilidade da aplicação dos critérios previstos no art. 28, § 2, da Lei nº 11.343/06, estes são, na prática, os reais fatores determinantes para a classificação do usuário. A seguir, serão apresentadas as principais controvérsias em cada preceito estipulado pela disposição legal apresentada.

## **2.3 Os critérios do parágrafo 2º do artigo 28 da Lei 11.343**

### **2.3.1 A quantidade de droga**

*Prima facie*, no parágrafo em questão, o legislador trata da quantidade da substância entorpecente como primeira modalidade avaliativa para caracterizar o usuário. Algumas controvérsias pairam sobre a questão, eis que o legislador não considera a possibilidade de um usuário carregar consigo uma quantidade considerável de droga para acondicionar e então usá-la posteriormente.

Fica evidente que não é possível mensurar a quantidade utilizada por cada pessoa diariamente, já que cada indivíduo possui hábitos distintos e está sujeito a um consumo maior ou menor de qualquer substância, incluindo as entorpecentes, que são consideravelmente variadas. Outrossim, em face da grande diferença no composto químico de cada droga ilícita, cada uma delas têm um efeito diferente no corpo humano e tanto seus efeitos psicoativos quanto colaterais são distintos quanto à quantidade usada.

---

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição.

O próprio artigo 28 da Lei em voga, em seus verbos normativos, admite a possibilidade de o usuário, guardar ou ter em depósito, por exemplo, desde que a destinação da substância seja para o uso próprio.

Ainda existe outra alternativa possível, em que o usuário decida simplesmente carregar uma quantidade maior de droga, ainda que esporadicamente, com o intuito de voltar menos vezes em locais de ponto de venda de drogas, os quais são perigosos por natureza, tanto pelo comando do tráfico sob o local, o fazendo com armamento ostensivo, quanto pela eventual disputa armada que ocorre frequentemente em tais locais, entre o tráfico e as forças de segurança e entre os próprios traficantes em disputa por território.

Sob o ponto de vista oposto, está a possibilidade de alguém com dolo de comercializar drogas, carregar consigo uma quantidade pequena de entorpecentes, a fim de mascarar sua real intenção de venda da substância, fato que torna a questão ainda mais controversa. Nessa perspectiva advoga o Ministro do STF Marco Aurélio Mello:

*Não dá para nós definirmos neste julgamento quem é usuário e quem é traficante. Isso tem que ficar a critério do juiz, processo a processo. O juiz deve ouvir as testemunhas, perceber os elementos coligidos pelo Ministério Público em termos de culpa e, então, definir caso a caso quem é usuário e quem é traficante. Não podemos dizer que quem porta pequena quantidade de drogas é simplesmente usuário. Geralmente, o traficante esconde porção maior de droga e só porta aquela que entregará ao consumidor<sup>30</sup>*

Nesse cenário surge a figura do “traficante de varejo”, cuja alcunha lhe é dada em virtude das pequenas quantidades de droga portadas e passadas adiante. Duas justificativas plausíveis ao surgimento dessa modalidade de traficância seriam: a pequena demanda do mercado áreas periféricas, além da já explicada tentativa de se passar por simples usuários em busca de ludibriar operações policiais.

Diante de tantas questões controversas, a doutrina dominante assentou opinião no sentido de que o critério de quantidade de droga, não é capaz de delimitar o real dolo do agente, pelas razões acima expostas. Para Mendonça e Carvalho não há precisão no critério da quantidade porque:

---

<sup>30</sup> Disponível em < <https://oglobo.globo.com/sociedade/para-ministros-do-stf- apenas-quantidade-de-droga-nao-distingue-usuario-de-traficante-17159875>>; Acesso em 31/10/2019

*“[...] é cada vez mais comum traficantes deambularem com apenas pequenas quantidades de droga, escondendo a droga em outros locais.”<sup>31</sup>*

Na mesma linha é o pensamento de Sérgio Ricardo de Souza que assenta, ainda nesse sentido, que “[...] a quantidade ou a natureza, isoladamente, não são suficientes para caracterizar o destino da droga [...]”.<sup>32</sup>

Existe uma corrente forte na doutrina que defende que é necessária a implementação de um sistema de cunho objetivo de modo a padronizar a quantidade de drogas para a caracterização do delito, dada a fragilidade da Lei 11.343/06. Em vista disso, Roberto Bittencourt, como defensor disso, assenta que:

*O fato do dispositivo legal não especificar quantidades determinadas para diferenciar o consumidor do traficante, expondo tão somente que deverá o juiz analisar as circunstâncias da infração, perfil do infrator, entre outros, vem sendo discutido nos diversos eventos produzidos após a promulgação do referido diploma.<sup>33</sup>*

Em que pese a generalidade demonstrada na quantidade de droga como único critério considerado para a identificação do dolo do agente, principalmente em razão dos problemas apresentados, a solução de quantificar a droga como forma de definir o dolo do agente se mostra a mais adequada, porque, pelo menos em uma conjuntura de curto prazo, reduziria a insegurança jurídica que paira sobre o tema.

### 2.3.2 O local e as condições onde se desenvolveu a ação

Outro parâmetro de identificação do usuário é a localização em que o agente se encontra no momento da apreensão, somada às circunstâncias onde a ação teve seu desenrolar.

Nas lições de Sérgio Ricardo o local da ação:

*“O local onde ocorreu a apreensão pode ajudar a evidenciar a destinação da substância, tal qual ocorre quando a droga é apreendida na casa do agente, ou mesmo em seu bolso ou em sua carteira, durante um show, sendo ainda em*

---

<sup>31</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. Lei de drogas: lei 11.343, de 23 de agosto de 2016 comentada artigo por artigo. 3a ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 56

<sup>32</sup> SOUZA, 2015, p.46

<sup>33</sup> BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 23a.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

*pequena quantidade e de natureza compatível com as necessidades do usuário*”<sup>34</sup>

É nesse contexto, que o local em que o agente se encontra funciona como verdadeiro determinante do dolo do mesmo, que o julgamento estatal revela seus vícios, na medida em que alguns lugares são sempre tidos como locais de tráfico, como “bocas de fumo” e suas proximidades. O parâmetro, dessa forma, também é insuficiente, visto que a consideração desses locais encontra-se maculada de preconceitos e julgamentos errôneos, muitas vezes oriundos de juízos de valor pessoal dos julgadores.

Há ainda outra adversidade quanto a esse fato, que é a localização dos pontos de comercialização mais notórios: as favelas. As “bocas de fumo”, como são vulgarmente conhecidas, funcionam como verdadeiro mercado ilegal a céu aberto, onde agentes do tráfico ostentam armas e drogas de todo tipo a qualquer hora do dia, sem sofrer qualquer repressão. As bocas são localizadas normalmente no meado da favela, dividindo espaço com outras localidades residenciais e comerciais.

Nesse cenário, além da violência recorrente, o morador dessas comunidades é involuntariamente submetido a todas as adversidades que possam lhe ocorrer quando passa por essas áreas no trajeto para o trabalho ou faculdade, como por exemplo, ser erradamente considerado traficante ou sofrer uma abordagem policial vexatória simplesmente por estar presente em uma área considerada “de risco”, fato que confunde ainda mais a polícia.

No tocante a questão, Luis Carlos Valois comenta:

*“O trabalho de pesquisa nos autos de prisão em flagrante esteve influenciado, com efeito, em alguma experiência prévia. É público e notório que a polícia ingressa nas comunidades pobres, revista, coloca na parede, de cara para o chão, moradores, suspeitos, sem qualquer procedimento prévio, tudo em nome da guerra às drogas.*

*[...] Pior, o policial tem se sujeitado, como se observa nos seus próprios depoimentos, a procurar essas mercadorias nas cuecas, nos bolsos, nas calças, nas bermudas, nas jaquetas – para ficar apenas nas vestimentas mais citadas[...]*”

Como é viável, para um morador de comunidade, estar suscetível a situações como essas de forma eventual, possivelmente em virtude de um estigma criado por legislações omissas, as

---

<sup>34</sup>SOUZA, Sérgio Ricardo de. Lei antidrogas comentada: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.47

quais estebelecem o local da droga como possível agravador de uma conduta? Esse é um dos motivos pelo qual o critério de local de apreensão se mostra mais um parâmetro falho.

Em relação a isso, uma situação que possivelmente pode ocorrer é a do usuário que teve a necessidade de fazer a compra em um ponto de venda assentado em uma favela e foi abordado pela polícia, a qual automaticamente o taxa de traficante, ainda que nenhuma das circunstâncias que fundamentam tal pensamento estejam presentes, simplesmente pelo agente estar próximo a uma “boca” ou até só por estar em uma comunidade.

De feito a melhor esclarecer a questão, segundo dados do ISP – Instituto de Segurança Pública, especificamente no ano de 2005, o mapa de ocorrências por detalhamento de delito de tráfico de entorpecente demonstra que estas concentram-se principalmente em áreas periféricas como Bangu (186 ocorrências), Santa Cruz (89 ocorrências) e Bonsucesso (83 ocorrências), ao passo que no Leblon, em Ipanema e na Barra da tijuca, por sua vez, foram registradas 9 (nove), 5 (cinco) e 3 (três) ocorrências respectivamente.<sup>35</sup>

Vê-se claramente, a partir de dados mostrados, que a concentração de casos reportados está em áreas em que predomina-se população de baixa renda, enquanto, a bem da verdade, é cediço que a realidade é outra. Depreende-se então que a opção política do Estado é reprimir o “lado mais pobre”. Isso é conhecido pela doutrina como seletividade punitiva:

*“Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhe uma pena. Esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal”*<sup>36</sup>

Na lição de Zaffaroni e Nilo Batista, o poder punitivo penal se traduz num processo seletivo de criminalização que se desenvolve na etapa legislativa e judiciária da produção penal brasileira<sup>37</sup>, resultando assim num processo de seletividade institucional.

*A contrario sensu*, existem também pontos de drogas em áreas ocupadas pela elite, os quais não recebem a mesma atenção policial e judiciária por não serem áreas reputadas como

---

<sup>35</sup> Filho, Orlando Zaccone D’ Elia. Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.137 p.

<sup>36</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

<sup>37</sup> *Ibidem*

pobres, abrigando pessoas vistas como influentes, inclusive integrantes das próprias instituições de repressão judiciário.

Todavia, é evidente, por óbvio, que a elite da cadeia do tráfico se encontra presente justamente nessas áreas que não recebem tanta atenção policial, junto à casta e até confundindo-se com ela, pois o mercado ilícito de entorpecentes movimenta uma quantidade avassaladora de capital e possui uma grande rede de agentes ocupantes de todas as classes da sociedade.

Dessa forma, é cristalino que o local é um critério bastante falho porque reforça preconceitos e sujeita pessoas inocentes a julgamentos prévios pela simples localização em que se encontra, penalizando aquele que possivelmente estava “no lugar errado na hora errada”. Por isso, reitera-se que somente uma análise conjunta de vários elementos poderia efetivamente dar indícios mais palpáveis da destinação do entorpecente, mas, ainda assim, não levaria à certeza sobre a mercancia.

### 2.3.3 Circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente

Outro ponto do parágrafo 2º§ em voga que fomenta preconceitos sociais e merece ser atacado é a questão de as circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como os antecedentes do indiciado, serem fundamento para caracterização de um delito mais grave que o simples uso, qual seja o de tráfico de entorpecentes.

Em tratando-se do critério analisado, percebe-se que mais uma vez o legislador erra em vincular um julgamento tão sério a um critério deveras genérico e pessoal, muito em vista de o passado criminal do agente e suas características pessoais não guardarem qualquer relação com o dolo deste durante a ação.

Samuel Miranda Arruda reforça a ideia sobredita, sob o pretexto de que a codificação do artigo cria um verdadeiro etiquetamento de indivíduos, ferindo o princípio constitucional da presunção de inocência, como explica em suas próprias palavras:

*“Cria-se, assim, uma rotulação perigosa dos indivíduos. Deixa-se de analisar o fato criminoso objetivamente para realizar uma apreciação subjetiva do agente. Como se pode justificar que uma mesma conduta, se praticada por Pedro, já condenada por tráfico, seja enquadrada no tipo penal do artigo 33, enquanto a Paulo, primário e de bons antecedentes, imputa-se o delito associado ao uso? Cremos mesmo ser de constitucionalidade duvidosa essa*

*disposição. O legislador erigiu aí verdadeira presunção de culpabilidade em nada compatível com o princípio inverso, da presunção de inocência.”<sup>38</sup>*

O princípio da presunção de inocência tratado pelo autor é contemplado na Carta Maior de 88 no art 5º, inciso LVII e tem por escopo evitar a atribuição de culpabilidade ao agente antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, em que concretiza-se a ação punitiva do Estado. O postulado fundamental relaciona-se com a “constitucionalidade duvidosa” do parágrafo na medida em que este último contraria aquele, quando estabelece um julgamento prévio das características pessoais e antecedentes do acusado anteriormente à uma decisão final sólida.

A análise do critério muitas vezes leva o julgador a estabelecer sentença debruçando-se sobre o senso comum, influenciado por pressupostos morais baseados na premissa de que a reincidência ou relacionamento com familiares, por exemplo, estão relacionados ao envolvimento delituoso e por tal motivo, merece ser punido com mais severidade. Estas são considerações feitas a respeito comportamento humano desprovido de fundamento científico e sequer submetidos à análise de profissional qualificado que, através de exame psicológico legítimo poderia emitir um parecer sobre a personalidade do agente.

Um adicional grande perigo de o consenso popular influenciar decisões jurídicas mora no seguinte revés: o racismo institucional. É cediço que tal noção discriminatória paira sobre o ideário social e ,por consequine, no sistema jurídico-policial, pois dados comprovam a tendência racista no julgamento de indiciados por tráfico no Brasil, principalmente na região Sudeste.

De modo a comprovar a afirmação, um estudo<sup>39</sup> efetuado pela revista “A Pública”, em relação ao tema, no âmbito do Estado de São Paulo, levantou dados de mais de 20.000 (vinte mil) sentenças, analisando julgados proferidos por tribunais de primeira instância no estado. A pesquisa analisou 20.387 sentenças de tráfico de drogas e identificou dados com informações de raça e cor para mais de 22 mil pessoas, sendo 10.955 brancos e 11.259 negros.

Frente ao arcabouço informativo colhido a pesquisa concluiu que:

---

<sup>38</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. Drogas: Aspectos Penais e Processuais Penais: Lei 11.343/06. São Paulo. Método, 2007, p. 31 e 32

<sup>39</sup> Thiago Domenici, Iuri Barcelos; Como a Justiça paulista sentenciou negros e brancos para tráfico; A Pública; Disponível em < <https://apublica.org/2018/12/como-a-justica-paulista-sentenciou-negros-e-brancos-para-traffic/>>; Acesso em 12/11/2019

*“Entre as sentenças analisadas pela reportagem, a comparação entre negros e brancos indica que os magistrados de primeiro grau julgaram a denúncia procedente para condenar 71,5% dos negros e 69,5% dos brancos por tráfico em 2017. Os brancos lideram os casos em que a acusação é desclassificada para “posse de drogas para consumo pessoal”. As desclassificações ocorreram com 6,8% dos brancos e 5% dos negros[...]”<sup>40</sup>*

Outrossim, a pesquisa apresenta dados no tocante aos condenados por tráfico de drogas em relação a quantidade de droga apreendida, comparando dados de brancos e negros. É aí que os dados se apresentam ainda mais discrepantes: no geral, ficou comprovado que com quantidades de 0 a 10g e 10g a 100g, negros são condenados 56,52% das vezes e brancos 50,44% e 71,47% e 61,45%, respectivamente. O número de condenações por si só já assusta em tratando-se de pequenas quantidades, considerando o que já foi aqui anteriormente tratado em relação à pequenas quantidades de substâncias entorpecentes. Mas o que de fato assusta, é a disparidade entre as condenações com base exclusivamente na cor do acusado.

Quando a pesquisa faz um recorte das prisões por porte de até 25g especificamente de maconha é que a diferença nos índices de condenação, absolvição e desclassificação entre as cores se acentuam. Entre os negros, 66% foram condenados; entre os brancos, 43%. As acusações que foram desclassificadas para o crime de “porte para uso pessoal” beneficiaram 15% dos negros e 38% dos brancos.

A coordenadora do Núcleo de Diversidade e Igualdade Racial da Defensaria Pública do Estado de São Paulo faz uma afirmação precisa no estudo em voga acerca do tema, explicando o seguinte:

*“Esses dados demonstram que de alguma maneira essas práticas, normas, decisões, ainda que formuladas em termos abstratos, genéricos, ainda que não tenham um discurso discriminatório explícito, acabam servindo para encarcerar de forma prioritária a população negra”<sup>41</sup>*

É evidente que a pesquisa levou em consideração um pequeno espaço amostral se comparado com a dimensão de todo o território brasileiro, porém, à título de exemplificação, não se pode ignorar a conclusão a que se chegou, principalmente dada a exemplificação do

---

<sup>40</sup> Ibidem

<sup>41</sup> Isadora Brandão; Como a Justiça paulista sentenciou negros e brancos para tráfico; A Pública; Disponível em < <https://apublica.org/2018/12/como-a-justica-paulista-sentenciou-negros-e-brancos-para-trafico/>>; Acesso em 12/11/2019



racismo estrutural ante a discrepância do número de condenações e do número de desclassificações de delito de tráfico para o de consumo pessoal entre brancos e negros, corroborando a tese de que a condenação de um indivíduo com fulcro em características pessoais e no senso comum punitivo apenas reforça o preconceito social.

É esse mesmo senso comum relatado que sustenta uma outra equivocada noção: aquela de que quem comete um pequeno desvio está sujeito a cometer outros mais graves, evidenciando a falta de alicerce científico em que se baseia o ideário social. Esse discurso, importado dos Estados Unidos e nunca comprovado cientificamente é denominado pela doutrina de “*broken windows theory*”<sup>42</sup>, idealizado por George Kelling e melhor explicado por Zaffaroni, que assenta que:

*‘As penas mais graves diminuem o número de delitos’. ‘Punindo os ladrões tutela-se a propriedade’. ‘Os loucos são perigosos’. O reincidente é mais perigoso que o primário’. ‘A pena dissuade’. ‘A execução penal ressocializa’. ‘Todos são iguais perante a lei’. ‘O legislador é o único que estabelece penas’. ‘A intervenção punitiva tem efeito preventivo’. ‘A prisão preventiva não é uma pena’. ‘Se se tipifica uma conduta, sua frequência diminui’. ‘O consumidor de drogas proibidas converte-se em delinquente’. ‘Todo consumidor de tóxicos é um traficante em potencial’. ‘A impunidade é a causa da violência’. ‘A pena estabiliza o direito’. Todas estas assertivas a respeito da realidade do comportamento humano não estão submetidas a verificação, mas costuma-se considerá-las verdadeiras no direito penal sem esse requisito elementar de relativa certeza científica, não como mero complemento periférico do discurso, mas como próprio fundamento deste.’<sup>43</sup>*

A teoria serviu como base para desencadear um movimento, em diversos Estados dos EUA, à época que foi lançada, de política repressiva de “tolerância zero”, duramente criticada pela doutrina nos dias atuais por ir de encontro a diversos preceitos fundamentais, em que a população vivia uma grave insegurança jurídica, já que, naquele contexto, aquele que fosse por três vezes reincidente de crimes violentos era condenado à prisão perpétua.

É essa a mesma insegurança gerada quando se considera que, o simples fato de um indivíduo possuir antecedentes criminais o torna suscetível a reincidir no cometimento de crimes.

---

<sup>42</sup> George Kelling and Catherine Coles. *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, ISBN p. 43 e 44

<sup>43</sup> ZAFFARONI, 2011, p. 115

## 2.4 Análise principiológica da Lei de Drogas

### 3.4.1 A insegurança jurídica decorrente da arbitrariedade dos julgadores no contexto da Lei 11.343/06

O sistema jurisdicional se consubstancia a partir de decisões que conferem a segurança de um julgamento justo aos tutelados por este sistema. Essa segurança foi positivada constitucionalmente nos incisos art. 5º da Carta Magna de 1988, que preceitua, além de outros princípios, o da segurança jurídica. Ele é o responsável por garantir estabilidade, a continuidade da ordem jurídica e a previsibilidade das consequências jurídicas da aplicação de determinada norma, sendo, então, imprescindível para a conformação de um Estado de Direito.<sup>44</sup>

Sob a ótica penalista, o princípio constitucional é abordado por Marco Aurélio de Souza e Silva do seguinte modo:

*“No sistema da teoria do delito, a estrutura jurídica do crime encerra as categorias fundamentais de tipicidade, antijuricidade e culpabilidade, permitindo demonstrar analiticamente que o crime é produzido por uma conduta (comissiva ou omissiva) típica, antijurídica e culpável. Com isso, as funções declaradas pela Dogmática Penal orientam as decisões judiciais dos operadores do Direito na direção de resultados calculáveis e previsíveis, cuja metalinguagem serve para unir o caso concreto à norma abstrata”..<sup>45</sup>*

É por esse motivo que tal segurança é imprescindível nos julgamentos, principalmente quando há uma discricionariedade conferida ao julgador pela norma, como acontece na Lei 11.343/06, principalmente no tão abordado §2º do art. 28 da mesma.

O contrário do que foi explicado ocorre quando as decisões jurídicas se mostram imprevisíveis a quem por elas vem a ser julgado, se consolidando assim a insegurança jurídica. Sem a padronização e estabilidade dos julgados, além de um julgamento por autoridade competente para tal não há justiça, e por conseguinte não há Estado Democrático de Direito, consoante às ideias de Robert Alexy que assim expõe:

---

<sup>44</sup> Marioni, 2010

<sup>45</sup> SILVA, Marco Aurélio Souza da. O controle social punitivo antidrogas sob a perspectiva da criminologia crítica: a construção da criminalidade do tráfico de drogas nas decisões judiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 210

*“[...] uma norma é juridicamente válida se foi promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista e se não infringe um direito superior; resumindo: se foi estabelecida conforme o ordenamento.”<sup>46</sup>*

E também à vista de Mendes Branco, que defende veementemente a relação entre segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito, dizendo que: *”Em verdade a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.”<sup>47</sup>*

A situação piora quando, como ocorre no âmbito penal, a insegurança jurídica afeta diretamente liberdade de locomoção dos indivíduos, uma vez que pode levá-lo ao cárcere em caso de erro judiciário. Em vista disso, valoriza-se mais ainda a igualdade jurídica nesse contexto.

Num contexto fático em que decisões jurídicas são em sua essência influenciadas por valores pessoais não há que se falar na possibilidade de a norma sujeitar os pressupostos de fato e de direito que validam a decisão ao juízo pessoal do juiz. Assim, a incumbência de decidir quem é o usuário e quem é o traficante é delegada ao Poder Judiciário, quando deveria ser originariamente decidida pelo Parlamento a partir de parâmetros palpáveis e taxativos de definição ou como afirma Zaffaroni em sua obra: *“por dependerem de uma valoração – necessitarium da precisão dos elementos descritivos”<sup>48</sup>*

A nebulosidade se agrava quando da sentença do acusado, que diante de diferentes figuras julgadoras esta suscetível a igualmente distintos julgamentos por partes dos mesmos, que precipuamente com fulcro em preconceitos de ordem socioeconômica acabam por subjugar ricos de forma mais branda e menos abastados com toda força da lei, ou em outras palavras *“os mais pobres em traficantes potenciais, ao passo que os mais ricos tendem a ser enquadrados como usuários”<sup>49</sup>*

Percebe-se, ante a isso, uma clara violação também ao princípio da isonomia, além de outros que mais tarde serão abordados. Com efeito, o controle penal das drogas ilícitas

---

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. Tradução: Gernélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 104

<sup>47</sup> MENDES; BRANCO, 2014, p. 394

<sup>48</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 415

<sup>49</sup> SHECAIRA, 2014, p.50

estabelece no interior do campo do direito o paradoxo de justificar a guerra ao tráfico ao custo da violação do princípio da igualdade<sup>50</sup>

Sobre a violação sobredita, Ferrajoli expõe que:

*“Com tal concepção podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido.*

*[...]*

*O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como “tipos objetivos” de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como*

*pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de “tipos subjetivos” de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas.”<sup>51</sup>*

Ferrajoli na passagem explica não só a importância da igualdade jurídica, mas também do preceito da legalidade, da qual o primeiro é corolário, quando afirma que a lei deve previamente estabelecer que determinada conduta é criminosa, para atingir-se a plena “esfera intangível da liberdade”.

No tocante a esse preceito também fundamental e constitucional tratado no parágrafo anterior, urge explicitar que, segundo Nucci *“trata-se do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do poder legislativo, respeitado o procedimento previsto na Constituição.”<sup>52</sup>* Na mesma esteira é a codificação do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal que estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina. Em outras palavras a lei deve prever a conduta e não o contrário.

Outrossim, a ideia proibicionista é perigosamente difusa frente às vaguezas normativas, que conferem legitimidade à noção de *“in dubio pro societate”*, que é incompatível com a ordem constitucional. Um exemplo disso está na inversão do ônus da prova, que decorre da

---

<sup>50</sup> REZENDE, 2011, p. 2

<sup>51</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31

<sup>52</sup> NUCCI, 2014, p. 2021

noção abordada, em que cabe ao agente provar sua inocência diante dos fatos, caracterizando-se uma inversão de valores.

Não convém, portanto, a existência de lacunas no âmbito jurisdicional, principalmente o brasileiro, em que predomina um cenário de preconceito social e racial, onde o traficante tem cor, idade e classe social: dados do Infopen informam que 61,67% da população carcerária brasileira é formada por negros e pardos; 30,12% são jovens entre 18 e 24 anos; pessoas analfabetas e alfabetizadas formalmente e aquelas que têm até o ensino fundamental completo representam 75,08% da população prisional.

Especificamente no âmbito da tutela jurisdicional da lei de drogas a forma usada para diferenciar o uso do tráfico é a observância da real intenção do agente no momento da conduta, conhecida como dolo, em que impera uma certa generalidade, somada aos critérios antes explanados do parágrafo 2º do art. 28 da Lei de drogas que padecem de precisão. É por isso que tal forma de diferenciação vai de encontro aos preceitos constitucionais da legalidade, por ausência de previsão normativa concreta, da segurança jurídica, já que há imprevisibilidade no julgamento e da isonomia, por que há uma tendência no julgamento em favor do Estado.

Quando a norma confere a possibilidade de o aplicador delimitar o melhor modo de execução a partir de alternativas elencadas, cabe ao legislador previamente defini-las com precisão e uniformidade, de modo a evitar que se fira princípios constitucionais. Para tal, o eminente Ronald Dworkin criou um método de interpretação normativa, em que, didaticamente, compara o aplicador do direito a um romancista, veja-se:

*Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que os seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.*

*[...] a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral e será malsucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto [...]. Se não encontrar nenhuma interpretação que não possua tais falhas, o romancista em cadeia não será capaz de cumprir plenamente sua tarefa; terá de encontrar uma interpretação que apreenda a maior parte do texto, admitindo que este não é plenamente bem-sucedido.*<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p 276 e 277

Deve ser implementada essa ideia apresentada quando da aplicação dos critérios do parágrafo segundo em comento, devendo o aplicador da norma considerar uma única possibilidade de julgamento diante de cada circunstância, evitando-se, assim, as arbitrariedades tão criticadas.

#### 2.4.2 O princípio da proporcionalidade e o binômio usuário x traficante

O preceito constitucional a ser tratado tem por finalidade precípua o equilíbrio entre os direitos individuais e os anseios sociais por justiça, que, como uma balança, devem permanecer em perfeita estabilidade

Também conhecido como princípio da proibição do excesso e relacionado a questão da razoabilidade, este é um princípio fundamental para a manutenção do Estado de Direito, que decorre da interpretação de valores, princípios e direitos fundamentais tutelados pela ordem constitucional. Trata-se, pois, de um princípio implícito, não expresso no texto constitucional que se revela como limitador do *juspuniendi* estatal.<sup>54</sup>

O princípio da proibição do excesso não pode ser vislumbrado apenas como critério interpretativo das normas jurídicas, mas inclusive como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.<sup>55</sup>

Esse preceito consubstancia-se através de três etapas cuja observância se dá no campo fático e também no formal a saber: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade propriamente dita.

A primeira, quando o preceito é aplicado na seara de criação legislativa, diz respeito à adequação entre os meios utilizados e o fim a que se pretende chegar, em que é analisado se esse meio é apto e capaz de alcançar os objetivos buscados pelo legislador primário, durante a produção normativa. Já em relação à segunda, diz-se necessária aquela norma que é “indispensável para atingir o fim proposto, não podendo exceder os limites do necessário, na falta de outros menos gravosos e de igual eficácia.”<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> COELHO, Yuri Carneiro, 2003, p. 99

<sup>55</sup> BITENCOURT, 2017, p. 70.

<sup>56</sup> PRADO; CARVALHO, 2015, P. 20

Ainda em relação a questão da necessidade, Canotilho assevera que:

*“o princípio da necessidade coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos gravoso para o cidadão”.*<sup>57</sup>

Por último temos o princípio da proporcionalidade estrita, também conhecido como proporcionalidade propriamente dita, segundo a qual incumbe ao juiz observar a proporção entre a gravidade do fato concreto e a pena aplicada ao seu autor.<sup>58</sup>

Pode-se dizer que este último está inerentemente ligado à efetiva ponderação que é feita pelo legislador, o qual, alicerçado em um juízo moral universal, adequa uma conduta à uma pena definida como razoável sob a ótica social e jurisdicional.

No entendimento de Yuri Coelho, essa proporcionalidade em si considerada *“coloca em pauta um processo comparativo de possibilidades jurídicas da aplicação da medida restritiva de liberdade”*.<sup>59</sup>

Isso significa dizer que a criação normativa deve pautar-se em uma justa comparação entre a importância do bem jurídico tutelado e o direito fundamental da liberdade. Com o objetivo de ponderar custos e benefícios que o sacrifício de um bem jurídico pode implicar tanto para o cidadão quanto para a ordem jurídica.<sup>60</sup>

Esse preceito pode ser observado por dois ângulos: o legislativo e o judiciário. Em relação ao primeiro, este chama-se proporcionalidade em sentido abstrato, o qual já fora aqui tratado e versa sobre a adequação do injusto à sua pena. Em contrapartida o segundo ocorre na fase judicial, com a pena já devidamente estabelecida e denomina-se proporcionalidade concreta, em que o magistrado delimita a aplicação da pena ao respectivo acusado.

Consoante à doutrina de Cézair Robert Bitencourt, é defendido que:

*“a violação do princípio da proporcionalidade está para além da inobservância deste quando da aplicação das leis penais no caso concreto, mas inclusive se*

---

<sup>57</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constitucional, p. 264.

<sup>58</sup> Ibidem

<sup>59</sup> COELHO, 2003 p.103

<sup>60</sup> Ibidem

*manifesta no exercício imoderado do poder, do próprio poder legislativo no ato de legislar, quando da criação de normas muitas vezes ambíguas, contraditórias, incongruentes que carecem de razoabilidade.*<sup>61</sup>

Trazendo o postulado em sua fase abstrata para a questão da Lei 11.343/06, convém expor que, as condutas de traficar e consumir drogas são distopias em todas as suas nuances, inclusive quanto em relação a sua reprovabilidade no imaginário social, e o legislador acertou quando define tais figuras como distintas estabelecendo dois injustos penais completamente distintos e adequados às particularidades de cada uma.

Entretanto, conquanto a correta discriminação entre os tipos correspondentes àqueles que consomem e àqueles que traficam narcóticos, o legislador falha quando não define de maneira objetiva quais as circunstâncias devem ser levadas em conta para um julgamento precisamente adequado ao dolo do agente e continua falhando quando, diante de precedentes notavelmente heterogêneos, quando deveriam ser uniformes, não propõe uma revolução legislativa com vistas a pacificar a celeuma.

Noutro passo, quando se fala da modalidade concreta da proporcionalidade, que ocorre em sede judicial, percebe-se que as decisões por diversas vezes carecem de validade, inclusive quanto a adequação e necessidade, em decorrência justamente nos vícios presentes nos critérios do parágrafo 2º, art. 28 da Lei de Drogas e na falta de padrões claros de distinção de usuário e traficante.

É aí que surge o questionamento: é adequado, necessário ou proporcional igualar as duas figuras retratadas aos olhos judiciais e penalizá-las da mesma forma com base em parâmetros abstratos? É sabido que não, mas decisões desarrazoadas continuam sendo proferidas nos tribunais brasileiros

É em razão disso a importância da observância do preceito em voga na esfera judicial, na medida em que, talvez, com uma ponderação mais precisa e respeitando as etapas da proporcionalidade as sentenças baseadas na Lei de Drogas delimitem com mais precisão o traficante e o usuário.

---

<sup>61</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal: parte geral. 23a. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo, SP: Saraiva. 2017



## 2.6 O caráter hediondo do crime de tráfico

Apesar da relação entre alguns elementos normativos do tipo, os crimes dispostos nos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas são opostos e sua principal diferença reside na divergente natureza jurídica de ambos: Aquele é caracterizado como uma conduta descriminalizada e de menor potencial ofensivo, ao passo que este, em sua forma não privilegiada, representa um crime hediondo, tratado com vultosa repressividade penal.

O caráter de hediondez auferido ao crime de tráfico de drogas gera uma desproporcionalidade quando da análise de questões penais materiais e formais em relação a outras transgressões penais tipificadas na Lei 11.343/06, já que de acordo com o art. 44 da mesma lei, o qual reitera preceitos constitucionais, a traficância impede a aquisição de alguns benefícios tanto materiais quanto processuais, nos seguintes termos:

*“Art. 44: Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.”*

À título de complementação, em se tratando da vedação da conversão da pena em restritiva de direitos e da questão da liberdade provisória, o plenário do STF já consolidou entendimento de que estas partes do dispositivo são inconstitucionais, quando do julgamento do Habeas Corpus de número 104339, como se nota do julgado:

*Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Construção cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida.*

*(STF - HC: 104339 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012)<sup>62</sup>*

---

<sup>62</sup> STF.HABEAS CORPUS: HC: 104339 SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 10/05/20012. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5915977/habeas-corpus-104339-hc-2012-0111329-9-stj>>. Acesso em: 10 out. 2019

Após feitas as elucidações necessárias acerca do art. 44 da Lei de Tóxico, salienta-se que a impossibilidade de substituição processual, tanto quanto de anistia, graça, indulto para o crime de tráfico, apenas reforçam a discrepância do tratamento penal ao crime de mercância de entorpecentes em relação ao injusto penal que tipifica o uso de drogas, da mesma lei.

Ademais, cabe observar ainda que os crimes hediondos também são inafiançáveis, por força de prescrição constitucional, em que se estabelece que são inafiançáveis o racismo, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, os crimes definidos como hediondos e as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático nos incisos, XLII e XLIV do art. 5º da Carta Maior.

Tal determinação é reiterada no CPP, o qual em seu artigo 323, inciso II, prescreve que:

*Art. 323: Não será concedida fiança: [...]*

*II – Nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e **nos definidos como crimes hediondos**;*

A fiança assume um papel extremamente relevante, pois é empregada como uma alternativa à prisão preventiva e desempenha relevantes funções processuais, assim como pode ser utilizada para indenizar as vítimas, nos termos previstos no artigo 336 do Código de Processo Penal.<sup>63</sup> Dito isso, depreende-se que, ao impedir a concessão de fiança ao condenado por tráfico, o recurso financeiro decorrente do pagamento de fiança, que poderia ser destinado para diversos fins sociais, como educação sobre drogas e ressocialização do usuário, é esvaziado.

Outro aspecto da hediondez que merece destaque é o tempo maior para progressão de regime para os apenados desses crimes, que é maior do que aquele de 1/6 (um sexto) de cumprimento da pena dado pelo Código Penal em seu artigo 33, §2º. A Lei de Crimes Hediondos estabelece que o condenado progride apenas após 2/5 (dois quintos) de cumprimento de pena caso primário e ainda que o reincidente deve cumprir 3/5 desta para ter direito ao benefício.

---

<sup>63</sup> Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/fernando-palazzo-aplicacao-fianca-crimes-hediondos>> acesso em 29/10/2019

Apesar de os números trazidos para a concessão do instituto da progressão em crimes hediondos já serem considerados elevados, a legislação de execução penal em seu artigo 112 ainda complementa a disposição e impõe mais um requisito de caráter subjetivo para a concessão do benefício: o bom comportamento do acusado.

Já foi aqui retratado massivamente o problema de os parâmetros trazidos por lei serem subjetivos, mas, apesar das críticas, esse é mais um obstáculo a ser enfrentado pelo apenado por tráfico: se o mesmo não apresentar um comportamento adequado no cárcere aos olhos do julgador, pode ter seus direitos tolhidos ou sequer recebê-los.

Ao definir que os delitos hediondos e equiparados impedem a concessão de benefícios processuais e penais supramencionados, o legislador eleva o grau de punitividade desses delitos, sem haver um fundamento plausível acerca das motivações de tais delitos serem dessa forma considerados, ombreando o crime de tráfico, ao de estupro de vulnerável, tortura, homicídio qualificado e latrocínio, condutas que, sob a ótica social e moral, são mais reprováveis que a mercancia de substâncias entorpecentes.

O cerne do problema reside no critério utilizado para a identificação de quais crimes são hediondos, haja vista que o parâmetro utilizado pela Lei de Crimes Hediondos é o enumerativo, em que são considerados de maior gravidade aqueles expressamente taxados, deixando à cargo do legislador definir quais crimes se amoldam à hediondez, sem entretanto haver um padrão concreto para tal. Alinhado a essa ideia está a doutrina de Guilherme Nucci, no seguinte sentido:

*“O critério enumerativo, usado pela Lei 8.072/1990, simplesmente enumera os delitos que o legislador considerou hediondos – mais graves que outros, portanto – sem explicar ou fundamentar as razões que levaram o Parlamento a tomar tal medida. O ponto positivo desse modelo é a segurança na aplicação da lei, isto é, somente são hediondos os delitos ali constantes. Outros, por pior que pareçam, estão excluídos. O ponto negativo consiste na nebulosa avaliação legislativa, sem que haja parâmetros para descobrir o que teria levado o legislador a considerar, por exemplo, como hediondo o envenenamento de água potável (art. 270, CP), na primeira*

*edição da lei em 1990, deixando de fora desse quadro o homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, CP). ”<sup>64</sup>*

Ainda de acordo com a doutrina do autor, existem três critérios para classificação: o já apresentado enumerativo, além do judicial subjetivo e o legislativo definidor. Sobre o judicial subjetivo, Nucci leciona que:

*“O critério judicial subjetivo consiste em atribuir-se ao magistrado a possibilidade de emoldurar um crime como hediondo, levando em consideração o caso concreto. Assim ocorrendo, poderia o juiz tachar de hediondo um roubo, no qual a violência exercida contra a vítima foi exagerada, demonstrativa da perversidade do autor e da crueldade do ato. Por outro lado, deixaria de considerar hediondo o homicídio qualificado pelo recurso que dificultou a defesa da vítima, por entender que o autor é primário, sem antecedentes, além de ter mantido com o ofendido longo período anterior de divergências. Enfim, o caso concreto ditaria o rumo a ser tomado pelo julgador. Essa sistemática tem o ponto positivo de não engessar a avaliação do caso concreto, permitindo maior flexibilidade na classificação de cada crime como hediondo. O ponto negativo consiste na insegurança dos critérios subjetivos de cada magistrado para considerar um crime como hediondo, invadindo a seara dos seus valores pessoais, muitas vezes repletos de preconceitos, desvios e falta de bom senso. ”<sup>65</sup>*

Faz-se mister esclarecer, que, no método suprarrelatado, permanece a adversidade da subjetividade, considerando que, há apenas a alocação da discricionariedade de julgamento das mãos do legislador para a do magistrado, resultando na manutenção da possibilidade de sujeitar indiciados a arbitrariedade das autoridades penais.

Nesse seguimento, como ponto negativo, assenta Nucci que a insegurança da subjetividade continuaria pairando sobre a questão, já que um julgamento preciso poderia ser maculado por valores pessoais preconceituosos, intrínsecos aos juízes enquanto pessoas, além de possível falta de razoabilidade na avaliação de apenados.

---

<sup>64</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas: 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 113

<sup>65</sup> Ibidem

Há ainda o terceiro critério avaliativo, qual seja o do legislativo definidor, o qual, ainda sob o julgamento do autor é problemático na medida em que o critério propõe adequar crimes a uma definição legislativa única do que seria crime hediondo, sendo a adequação subjetiva.

Em suas palavras explica o autor que:

*“A forma do legislativo definidor seria contar com a definição do legislador do que vem a ser crime hediondo. A partir daí os operadores do direito buscariam enquadrar os tipos penais e os casos concretos nesse conceito previamente elaborado. O ponto positivo é evitar a singela enumeração de crimes, sem qualquer fundamento. O ponto negativo consiste, ainda, na insegurança, pois sabemos todos que definições são, também, fontes inesgotáveis de dúvidas e acabaríamos relegando à jurisprudência a interpretação do que é e do que não é hediondo.”<sup>66</sup>*

Com efeito, trazendo a questão para a seara da dicotomia usuário x traficante, resta evidente que a insegurança da subjetividade na definição de crimes hediondos traz mais um elemento de nebulosidade à aplicação prática da Lei. Somando a ausência de especificações legais para definir quem faz uso e quem pratica o comércio de tóxicos, ao peso da pena conferida ao delito de tráfico ensejado pelo seu caráter de hediondez e à falta de critérios objetivos que definam o porquê de o crime de tráfico ser considerado hediondo, ocorre um cenário muito prejudicial ao acusado, que vive a incerteza se será sentenciado de maneira justa e livre de preconceitos.

Além da possibilidade de erro do julgamento pelos motivos tratados, existe ainda a chance de alguém que, condenado erroneamente por tráfico, sofra as consequências penais de um crime hediondo, quando no campo fático sua conduta se amolda a um tipo que é, pela doutrina e pela jurisprudência dominantes, considerado como descriminalizado materialmente e sujeito a penas alternativas de cunho social, como se observa da redação dos incisos I, II e III do art. 28 da Lei de Drogas.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas: 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 114

<sup>67</sup> [...] I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

Um último adendo é trazido por Nucci, no tocante ao ponto em comento:

*“Pensamos que a união dos critérios poderia ser viável. O legislador enumera vários delitos (especialmente os que implicam violência ou grave ameaça contra a pessoa), fornece um conceito de hediondez e permite que o juiz, no caso concreto, no tocante a esses delitos constantes em lei, possa promover a justa adequação, taxando-os ou não de hediondos.”<sup>68</sup>*

Como forma de solucionar o problema trazido, pelo menos em relação a taxatividade dos crimes hediondos, o autor recomenda validamente uma união dos critérios apresentados, devendo haver uma definição despecífica de crime hediondo na Lei e, só a partir daí, o julgador definiria, diante de um rol de crimes elencados legalmente como hediondos, a forma que o delito se amolda a hediondez.

---

<sup>68</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas: 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 114

### 3. A POLÍTICA DE DROGAS SOB A ÓTICA DE SUA APLICAÇÃO PRÁTICA

#### 3.1 A construção da figura do suspeito sob a ótica policial

A figura do suspeito é talvez uma das mais importante na persecução da ação policial, pois é ela que delimita o enfoque das abordagens durante a ação policial na busca por agentes do tráfico. A questão surge quando a visão proibicionista toma conta desse enfoque e leva a exageros por partes dos agentes de coação, além de excesso de prisões graças, também, a uma política de encarceramento como solução de problemas de violência.

O proibicionismo está vinculado à criação do contorno do inimigo, que surge como protagonista de todas as adversidades devendo ser combatido. O processo se desenrola com o “exercício do poder de designar o inimigo para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total.”<sup>69</sup>

É todo esse processo em conjunto a uma busca por segurança, em tempos de altos índices de criminalidade, que caracterizam o contexto pós-moderno brasileiro de combate ao tráfico de drogas. De forma a corroborar tal fato comenta Bauman que “a demanda de segurança e de proteção, característica típica da sociedade moderna, que acaba por incumbir ao Estado o dever de gerir a sensação de insegurança social”.<sup>70</sup>

Uma pesquisa sobre o tema elaborada pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – SENASP e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNU, explicitou “Quem é o Suspeito do Crime e Tráfico de Drogas” como se intitula o estudo, demonstrando que a política de repressão perpetuada é pautada na ideia de que a eficácia da polícia está ligada ao número de encarcerados por ela. O professor Evandro C. Piza Duarte, com participação de Mariel Muraro e Marina Lacerda concluíram que, para uma abordagem ser considerada eficaz esta deve resultar na prisão de alguém, muito por causa de, segundo os autores:

*“[...] discursos que valorizam moralmente a função da Polícia Militar numa luta do bem contra o mal nas ruas que não precisaria de justificativas em termos da relação meio e fim [...] Consequência disso é o aumento das revistas pessoais e uma clara inversão na ação policial: primeiro faz-se a abordagem para depois se justificar a suspeição, ao invés de a suspeita justificar o ato policial de abordar.”<sup>71</sup>*

---

<sup>69</sup> ZAFFARONI, 2007, p. 17

<sup>70</sup> BAUMAN apud WANDERLEY, 2014

<sup>71</sup> DUARTE, Evandro Charles Piza et al. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de

A partir do explanado, resta claro que a inversão de valores na ação policial tira o sentido da mesma, já que uma análise aleatória aumenta arbitrariedades na tentativa da realização de um número de abordagens excessivo, além de levar o policial a um excedente de abordagens infundadas, quando o contingente policial podia estar sendo direcionado de forma mais efetiva.

A seletividade das abordagens encontra fundamento na intuição policial, desenvolvida com a experiência, resultando num apanhado de conhecimento conhecido como tirocínio policial. Nesse caso é pertinente basear quem será abordado no treinamento, considerando que a falta dele poderia resultar em ações de cunho preconceituoso. O problema é que, com a questão da tentativa de o policial “mostrar serviço” a experiência é substituída pelo excesso e aí o tirocínio passa a ser descabido.

Outro óbice se assenta no fato de que a autoridade policial que efetua a abordagem é a mesma que depõe em sede judicial com vistas à condenação do sujeito que por ele fora antes abordado. Aí não há que se falar em imparcialidade na definição da intenção do agente: se o policial considerou o agente traficante, fundado em razões pessoais durante a apreensão, irá transparecer a mesma convicção no julgamento, fortalecendo a persuasão do juiz. É nesse diapasão que o flagrante passa a ser deveras determinante para definir se o acusado possuía a condição de usuário ou de traficante no momento do mesmo, funcionando como, nas palavras de Rezende “[...] *a principal fonte de prova para o convencimento judicial em favor do tráfico e, ao mesmo tempo, como fundamento para prisão do acusado durante todo o desenrolar do processo.*”<sup>72</sup>

O depoimento do policial é de suma importância para a formação de convencimento do magistrado, na medida em que que há precedente, como o capitulado na súmula 70 do TJ-RJ, em que é definido que a condenação fundamentada estritamente no testemunho do agente de coação, em detrimento da não existência de outras provas acusatórias, é legítima, consoante redação integral do referido compêndio:

*"O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação."*

---

usuário e traficante pelos policiais militares das cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: Segurança pública e direitos humanos: temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014, p. 20

<sup>72</sup> REZENDE, 2011, p.117



Ademais, os pesquisadores revelam que, de acordo com informações a que tiveram acesso, os policiais primam por abordar o traficante em detrimento do usuário, mas revelam que, de qualquer forma, consideram a melhor opção levar o suspeito à delegacia e, muitas vezes, utilizam o usuário para se chegar ao traficante, através da cadeia de compra. Foi relatado, ainda, que alguns policiais consideram o usuário pior do que o próprio traficante, por este “sustentar o tráfico”, caracterizando-se uma situação ainda pior.

Com efeito, os preconceitos raciais e sociais antes tratados como prática do judiciário no julgamento de traficantes também são corroborados na seara anterior ao inquérito, em que a instituição policial detém dos meios de coerção em sua totalidade. Tais prejulgamentos são mascarados pelo discurso de que são observadas as circunstâncias da apreensão da droga e do agente, quando na verdade o que é de fato levado em consideração são características pessoais do suspeito, como a linguagem, atitude ao avistar a polícia, as vestimentas e a condição social do local da apreensão sobretudo.

De acordo com os pesquisadores, ainda, não há nenhum comportamento e tampouco característica que justifique a consideração prévia de um suspeito como traficante ou usuário e o que efetivamente existe é uma construção social do transgressor da lei como inimigo da sociedade, podendo essa rotulação ter um efeito penal e extrapenal, na medida em que o suposto inimigo é visto por si mesmo e pelos outros como tal e busca se comportar adequadamente ao título que lhe é atribuído.

O modelo adotado pelas autoridades policiais é perpetuado há tempos e recai sobre grupos sociais marginalizados, em sendo uma extensão de regimes autoritários antes vigentes no solo brasileiro. Os resquícios da ditadura militar, a qual se findou somente em 1990, permanecem até hoje, como uma herança negativa de tempos inseguros e marcados por crises sociais em que as “classes perigosas” – ou pobres – eram a todo custo combatidas.

Esse arquétipo autoritarista é comentado por Sergio Salomão em sua obra, salientando o seguinte:

*“[...] o uso das forças armadas em operações de combate a organizações criminosas que se dedicam ao comércio varejista de drogas ilegais, corolário do modelo de combate militarizado próprio do paradigma proibicionista,*

*representa opção autoritária de controle social em nome da segurança nacional, própria de regimes ditatoriais.*”<sup>73</sup>

Não convém, portanto, a manutenção desse modelo elitista e autoritário de abordagem policial, já que uma seletividade penal gera mais abusos, opressão e violência sem necessariamente combater os verdadeiros financiadores narcotráfico: os ricos. Acerca da seletividade Zaffaroni leciona que:

*“Tudo isto demonstra que, ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. [...]. Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente vulneráveis ao sistema penal, que costuma orientar-se por estereótipos que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado.”*<sup>74</sup>

Cabe trazer à baila também que a experiência do policial que diligencia externamente está voltada a uma visão errada de quem detém de fato o controle do tráfico, eis que o agente considera aquele que trabalha nos pontos de venda como traficante, quando na realidade estes ocupam apenas ponta final do comércio de drogas proibidas. Os verdadeiros controladores desse mercado situam-se em posições mais elevadas das castas sociais e não são rotulados como suspeitos aos olhos dos policiais e da população em geral, já que com esta última misturam-se através de vestimentas pomposas, bens, posses e em alguns casos até linguagem rebuscada.

De modo a comprovar a noção de que o narcotráfico está intimamente ligado direta e indiretamente ao grande capital e aos seus detentores, os jornalistas José Arbex Jr. e Cláudio Júlio Tognolli em seu livro “Os séculos do crime” comentaram precisamente o depoimento de um influente banqueiro:

*“O Banqueiro saudita Gaith Pharaon, à época um dos quinze homens mais ricos do mundo, declarou em Buenos Aires, que todos os grandes bancos lavavam dinheiro do narcotráfico, incluindo instituições do First Bank of Boston e o Crédit Suiédit Suisse. Pharaon se ressentia do fato de que apenas o seu Bank of Credit and Commerce International, estopim de um grande escândalo em 1992, fosse citado com frequência por suas vinculações com o narcotráfico. Pharaon era também dono de*

<sup>73</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 46 e 47

<sup>74</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1: parte geral. 9a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

*uma cadeia de supermercados na França, acionista da rede mundial do Club Mediterranée e da rede de hotéis Hyatt, de cinco estrelas. Entre seus amigos estavam homens ilustres, como o então presidente Carlos Menem, da Argentina. Tudo isso faz com que suas declarações adquiram uma importância especial e permite que se vislumbre um pouco da hipocrisia dos capitalistas que se comportam, publicamente, como donzelas indignadas contra o crime organizado e as drogas.*”<sup>75</sup>

O relato invoca perplexidade em quem o lê, porque rompe uma noção tão amplamente difundida de que o suspeito de ser traficante é o estereotipado pobre morador de favela que por problemas familiares e ou financeiros recorreu ao tráfico como fonte de renda. No entanto é justamente este último que sofre as consequências penais do narcotráfico, ao passo que o traficante rico segue sendo respeitado face ao imaginário social.

Como alternativa a uma mudança de perspectiva de quem é o “suspeito” sugere-se uma maior integração entre a polícia ostensiva e investigativa, em prol de tornar a investigação mais clarividente, revelando os verdadeiros suspeitos e culpados, presentes em toda cadeia de traficância não só na camada mais inferior e possibilitando o combate efetivo em cada um de seus níveis.

### **3.2 O encarceramento e a política de drogas**

Como corolário de uma política proibicionista o encarceramento consolidou-se como suposta solução para o incansável combate ao tráfico de drogas. Contudo, essa imediatista visão ignora o real objetivo do encarceramento: a ressocialização. Talvez por ser a alternativa instantânea menos onerosa, Aury Lopes justifica o encarceramento enquanto saída como “[...] *uma consequência (penal) do afastamento do Estado do Setor Social, onde um menos Estado-providência necessita de um Estado (mais) penal para conter a decorrente marginalização social.*”<sup>76</sup>

Não obstante essa onda de repressão excessiva como remédio à presença cada vez mais evidente das drogas na sociedade brasileira, é sabido que essa solução nunca se mostrou efetiva em nenhum caso e principalmente no combate ao tráfico, tendo em vista os ainda crescentes números deste crime no contexto canarinho. Aury Lopes assenta acerca do tema que: “*A ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora.*

---

<sup>75</sup> Arbex Jr., José e TOGNOLLI, Cláudio Júlio. O século do crime. São Paulo: Boitempo Editorial, 1996, p. 213

<sup>76</sup> LOPES JR, 2012, p. 79

*Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência.”<sup>77</sup>*

Destarte, essa penalização retratada afeta diretamente a questão da diferenciação entre usuário e traficante, posto que, graças ao o imediatismo do sistema de encarceramento em massa, os erros judiciários são agravados, antes mesmo de o agente ser submetido a um julgamento que se atém a realidade dos fatos.

Além dos erros, é evidente a dilatação do número de presos pelo referido crime. Confirmação disso é o coeficiente de aumento de encarcerados em defluência do tráfico de drogas nos últimos anos: 339% de aumento desde 2005 até 2013, enquanto os últimos quatro anos foram marcados por um aumento de 480%<sup>78</sup>

O ano de início do levantamento dos dados supramencionados não é mera coincidência. Em 2006 passou a vigor a atual Lei de drogas e a herança deixada por esta é um vertiginoso contingente de presos sob sua égide, totalizando 32,6% de toda coletividade prisional. Em números mais precisos, a quantidade de apenados por narcotráfico chega a quase 214 mil (duzentos e quatorze) de um total de 726,7 mil (setecentos e vinte e seis mil e setecentos) presos.

Cabe explicitar, ainda que, 40,1%, quase metade do total de presos, é de caráter provisório, que nem sequer tiveram sua sentença pasada em julgado<sup>79</sup>. É notório que há uma crise no sistema penitenciário e o número absurdo de presos por tráfico é uma das causas disso. O eminente Luís Roberto Barroso assentou opinião na mesma linha, defendendo que:

*“A crise no sistema penitenciário coloca agudamente na agenda brasileira a discussão da questão das drogas. Ela deve ser pensada de uma maneira mais profunda e abrangente do que a simples descriminalização do consumo pessoal, porque isso não resolve o problema. Um dos grandes problemas que as drogas têm gerado no Brasil é a prisão de milhares de jovens, com frequência primários e de bons antecedentes, que são jogados no sistema penitenciário. Pessoas que não são perigosas quando entram, mas que se tornam perigosas quando saem. Portanto, nós temos uma política de drogas que é contraproducente. Ela faz mal ao país”<sup>80</sup>*

---

<sup>77</sup> LOPES JR, 2012, p. 82

<sup>78</sup> Disponível em < <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml> > ;Acesso em 25/11/2019 às 21:07

<sup>79</sup> Daos do Infopen de novembro de 2017

<sup>80</sup> Disponível em < <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml> > ;Acesso em 25/11/2019 às 21:07

Os números apresentados corroboram ainda mais a existência da crise penitenciária quando se analisa os mesmos em comparação com o número total de vagas nos presídios. Atualmente as agências prisionais comportam até 394, 8 mil (trezentos e noventa e quatro mil e oitocentas) vagas, o que, em relação ao número total de 726,7 mil (setecentos e vinte e seis mil e setecentos) presos é quase metade<sup>81</sup>. Aí surge a questão: onde esse excedente de presos está lotado, os quais somam mais de 331 (trezentos e trinta e um) mil indivíduos, quase o mesmo número de presos somente por questões associadas a drogas?

Para se responder à pergunta basta uma análise descritiva do famoso presídio Carandiru, realizada por pesquisadores da Organização Não Governamental “Human Rights Watch”, a qual retrata com precisão o dia a dia de uma prisão superlotada:

*“[...]a superlotação atingiu níveis desumanos, com presos amontoados em grupos. Os pesquisadores da Human Rights Watch puderam observar cenas de presos amarrados às janelas para aliviar a demanda por espaço no chão e presos forçados a dormir sobre buracos que funcionam como sanitário. Essa superlotação gera sujeira, odores fétidos, ratos e insetos, agravando as tensões entre os presos. Os detentos são responsáveis por manter as dependências limpas e, obviamente, alguns fazem o trabalho melhor do que outros: quanto mais lotada a cela, mais difícil a tarefa.”<sup>82</sup>*

Nesse contexto, de excesso de presos amontoados em celas insalubres e impróprias para uma sobrevivência digna que, sob a ótica jurisdicional, vislumbra-se uma afronta a preceitos constitucionais de observância obrigatória, como o da dignidade da pessoa humana, capitulado no art. 1º, inciso III da CF mais recente, que possui eficácia erga omnes e deve incidir em presos e não presos.

Além disso, outros postulados infraconstitucionais mas não menos importantes, como o da progressão de regime, que encontra azo no art. 112 da Lei de Execuções Penais, eis que a falta de vagas é fator impeditivo da passagem por regimes mais brandos.

O STF buscou resolver a situação editando a súmula vinculante 56, vedando o cumprimento de regime mais gravoso por motivos de falta de espaço. Todavia, é sabido que a aplicação prática da norma jurídica pode não ser viável por absoluta falta de possibilidade fática de comportar todos os presos.

---

<sup>81</sup> Ibidem

<sup>82</sup> Disponível em < <https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/condicoes.htm> >; Acesso em 25/11/2019 às 21:30

Ainda sobre a questão da progressão, o Departamento Penitenciário Nacional estima que 32.460 (trinta e dois mil quatrocentos e sessenta) presos estejam cumprindo pena em regime fechado, mesmo tendo direito à progressão de regime, aguardando vagar espaço em estabelecimentos de cumprimento de regime semiaberto, o que caracteriza um cenário de grave insegurança jurídica.<sup>83</sup>

Não cabe aqui discorrer acerca da crise do sistema prisional em si, mas sim de sua ligação com a política de drogas, por isso não convém explanar de maneira profunda todos os vícios desse sistema. Nesse passo, passar-se-à a falar da conexão entre o encarceramento e as drogas.

Quando se trata de presos por tráfico de drogas a situação é ainda pior, tendo em vista o caráter de hediondo que o crime de tráfico carrega, que faz com que a disposição do art. 2º, §1º da Lei de Crimes Hediondos seja aplicada ao mesmo, a qual versa que tal delito deve ter sua pena cumprida em regime inicialmente fechado. O texto normativo em nenhum momento diferencia o pequeno do grande mercador de narcóticos, o que leva a conclusão de que até aquele considerado pelo julgador primário como tal em qualquer de suas modalidades, mesmo carregando quantidade ínfima de droga, será submetido ao regime prisional fechado inicialmente.

A despeito de o plenário do STF já ter asentado entendimento em prol da inconstitucionalidade da referida norma, quando do julgamento do HC 111.840/ES, a redação da norma permite a adoção do regime obrigatoriamente fechado como inicial, podendo o juiz de primeira instância sentenciante ir de encontro ao entendimento do Tribunal maior se assim desejar, mesmo sem que estejam presentes os requisitos necessários, caracterizando mais uma situação de insegurança jurídica ao acusado.

Isto posto, ante à problemática reiteradamente tratada, no que tange à liberdade de o julgador distinguir o usuário e o traficante e, ainda, contrariar decisões não vinculantes de tribunais superiores, como a retratada no parágrafo anterior, resta claro que a lei erra nesse sentido, em razão do risco de haver desuniformidade nas decisões.

---

<sup>83</sup> Fonte: voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 641.320-RS, p. 2.

Outro ponto que merece destaque é o concernente à inafiançabilidade do injusto penal de traficância de narcóticos. Essa impossibilidade de fiança é consequência de o crime de tráfico ser tido como hediondo, fato que já foi anteriormente criticado no presente trabalho. Se preza-se pela retirada do delito em questão do rol dos crimes hediondos, o mesmo se fala no atinente à inafiançabilidade do delito.

A impossibilidade de o agente prestar fiança com vistas a sua soltura antecipada durante a persecução processual, como medida cautelar alternativa a prisão, merece ser atacada essencialmente por dois motivos: *a priori*, destaca-se aqui que uma alternativa à redução da superlotação de presídios seria a própria fiança, o qual poderia ser revertido em diversos fins, inclusive medidas executivas para redução do uso de entorpecentes, reinserção de toxicômanos na sociedade, reforço no aparato policial, dentre outros muitos.

Um segundo motivo seria o fato de que há a possibilidade de o acusado gozar de liberdade provisória mesmo sem o arbitramento de fiança, o que o poria em liberdade sem qualquer contraprestação financeira, mesmo tendo o delito supostamente praticado caráter hediondo. Se há possibilidade de concessão de liberdade provisória, por que não permitir que o agente saia em liberdade mas para isso preste uma colaboração financeira à justiça que pode ser destinada a diversos fins como já fora comentado? Não se vislumbra sentido nisso.

Convém corroborar o já explicado tempo diferenciado para concessão de progressão de regime, além do critério abstrato de bom comportamento aos apenados pelo crime de tráfico, enquanto delito hediondo. Em meio a essa conjuntura de falta de vagas, o preso por tráfico, que deve cumprir 2/5 (dois quintos) da pena se primário e 3/5 (três quintos) da mesma se reincidente para ter direito a progredir para regimes mais brandos, corre o risco de, mesmo após um tempo mais longo aguardando a progressão, não recebê-lo por superlotação ou ainda diante de uma possível negação discricionária do julgador acerca de seu bom comportamento.

Há o risco, ainda, de alguém que faticamente cometeu a conduta despenalizada de uso de drogas, mas que, perante aos possíveis erros do sistema judiciário, seja preso preventivamente ou posteriormente condenado por tráfico, cumprindo regime inicialmente fechado, não tendo direito a progressão de regime pela superlotação já explicada, não tendo direito ao pagamento de fiança para uma prévia soltura que em tese seria justa e ainda sendo submetido à toda barbárie que é o cenário prisional brasileiro, sem sequer ter agido proporcionalmente à pena sofrida. E,

por todo aqui exposto, sabe-se que a possibilidade de a suposição ocorrer a um negro, pobre e de família de baixa renda é ainda maior.

Ainda assim, mesmo se, na suposição suprarrelatada, o agente for condenado corretamente, em consonância com a conduta de uso efetivamente praticada, diante da evolução legislativa promovida pela Lei 13.840/2019, este pode ter sua liberdade restringida mediante a internação compulsória, que agora também é de competência de um órgão administrativo que é o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

Assim sendo, depende-se que a Lei 11.343/06 carece de validade, sob o pretexto de que, pelas palavras do próprio Robert Alexy, a validade jurídica da norma está condicionada à sua eficácia social<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> ALEXY, 2009, p. 114



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, muito se falou acerca das diferenças entre as condutas tipificadas nos artigos 28, *caput* e 33, *caput*, da Lei de drogas, especialmente em relação aos critérios de definição que são utilizados para discriminá-las, dispostos no §2º do artigo 28 dessa norma, e acerca das consequências penais, processuais e fáticas que ocorrem quando estas confundem-se pelo julgador

Constatou-se, portanto, que, diante da omissão da norma em precisar como o juiz deve agir em cada caso e dos consequentes erros de tal fato, a norma carece de validade jurídica e deve ser urgentemente reformada.

Dito isso, fica claro que, a liberdade de o juiz definir o dolo do agente no momento da conduta e adequá-la ao injusto penal correspondente é extremamente perigosa, na medida em que juízos pessoais do julgador enquanto ser humano podem manchar a decisão e serem imperativos para a condenação do agente que, se for equivocadamente julgado pode ser submetido à decisões que padecem de proporcionalidade em relação a sua condut, caracterizando-se um cenário de verdadeira insegurança jurídica.

Sugere-se, como alternativa que, mediante uma reforma legislativa, os já expostos criterios de definição sejam objetificados, tornando-se mais adequados à realidade jurídica e social brasileira e definindo especificamente a quantidade de droga, por exemplo, que caracterizaria o crime de tráfico.

Essa reforma deve adequar também a pena dos injustos à conduta praticada, eis que, pequenos agentes do tráfico são atualmente penalizados da mesma forma que os grandes. Para isso, deve haver uma gradação na pena em relação a que papel o agente desempenhava na rede da narcotraficância, até que se chegue ao topo, em que a pena seria a mais severa.

Além disso, deve haver mutação também na forma como é visto o suspeito aos olhos da polícia e da forma como este é tratado, para que o preconceito também não desempenhe papel no julgamento policial. Para isso, propõe-se uma integração entre a polícia repressiva e de inteligência, com vistas a uma ação de combate ao tráfico que tenha enfoque nos agentes do topo da cadeia do tráfico, os quais representam a verdadeira raiz da mesma

Propõe-se ainda a implementação de campanhas que alterem a visão estigmatizada do judiciário e das instituições policiais sobre o traficante, de modo a reduzir pré-julgamentos que maculam o devido processo.

Só a partir daí, através de um verdadeiro arranjo nas camadas legislativa, judiciária e policial, além de uma maior integração destas, é que vislumbra-se um cenário de maior respeito à ordem constitucional imperativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Samuel Miranda. Drogas: aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Ed. Método.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal: parte geral. 23a. ed. ver.ampl. e atual. São Paulo, SP: Saraiva. 2017

COELHO, Yuri Carneiro. Bem Jurídico-penal. Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2003.

CARVALHO, Salo; Política Criminal de Drogas no Brasil. Dissertação de mestrado apresentada ao curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do título Metre em Direito. Florianópolis. 1996.

CAPEZ, Fernando. Artigo: Nova Lei de Tóxico – Das modificações legais relativas à figura do usuário. 07 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962>> Acesso em 12/10/2019>

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral. 15a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constitucional.

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

GREGO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO FILHO, Vicente; Tóxicos – prevenção – repressão; página 41; 8a edição, 1992, editora Saraiva.

NUCCI, Guilherme de Souza. A droga da Lei Drogas, Revista Consultor Jurídico, 4 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov->

04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas. Acesso em 24/102019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 2a. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de direito penal brasileiro. 14a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP:Revista dos Tribunais, 2015.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11 ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais. 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro – I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

BRASIL, Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006.

BRASIL, Código de Processo Penal Comentado

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de de 5 outubro de 1988.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. 6a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUARTE, Evandro Charles Piza et al. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares das cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: Segurança pública e direitos humanos: temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. Lei de drogas: lei 11.343, de 23 de agosto de 2016 comentada artigo por artigo. 3a ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; são Paulo: MÉTODO, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.