



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATHEUS DE OLIVEIRA SAMPAIO

**O ENCARCERAMENTO EM MASSA DECORRENTE DA
DISCRICIONARIEDADE DOS ARTIGOS 33 E 28 DA LEI DE
DROGAS E O ENTENDIMENTO DO STF NO HC 104.339:
UMA ANÁLISE À LUZ DAS DIFERENTES PERSPECTIVAS
REGIONAIS**

Salvador
2022

MATHEUS DE OLIVEIRA SAMPAIO

**O ENCARCERAMENTO EM MASSA DECORRENTE DA
DISCRICIONARIEDADE DOS ARTIGOS 33 E 28 DA LEI DE
DROGAS E O ENTENDIMENTO DO STF NO HC 104.339:
UMA ANÁLISE À LUZ DAS DIFERENTES PERSPECTIVAS
REGIONAIS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Daniel Nicory do Prado

Salvador
2022

TERMO DE APROVAÇÃO**MATHEUS DE OLIVEIRA SAMPAIO****O ENCARCERAMENTO EM MASSA DECORRENTE DA
DISCRICIONARIEDADE DOS ARTIGOS 33 E 28 DA LEI DE
DROGAS E O ENTENDIMENTO DO STF NO HC 104.339:
UMA ANÁLISE À LUZ DAS DIFERENTES PERSPECTIVAS
REGIONAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2022.

Aos meus pais, irmão, namorada e avós
que tanto amo e que me conferiram a
força necessária para continuar.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por me proporcionar forças neste ano tão difícil para que mesmo com todas as atribuições conseguir confeccionar e concluir este trabalho de pesquisa.

Também venho agradecer aos meus familiares, que me proporcionaram todo o apoio necessário, e que me motivaram durante todo esse tempo, pois sabiam que a jornada até o fim não seria fácil.

Ao meu orientador, Daniel Nicory do Prado, que me ajudou a chegar a este ilustre tema, e com sabedoria e paciência me ajudou em todos os momentos em que precisei de algum direcionamento, se mostrando sempre disponível para sanar minhas dúvidas e disposto a me orientar com o máximo de cuidado.

Aos amigos, colegas e professores, em especial a professora Mayana Sales, que sempre me incentivaram a não desistir, acreditaram no meu potencial e no excelente trabalho que poderia ser feito por mim.

A Instituição Baiana de Direito e a Alfa Consultoria Júnior, que sempre me proporcionou as melhores condições de ensino e espaços de aprendizado para que eu pudesse crescer como ser humano e profissional.

“A persistência é o caminho do êxito”.
Charles Chaplin

RESUMO

O presente trabalho objetiva fazer um apanhado geral acerca do desenvolvimento da legislação brasileira no que diz respeito a Lei de Drogas, demonstrando paulatinamente cada passo normativo o diploma que hoje conhecemos. A partir desse apanhado histórico, buscar compreender a distinção entre as condutas do traficante de drogas e do usuário para consumo pessoal de entorpecentes, assim como também as diretrizes que separam as respectivas condutas, e como essa distinção acelera exponencialmente o número de encarcerados no país, principalmente decorrente dos crimes descritos nos arts. 28 e 33 da Lei de Drogas, tendo em vista a linha tênue entre ambas as práticas, vez que os tipos penais das referidas ações possuem verbos em comum que propiciam a confusão das autoridades policiais e jurisdicionais no momento do flagrante, fato este que leva o usuário a submeter-se erroneamente ao cárcere. Ademais, também busca-se comprovar como o Habeas Corpus n.º 104.339, apesar de benéfico ao declarar inconstitucional o art. 44 da Lei de Drogas que proibia a concessão da liberdade provisória nos casos envolvendo o tráfico de drogas, visando atender os princípios constitucionais da presunção de inocência, devido processo legal e dignidade da pessoa humana, acabou perpetrando no país uma insegurança jurídica, devido as diferentes concepções dos Tribunais Estaduais acerca da anuência da referida benesse em decorrência dos requisitos dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal para a prisão preventiva, e como essa insegurança pode atingir o próprio usuário de droga, que fica sujeito a uma segregação cautelar quando sequer, pela própria legislação, pode ser levado ao cárcere.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas; Encarceramento em massa; Liberdade Provisória; Discricionariedade; Insegurança Jurídica.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	Artigo
n.º	Número
APF	Auto de Prisão em Flagrante
CC	Código Civil
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF/88	Constituição Federal da República
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Des.	Desembargador
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Min.	Ministro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

LISTA DE FIGURAS, GRÁFICOS E TABELAS

Gráfico 01	População Presos <i>versus</i> Total de Vagas Disponíveis (2020)	45
Gráfico 02	Composição da População por Cor/Raça no Sistema Prisional (2021)	47
Gráfico 03	Quantidade de Incidência dos Crimes (2021)	48

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A DISCRICIONARIEDADE DOS ARTIGOS 33 E 28 DA LEI DE DROGAS.....	15
2.1	CONCEITO DE DROGA.....	15
2.1.1	Definição Jurídico-Científica das Substâncias Entorpecentes.....	15
2.2	POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL	17
2.2.1	Das Diferentes Significações Atribuídas à Droga pelo Homem ao Longo da História	17
2.2.2	Histórico da Criminalização das Drogas na Legislação Brasileira.....	18
2.3	DIVERGÊNCIAS E SEMELHANÇAS ENTRE A LEI N.º 11.343/06 E A LEI N.º 6.368/76.....	27
2.4	NOÇÕES ACERCA DO USUÁRIO (ART. 28) E TRAFICANTE (ART. 33) DE DROGAS NA LEI N.º 11.343/06	29
2.4.1	O Usuário de Drogas	29
2.4.1.1	Diferença entre o Usuário e o Dependente de drogas.....	30
2.4.1.2	Elementos do Tipo Penal.....	32
2.4.1.3	Procedimento Penal para Autuação do Usuário pela nova Lei de Drogas..	32
2.4.2	O Traficante de Drogas	33
2.4.2.1	Pressupostos para Configuração do Tráfico de Drogas.....	34
2.4.2.2	Procedimento para Autuação do Traficante de Drogas	35
2.5	A IMPRECISÃO DOS CRITÉRIOS DISTINTIVOS DO ART. 28, §2º ESTABELECIDOS PELA LEI N.º 11.343/06.....	36
2.5.1	Natureza e quantidade da substância apreendida.....	37
2.5.2	Local e condições em que se desenvolveu a ação.....	38
2.5.3	Circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente ...	39
2.6	O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ NA DISTINÇÃO DO PORTE PARA CONSUMO E DO PORTE PARA TRÁFICO.....	40
3	O ENCARCERAMENTO EM MASSA E A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA AOS CASOS DE TRÁFICO	44
3.1	O DISTÚRPIO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA E A POLÍTICA DE DROGAS	44
3.2	A VEDAÇÃO ABSTRATA DA LIBERDADE PROVISÓRIA AO TRAFICANTE DE DROGAS	50

3.2.1 Instituto da Prisão em Flagrante e a Audiência de Custódia no Tráfico de Drogas	50
3.2.2 Redação do Art. 44 da Lei de Drogas e a Inconstitucional vedação da Liberdade Provisória	54
4 O ENTENDIMENTO DO STF NO HC 104.339: UMA ANÁLISE À LUZ DAS DIFERENTES PERSPECTIVAS REGIONAIS	60
4.1 DA DELIBERAÇÃO DO HABEAS CORPUS N.º 104.339 E SEUS IMPACTOS	60
4.1.1 A Concepção do Supremo Tribunal Federal Acerca da Liberdade Provisória no Julgamento do Habeas Corpus n.º 104.339	60
4.1.2 Os Efeitos do Habeas Corpus n.º 104.339 no Mundo Jurídico	69
4.1.2.1 HC n.º 82.959: Primeiro Caso Penal Modulado pela Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade.....	73
4.2 A INSEGURANÇA JURÍDICA CAUSADA PELOS ENTENDIMENTOS REGIONAIS DISTINTOS ACERCA DO HC N.º 104.339 NA CONCEÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA	75
4.2.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça	77
4.2.2 A Divergência de Entendimento dos Tribunais de Justiça e a Insegurança Jurídica decorrente de suas Deliberações	80
5 CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS.....	86

1 INTRODUÇÃO

A segurança jurídica no Estado Democrático de Direito é fundamental para assegurar todo e qualquer direito decorrente de nossa Constituição Federal. Como se sabe a Carta Magna dispõe de princípios basilares para a sustentação e promoção da justiça, quais sejam o devido processo legal, a presunção de inocência, a supremacia da constituição, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade da lei, contraditório, ampla defesa. Logo, sem a garantia de cumprimento de todos os dispositivos e princípios salvaguardados pela Lei Maior, não há justiça e muito menos direitos para que se possa reivindicar.

O objetivo dessa pesquisa é certificar a insegurança jurídica decorrente das diferentes concepções dos Tribunais de Justiça acerca da concessão da liberdade provisória, nos casos relacionados ao tráfico de drogas e como essa discricionariedade impacta não só os próprios acusados por tráfico, mas também aqueles sujeitos enquadrados como usuários. A repulsão as drogas não é um sentimento recente da sociedade, a muitas gerações essa ojeriza pelos então chamados entorpecentes criou força, intensidade o suficiente para instalar-se em nossas regras e codificações.

O direito, que nada mais é do que um compilado de normas de convivência do ser humano, adaptou para si essa repulsa as drogas e aos poucos, conforme o passar do tempo, foi moldando suas formas de regulação e punições, adequando-se as necessidades da sociedade. Muito foi transformado na legislação, até chegar ao que vemos hoje, uma distinção entre aquele agente que consome a droga, aquele que vende e o sujeito que fabrica, aplicando-se uma sanção diferente para cada um deles, de acordo com seu envolvimento com o ilícito.

A discussão acerca da diferenciação da classificação de cada um desses crimes, em especial a conduta do traficante e do usuário de drogas, causa intensa repercussão jurídica quando a autoridade policial, através do exercício da prisão em flagrante, captura o sujeito portando determinada quantia de droga. Em que pese o ato de vender e consumir sejam claramente distintos, quando se observa a discriminação normativa de ambos os tipos penais, evidencia-se diversos núcleos em comum, verbos que levam a confusão se o agente criminoso estaria incorrendo no crime de tráfico ou usuário de drogas.

Como se sabe, o Brasil atualmente vive um período de inchaço do sistema penitenciário, e esse volume decorre do alto índice de encarcerados, que vem aumentando exponencialmente com o passar dos anos. Nesse interim, é indubitável dizer que a discricionariedade que o Magistrado e a Autoridade Policial possuem para classificar o criminoso como traficante ou usufrutuário é um dos principais precursores do aumento da população carcerária.

Logo, muitos dos flagranteado que portam uma determinada quantidade de drogas são enquadrados como traficantes, ainda que na realidade não sejam, e acabam sendo constrangidos ao cárcere de forma inteiramente equivocada, vez que a legislação veda a prisão do usuário, apenas levando ao super encarceramento e a premente inobservância do diploma legal.

Urge destacar que também acerca da inconstitucional vedação abstrata do art. 44 da Lei de Drogas, que proibia a concessão da liberdade provisória nos casos de tráfico, que posteriormente, mediante controle difuso, foi declarado inconstitucional. Entretanto, tal fato provocou uma intensa insegurança no campo jurídico, devido à ausência de uniformização dos entendimentos do Tribunais de Justiça, que possuem concepções distintas acerca do julgamento do Habeas Corpus n.º 104.339. Nesse interim, observa-se que o direito é aplicado de forma distinta em cada unidade federativa, onde através de condições determinadas um agente tem a sua liberdade provisória concedida, e em outra região, mediante as mesmas condições, outro sujeito não é agraciado com a referida benesse, instalando-se uma total insegurança pela ausência de previsibilidade dos julgados.

Logo, o primeiro capítulo deste trabalho terá como finalidade expor toda a concepção social acerca das substâncias entorpecentes, quando se iniciou a repulsa da sociedade quanto as referidas drogas, além disso todo o transcurso histórico da regulação de tais substâncias até os dias atuais. Ato contínuo, será posta em pauta as distinções das condutas do traficante e do usuário, assim como todos os meios normativos utilizados pela autoridade jurisdicional para promover a distinção das condutas em cada caso concreto.

No capítulo dois já será tratado acerca do super encarceramento provocado especialmente pela discricionariedade normativa para promoção de uma classificação entre o usuário e o traficante, assim como também a vedação abstrata do art. 44 da Lei de Drogas a Liberdade Provisória nos casos relacionados ao

tráfico, que posteriormente foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, no último capítulo será pautado o Habeas Corpus n.º 104.339, conhecido como responsável pela declaração de inconstitucionalidade do artigo supracitado, assim como a promoção de um estudo acerca das nuances da deliberação da Corte Supremo no Habeas Corpus, e, por último, os efeitos e impactos decorrentes do julgamento deste instrumento, e a premente insegurança jurídica provocada pela discrepância de entendimentos acerca da concessão da liberdade provisória nas diferentes regiões do país.

2 A DISCRICIONARIEDADE DOS ARTIGOS 33 E 28 DA LEI DE DROGAS

Antes de entendermos exatamente as questões que perpassam a discricionariedade do Magistrado para com os dispositivos do diploma legal que versam sobre a prática ilegal do tráfico de entorpecentes e o consumo pessoal de drogas, compre-nos tecer algumas considerações acerca da droga em si e o desenvolvimento normativo desde a sua origem

2.1 CONCEITO DE DROGA

De acordo com o dicionário português, a droga, que tem diversas alcunhas – entorpecente, medicamento, fármaco, narcótico, estimulante –, também possui diversas significações¹. Nas diferentes áreas das Ciências Naturais, como a medicina, por exemplo, a droga significa toda substância que possa ser administrada em um homem ou animal no intuito de provocar alívio ou erradicar uma doença².

2.1.1 Definição Jurídico-Científica das Substâncias Entorpecentes

Apesar dos diversos conceitos mencionados acima, em linhas mais gerais, entende-se por droga, toda e qualquer substância empregada com a finalidade farmacológica, química, medicinal e em tinturaria³.

Segundo estudos, a etimologia da palavra droga, encontra derivação no vocábulo “droogs” de origem holandesa, que quer dizer, traduzindo para o português, “produto seco”. As mercadorias denominadas de “droogs”, em verdade eram ingredientes orgânicos destinados a procedimentos e estudos médicos, inclusive, também eram utilizados na área da nutrição para variação alimentícia⁴.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) traz uma definição específica para as drogas, qual seja: qualquer substância química que não seja fabricada pelo

¹ DROGA. **Dicio: Dicionário Online de Português**. Disponível em: [Droga - Dicio, Dicionário Online de Português](#). Acesso em: 02 jun. 2022.

² DROGA. **Michaelis On-line**. Disponível em: [Droga | Michaelis On-line \(uol.com.br\)](#). Acesso em: 02 jun. 2022.

³ DROGA. **Dicio: Dicionário Online de Português**. *Op. Cit., Loc. Cit.*

⁴ CARNEIRO, Henrique Soares. **Transformações do significado da palavra "droga": das especiarias coloniais ao proibicionismo contemporâneo**. Repositório da Produção USP, São Paulo, 2005, p. 03. Disponível em: [ReP USP - Detalhe do registro: Transformações do significado da palavra "droga": das especiarias coloniais ao proibicionismo contemporâneo](#). Acesso em: 03 jun. 2022.

corpo humano e tenha capacidade potencial de agir sobre o Sistema Nervoso Central (SNC), promovendo a mudança de comportamento e dos sentidos⁵.

A promoção de estímulos, através da utilização de drogas, irá variar de acordo com as substâncias administradas, podendo proporcionar uma alteração mais leve do impulso, como por exemplo, através da utilização de um chá ou, até mesmo, por meio da cafeína. Entretanto, de forma mais severa, os efeitos também podem ser violentamente mais intensos a depender da natureza da substância e da sua quantidade, como é o caso do êxtase (MDMA), que é capaz de provocar confusão quanto as noções de tempo e espaço, inclusive quanto as percepções do próprio corpo⁶.

Nesse contexto, é de suma importância destacar que, pelos motivos acima mencionados, as drogas são subdivididas por classificações, sendo diferenciadas de acordo com os efeitos que são causados ao Sistema Nervoso Central do indivíduo, podendo ser divididas em: depressoras, estimulantes e perturbadoras⁷.

As drogas depressoras, são aquelas que, como o álcool, tornam a função motora mais lenta, proporcionando a redução de algumas capacidades intelectuais, como a atenção. Já os psicotrópicos estimulantes, de forma diversa das drogas depressoras, tornam o usuário mais agitado, eufórico, devido ao aumento exponencial da atividade motora, causando uma sensação de felicidade, como a cocaína e a cafeína. Por fim, as substâncias perturbadoras, popularmente conhecidas como alucinógenas, são aquelas que causam distúrbios avaliativos em nosso Sistema Nervoso Central, provocando delírios e alucinações, como, por exemplo, a dietilamida do ácido lisérgico (LSD)⁸.

Logo, percebe-se a clara tentativa da Ciência de diferenciar os variados tipos de droga através de seus efeitos. No entanto, quando voltamos os olhos para a legislação brasileira, o Sistema Nacional de Políticas Sobre Drogas – SISNAD,

⁵ BAHIA, Secretaria de Educação do Estado. **O que são Drogas**. Educacao.ba.gov.br. Disponível em: [O que são drogas? | institucional \(educacao.ba.gov.br\)](https://educacao.ba.gov.br/institucional/educacao/que-sao-drogas/). Acesso em: 03 jun. 2022.

⁶ *Idem*.

⁷ LIMA, Eloisa Helena de. **Educação em saúde e uso de drogas: um estudo acerca da representação da droga para jovens em cumprimento de medidas educativas**. 2013. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde). Ministério da Saúde – Fundação Oswaldo Cruz – Centro de Pesquisa René Rachou. Orientador: Profa. Dra. Celina Maria Modena. Disponível em: [T_53.pdf \(fiocruz.br\)](https://repositorio.fiocruz.br/bitstream/handle/18060700/1/T_53.pdf). Acesso em: 03 jun. 2022.

⁸ *Idem*.

através do parágrafo único, art.1º, da Lei nº 11.343/2006, institui nos seguintes termos⁹:

Art. 1º (...)

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Neste contexto, depreende-se do supracitado regulamento que, as drogas seriam apenas aquelas substâncias capazes de criar dependência física ou psíquica a um indivíduo, de modo que a legislação deixa apenas uma lista regulamentando quais substâncias estão dentro do rol que podemos chamar de drogas, qual seja, a Portaria SVS/MS 344/1998, que é atualizada constantemente¹⁰.

2.2 POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL

As políticas de drogas nada mais são do que medidas governamentais que visam a segurança nacional mediante o combate de atos ilícitos decorrentes do consumo ou da comercialização dos entorpecentes. Feita essa digressão, passa-se agora a entender como se originou a repulsão as drogas e o desenvolvimento de providências para promoção do extermínio de tais substâncias no país.

2.2.1 Das Diferentes Significações Atribuídas à Droga pelo Homem ao Longo da História

Desde os tempos antigos, pode-se observar que o homem, de diferentes civilizações, recorre a substâncias psicotrópicas para distorcer os seus sentidos, físico e psíquico, e atingir finalidades distintas¹¹.

A utilização destes psicoativos variavam de acordo com o contexto e a época, posto que foi a partir da construção da experiência humana que tais substâncias, de forma gradativa, foram adquirindo funções específicas, como a sua manipulação para fins recreativos em ocasiões festivas, o uso na medicina para o combate de doenças, a exemplo da Cannabis sativa, e até mesmo para fins

⁹ BRASIL. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: Lei n.º 11.343 ([Lei nº 11.343 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br)). Acesso em: 31 mai. 2022.

¹⁰ BRASIL. **Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n.º 676, de 28 de abril de 2022**. Lista de Drogas Ilícitas. Gov.br. Disponível em: [RDC_676_2022 .pdf \(www.gov.br\)](https://www.gov.br/rdc/676-2022). Acesso em: 03 jun. 2022.

¹¹ BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. **Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 176.

ritualísticos religiosos, como a Ayahuasca, que é consumida por tribos indígenas da região amazônica¹².

Nesta senda, fazendo um comparativo com os dias atuais, onde é possível observar uma política de repressão sobre as drogas, podemos concluir que a cognição social acerca dos referidos estimulantes encontra fundamento na formação da coletividade em *lato sensu*, através da construção dos cenários político, socioeconômico, cultural e ideológico do período experienciado por determinada sociedade¹³.

Deste modo, depreende-se que a significação atribuída aos psicotrópicos é alterada de acordo com o período da história. A prova cabal deste fato, pode ser observada através da origem da própria cachaça, por exemplo, que apesar de hoje ser considerada uma droga lícita e disseminada inteiramente para o uso recreativo, em meados do século XVII, a cachaça era vista como uma mercadoria opulenta e utilizada para fins medicinais, sendo que nada mais é do que aguardente de cana-de-açúcar fabricada na região brasileira, usada na preparação da caipirinha¹⁴. O mesmo pode ser constatado com a maconha, que embora seja criminalizada atualmente, havendo uma forte repressão quanto ao seu consumo, por volta de 1615, além das contribuições à medicina já mencionadas, também era utilizada no comércio para a produção de roupas e cordas, devido as suas fortes fibras retiradas do caule, contribuindo efetivamente na economia nacional¹⁵.

Mediante a exposição acima, observamos que nem sempre as drogas foram vistas como substâncias nocivas pela sociedade, fato este que nos faz questionar: Por que as drogas passaram a ser criminalizadas e a partir de que momento se iniciou essa repressão?

2.2.2 Histórico da Criminalização das Drogas na Legislação Brasileira

Não é demais dizer que a pauta sobre as drogas gera um intenso debate no âmbito do direito. Neste ínterim, cumpre-nos dizer que toda a questão referente a

¹² BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. **Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 176.

¹³ *Ibidem*, p. 178.

¹⁴ CASTRO, Alexander Rodrigues de; NETO, Silvio Toledo. **Os direitos da personalidade e a questão da constitucionalidade do crime de uso de drogas**. *Revista Jurídica Cesumar*. Maringá: v. 20, set./dez. 2020, p.448.

¹⁵ ARAUJO, Tarso. **Almanaque das drogas: um guia informal para o debate racional**. 2.ed. São Paulo: Editora Leya, 2014, p. 131.

criminalização dos psicoativos, teve início no ano de 1603 com a criação das Ordenações Filipinas, promulgadas pelo Rei português Filipe I, ainda quando o Brasil possuía estreitas relações com Portugal como Colônia¹⁶.

A referida codificação criminalizava, em seu Livro V, Título 89, a posse em depósito na residência ou porte para venda de rosalgar, escamonéa, ópio, ou outro material venenoso. Segundo as Ordenações Filipinas, o sujeito que possuísse essas substâncias em casa ou os portasse para comércio teria como punição o exílio na África – até que houvesse determinação contrária – e a perda da propriedade da sua fazenda, sendo está subdividida para a Câmara e para o sujeito acusador¹⁷.

A única ressalva feita pelo livro supracitado, refere-se uma exclusão de ilicitude, nos casos em que a pessoa que possuísse tais psicoativos fosse um boticário (farmacêutico), que detenha botica licenciada e utilize-se das drogas para o seu ofício. Destaca-se que, ainda que houvesse essa exceção, continuava sendo vedado ao profissional a utilização dos psicotrópicos fora do seu ofício e a comercialização das substâncias descritas para pessoas que não exercessem a profissão de boticário, culminando na imposição de uma obrigação de natureza pecuniária de cinquenta cruzados em caso de descumprimento¹⁸.

Com a eminente ameaça de invasão das tropas napoleônicas a Portugal, a Família Real portuguesa instalou-se no Brasil em 1808, fato este que, posteriormente, no ano de 1823, resultou na proclamação de Independência do Brasil, por Dom Pedro I, e a conseqüente promulgação do Código Penal Imperial em 1830. No entanto, destaca-se que diferentemente das Ordenações Filipinas, o Código Penal Imperial não fazia menção ao uso ou sequer ao comércio de entorpecentes¹⁹.

Em que pese não houvesse legislação específica fazendo referência a venda ou armazenamento das drogas, após a revogação das Ordenações Filipinas, existiram restrições municipais dispersas no âmbito nacional que reprimiam o comércio e a utilização para consumo próprio. No Rio de Janeiro, por exemplo,

¹⁶ CARVALHO, Salo; **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54.

¹⁷ SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. Jus Navigandi. Disponível em: [Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 26 mai. 2022.

¹⁸ AVELINO, Victor Pereira. **A evolução da legislação brasileira sobre drogas**. Jus Navigandi. Disponível em: [A evolução da legislação brasileira sobre drogas - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 26 mai. 2022.

¹⁹ CARVALHO, Salo; *Op. Cit., Loc. Cit.*

houve a vedação ao uso do Pito, que era o cachimbo empregado para fumar a cannabis sativa, de modo que, o vendedor deste pequeno tubo de barro era multado em aproximadamente 20.000 (vinte mil) réis, e os usuários, seja escravo ou pessoa comum, detidos por um período de 3 (três) dias²⁰.

Somente em 1888, com a abolição da escravidão no Brasil através da edição da Lei Áurea e a Proclamação da República no ano de 1889, resultado da derrubada da monarquia até então vigente, houve a necessidade de criação de um novo Código Penal, o qual foi editado em 1890²¹.

A referida codificação da república quando editada, retomou o caráter repressivo no que diz respeito às drogas, prevendo em seu art. 159, Capítulo III – que versava sobre os Crimes Contra a Tranquilidade Pública –, que era considerado transgressão administrar ou facilitar a comercialização de elementos de natureza nociva, sem a devida formalidade estabelecida pela regulação sanitária, e sem a condigna autorização²².

De forma diversa do que era previsto nos códigos antecessores, a norma republicana tinha como destinatários os comerciantes e boticários, objetivando coibir o manuseio das aludidas substâncias para a prática de crimes na esfera profissional, não versando sobre o armazenamento para o consumo particular. A penalidade para o descumprimento desse dispositivo era uma multa pecuniária de Rs 200\$ 000 (duzentos mil réis) a Rs 500\$ 000 (quinhentos mil réis)²³.

Entretanto, no transcurso do século XIX para o XX, houve um exponencial aumento na sociedade – principalmente nos meios mais abastados e eruditos – quanto a utilização do ópio extraído das papoulas e do haxixe²⁴. Deste modo, devido a presente situação, viu-se a necessidade de uma medida executiva para que se tornasse possível o controle das referidas drogas no país, razão pela qual houve a adesão, pelo Congresso Nacional, da Convenção de Haia de 1912²⁵.

²⁰ SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. Jus Navigandi. Disponível em: [Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 26 mai. 2022.

²¹ AVELINO, Victor Pereira. **A evolução da legislação brasileira sobre drogas**. Jus Navigandi. Disponível em: [A evolução da legislação brasileira sobre drogas - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 26 mai. 2022.

²² SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira. *Op. Cit., Loc. Cit.*

²³ *Idem.*

²⁴ CARVALHO, Salo; **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

²⁵ SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira. *Op. Cit., Loc. Cit.*

A Convenção de Haia, assinada em 1912, foi o primeiro pacto em âmbito internacional que regulamentava a matéria sobre drogas. A aludida legislação limitava a utilização dos psicoativos apenas para a finalidade médico-científica, estabelecendo restrições e dificultando a comercialização e fabricação, não só do ópio, mas também da cocaína e da morfina²⁶.

Após a aprovação pelo Congresso Nacional do supracitado acordo, houve a consequente revogação do artigo 159 do Código Penal de 1890, que deu lugar aos Decretos nº 4.294/21 e nº 14.969/21²⁷. A edição de ambos os decretos foi um marco na história da política de criminalização das drogas, pois, além da mudança no *caput* do art. 159, também houve o acréscimo de doze parágrafos na codificação penal da república, que diferentemente das legislações anteriores, que previam exclusivamente a pena de multa, passou a prever também a pena de prisão²⁸.

Em destaque, o Decreto n.º 20.930/32 também trouxe uma mudança significativa para a organização do combate aos psicotrópicos no país, qual seja a alteração do termo “substâncias venenosas” para “substâncias tóxicas”, passando a incluir no tipo penal uma gama maior de psicoativos, como a maconha e a cocaína. Nesse ínterim, o Departamento Nacional de Saúde adquiriu uma importante função na classificação das drogas, pois a partir desse momento ele seria o responsável por delinear quais elementos estariam enquadrados no rol de substâncias ilegais, por serem potenciais transformadores de comportamento²⁹.

É importante evidenciar também, o Decreto n.º 20.930/32, que inaugurou aquilo que Zaffaroni veio a chamar de “multiplicação dos verbos”, que nada mais é do que a aglomeração de núcleos no mesmo dispositivo, tipificando mais de uma conduta³⁰.

²⁶ SILVA, Joyce Keli do Nascimento. **O controle de substâncias ilegais: os tratados internacionais antidrogas e as repercussões sobre a legislação brasileira**. CSOnline - Revista Eletrônica de Ciências Sociais, Juiz de Fora, n. 20, 2015, p. 94-95. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/csonline/article/view/17400>. Acesso em: 27 mai. 2022.

²⁷ SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. Jus Navigandi. Disponível em: [Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais - Jus.com.br | Jus Navigandi](https://www.jus.com.br/artigos/drogas-historico-no-brasil-e-nas-convencoes-internacionais). Acesso em: 26 mai. 2022.

²⁸ CARVALHO, Salo; **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

²⁹ AVELINO, Victor Pereira. **A evolução da legislação brasileira sobre drogas**. Jus Navigandi. Disponível em: [A evolução da legislação brasileira sobre drogas - Jus.com.br | Jus Navigandi](https://www.jus.com.br/artigos/a-evolucao-da-legislacao-brasileira-sobre-drogas). Acesso em: 27 mai. 2022.

³⁰ CARVALHO, Natália Oliveira de; MOREIRA, Alexandre Netto. **Política criminal de drogas no Brasil: Desvelando mitos e desconstruindo demônios**. Jus Navigandi, Disponível em: [Política criminal de drogas no Brasil. - Jus.com.br | Jus Navigandi](https://www.jus.com.br/artigos/politica-criminal-de-drogas-no-brasil). Acesso em: 28 mai. 2022.

Ao tempo em que diversos decretos eram editados para sanar o incontestado defeito normativo do Código Penal de 1890, haja vista a sua lacunosa matéria, principalmente no que se refere ao consumo e tráfico de drogas, houve a aprovação da Consolidação das Leis Penais através do Decreto n.º 22.213 ainda em 1932, que consolidou as normas extravagantes vigentes, ficando conhecida como Consolidação de Piragibe, permanecendo em vigor até o ano de 1940³¹.

Revogada a Constituição de 1934, houve a outorga de Getúlio Vargas à Magna Carta do Estado Novo em 1937, vindo, portanto, a ser editado um novo Código Penal, que apesar de ter sido criado em 1940, somente entrou em vigor no ano de 1942. A nova codificação, previa em seu capítulo de Crimes Contra a Saúde Pública, no art. 281, sobre a questão atrelada as drogas, especialmente sobre a facilitação da circulação de psicotrópicos.

O referido dispositivo, de forma repressiva, determinava uma pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, assim como também uma multa pecuniária no valor de dois a dez contos de réis, para aqueles sujeitos que, em premente violação da legislação vigente, venderem ou manifestarem a venda, importarem ou exportarem, oferecerem, ainda que de graça, carregarem consigo, armazenarem ou administrarem drogas ilícitas, sem o devido consentimento de autoridade condigna³².

Com presteza, apesar de notório o progresso legislativo quanto ao tema, pode-se observar que a legislação de 1940 foi silente quanto ao consumo das substâncias entorpecentes, fato este que provocou a descriminalização do uso das drogas³³.

Noutro giro, destaca-se que a função que antes pertencia ao Departamento Nacional de Saúde – de classificar as substâncias –, passou a ser do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, por meio do Decreto-Lei nº 159 de 10 de fevereiro de 1967. A partir desta data, a referida instituição adotou, mediante Portaria, uma listagem de psicotrópicos fornecidos pela Convenção Única

³¹ DUARTE, Maércio Falcão. **A evolução histórica do Direito Penal**. Jus Navigandi. Disponível em: [Evolução histórica do Direito Penal - Jus.com.br | Jus Navigandi](http://www.jus.com.br/artigos/evolucao-historica-do-direito-penal). Acesso em: 27 maio 2022

³² BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [DEL2848 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/legis/leis/1940/2848.htm). Acesso em: 30 maio 2022.

³³ SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. Jus Navigandi. Disponível em: [Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais - Jus.com.br | Jus Navigandi](http://www.jus.com.br/artigos/historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais). Acesso em: 30 maio 2022.

de Entorpecentes, devido à sua completude, deixando mais conciso o rol de substâncias ilícitas³⁴.

Já na época da Ditadura Militar, houve a promulgação do Decreto nº 54.216 ampliando o alcance do artigo 281 do Código Penal de 1940, fazendo a inclusão do verbo “plantar” em seu texto, fato este que implicou na criminalização do cultivo e da produção das substâncias psicoativas³⁵.

Entretanto, foi no ano de 1968, que houve uma mudança realmente significativa na referida codificação. Antes, o STF detinha o entendimento de que o art. 281 não abarcava os usuários de drogas, contudo, esse entendimento foi abandonado pela própria Instituição do Supremo, o que, conseqüentemente, provocou a edição do Decreto-Lei nº 385, no qual equiparou o usuário, antes não criminalizado, ao traficante de drogas, resultando na aplicação, a partir daquele momento, do mesmo apenamento³⁶, senão vejamos³⁷:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente:

(...)

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

A incorporação do novo parágrafo ao art. 281, que equiparou o usuário ao traficante, chocou diretamente com as diretrizes internacionais, que vedavam a equivalência entre ambas as condutas. Todavia, essa macula das orientações internacionais perdurou por apenas três anos, pois o Brasil decidiu revogar o Decreto-Lei nº 385 e se adequar as regras estrangeiras, através da Lei 5.726/71³⁸.

Porém, em que pese tivesse havido o ajuste da legislação brasileira às diretrizes internacionais através da Lei 5.726/71, não houve grande efeito prático, já

³⁴ AVELINO, Victor Pereira. **A evolução da legislação brasileira sobre drogas**. Jus Navigandi. Disponível em: [A evolução da legislação brasileira sobre drogas - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 30 mai. 2022.

³⁵ SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. Jus Navigandi. Disponível em: [Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 30 mai. 2022.

³⁶ SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira. *Op. Cit., Loc Cit.*

³⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 385, de 26 de dezembro de 1968**. Disponível em: [L6368 \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em: 26 jul. 2022.

³⁸ CARVALHO, Salo. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63 e 64.

que, apesar da separação das condutas, as penas estabelecidas ainda se mantinham iguais: reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos.

Somente no ano de 1976, mediante a instauração da Lei nº 6.368 (Lei de Tóxicos) – codificação que antecedeu a atual Lei de Drogas –, o país veio, de fato, a aderir a dicotomia da conduta de manipulação as drogas, conforme as instruções internacionais. No entanto, nos convém destacar, que a lei supra optou por um caráter repressivo e militarizado, de modo que a distinção feita por meio dos dispositivos legais fundou-se nos estereótipos do usuário como dependente e do traficante como inimigo público³⁹. E foi através dessa concepção, que houve a densificação das medidas punitivas para ambas as práticas de consumo e tráfico.

O crime de tráfico, agora previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, apesar de manter em seu texto os verbos descritos no art. 281 da lei anterior, também acrescenta mais núcleos, ampliando o seu alcance para os sujeitos que: preparassem, produzissem, transportassem e fornecessem drogas ilícitas. Além disso, houve o enrijecimento da pena anteriormente aplicada, de modo que, aqueles que se enquadrassem como traficantes, seriam punidos com uma pena de reclusão de 3 a 15 anos, fato esse que, conseqüentemente, dilatou o limite estabelecido pelo juiz para fixação de uma sentença penal⁴⁰.

Cumpre-nos destacar que diferentemente das legislações que lhe antecederam, a Lei nº 6.368/76 inovou quanto a algumas questões relacionadas ao tráfico, como a possibilidade de aplicação autônoma do crime de associação ao tráfico no art. 14, assim como também a utilização de majorantes especiais para a ampliação do tempo de pena no art. 18⁴¹.

Outra novidade trazida pela Lei de Tóxicos, foi a criminalização da prática de usuário de drogas no art. 16, que anteriormente foi regulada pelo art. 281 do CP/40 após a alteração pelo Decreto-Lei nº 385/68. O motivo principal para incriminação desta conduta, fundamenta-se no fato de que somente haverá vendedores comercializando determinado produto se houverem compradores – nesse caso, usuários –, logo, é imprescindível a aplicação de uma política de

³⁹ CARVALHO, Salo. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69 a 72.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 76.

⁴¹ *Ibidem*, p. 77.

controle rígida como tentativa de frear o sistema de tráfico, mesmo que signifique punir condutas de menor teor ofensivo⁴².

Portanto, o art. 16 da Lei nº 6.368/76 estabelecia que a pessoa que porventura adquirir, guardar ou trazer consigo para utilização própria, sem a condigna anuência de autoridade competente, substâncias entorpecentes ou capazes de causar dependência física ou psicológica, estarão em premente violação a legislação, incorrendo no crime de usuário de drogas, podendo sofrer uma pena de detenção de seis meses a dois anos, incluindo o pagamento de vinte a cinquenta dias-multa⁴³.

Entretanto, no ano de 2006, houve edição e publicação da nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), que alterou significativamente a recepção para com o sujeito enquadrado como usuário de entorpecentes, tornando-se, neste ponto, mais flexível, e trazendo mais rigor aos crimes de tráfico. O art. 16 da Lei nº 6.368/76, que versava sobre a conduta de usuário, foi substituído pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06, que excluiu de seu texto a pena de detenção de seis meses a dois anos, que era destinada para os sujeitos que portassem drogas para uso próprio⁴⁴.

É auspicioso enfatizar também, que apesar da exclusão da pena privativa de liberdade para o usuário, o legislador alterou o que antes era o pagamento de vinte a cinquenta dias-multa, para aplicação de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, incluindo o pagamento de multa para que se façam cumprir as medidas socioeducativas⁴⁵, senão vejamos:

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;

⁴² CARVALHO, Salo. **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 80.

⁴³ BRASIL. **Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: [L6368 \(planalto.gov.br\)](http://L6368.planalto.gov.br). Acesso em: 31 mai. 2022.

⁴⁴ SOARES, Cleyton Rodrigues; BARBOSA, Karlos Alves. **Distinção entre usuário e traficante da lei de drogas: o critério subjetivo dessa definição e suas consequências**. Repositório Institucional - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021, p. 02. Disponível em: [Repositório Institucional - Universidade Federal de Uberlândia: Distinção entre usuário e traficante da lei de drogas: o critério subjetivo dessa definição e suas consequências \(ufu.br\)](http://Repositório Institucional - Universidade Federal de Uberlândia: Distinção entre usuário e traficante da lei de drogas: o critério subjetivo dessa definição e suas consequências (ufu.br)). Acesso em: 31 mai. 2022.

⁴⁵ BRASIL. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: [Lei nº 11.343 \(planalto.gov.br\)](http://Lei nº 11.343 (planalto.gov.br)). Acesso em: 31 mai. 2022.

- II - Prestação de serviços à comunidade;
 - III - Medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.
- § 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.

Ao observarmos as alterações legislativas, poderíamos inferir que a conduta de usuário deixou de ser um crime, entretanto, essa análise é equivocada. Segundo entendimento já fixado pelo Supremo Tribunal Federal, houve apenas a despenalização da referida norma, pois a conduta praticada pelo consumidor de drogas ainda é considerada crime, não se falando, portando, em descriminalização⁴⁶.

Noutro giro, ao tratarmos sobre o tráfico de entorpecentes, anteriormente disciplinado pelo art. 12 da Lei nº 6.368/76, e agora regulamentado pela nova Lei de Drogas no art. 33, percebe-se que houve um aumento para a fixação mínima da pena. Ao contrário do que era estabelecido pela Lei n.º 6.368, onde a pena privativa de liberdade era de 3 a 15 anos, a nova lei determina uma pena de prisão com no mínimo de 5 (cinco) anos e máximo de 15 (quinze) anos, além de estabelecer o pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa⁴⁷, vejamos:

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.

Nesse íterim, torna-se visível a evolução normativa quanto a repressão ao uso e tráfico de substâncias entorpecentes, propensas causadoras de dependência física e psicológica.

⁴⁶ SOARES, Cleyton Rodrigues; BARBOSA, Karlos Alves. **Distinção entre usuário e traficante da lei de drogas: o critério subjetivo dessa definição e suas consequências**. Repositório Institucional - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021, p. 02. Disponível em: [Repositório Institucional - Universidade Federal de Uberlândia: Distinção entre usuário e traficante da lei de drogas: o critério subjetivo dessa definição e suas consequências \(ufu.br\)](#). Acesso em: 31 mai. 2022.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: [Lei nº 11.343 \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em: 31 mai. 2022.

2.3 DIVERGÊNCIAS E SEMELHANÇAS ENTRE A LEI N.º 11.343/06 E A LEI N.º 6.368/76

Neste título, iremos aprofundar as divergências e convergências entre Lei de Drogas e a Lei n.º 6.368/76 que a antecedeu, buscando compreender os pontos de convergência voltados ao tema e os fatores que levaram a formação das concepções da lei 11.343/2006.

No Brasil, por muitos anos, a concepção atribuída a droga pela codificação abarcava toda e qualquer substância entorpecente capaz de provocar dependência ao usuário, tendo em vista que a Lei n.º 6.368/76 não previa especificamente quais substâncias estariam incluídas dentro deste conceito. Além do referido problema, existia também o entendimento de que, não apenas autoridade policial deveria buscar a prevenção e a repressão das drogas, mas também a própria população nacional, de forma colaborativa⁴⁸, vejamos⁴⁹:

Art. 1º É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

No âmbito da lei atual (Lei n.º 11.343/06), a perspectiva é um pouco diversa da vista na lei anterior, pois a droga deixa de ser “qualquer substância química que cause dependência”, passando a ser qualquer substância química prevista em lei que cause dependência⁵⁰, conforme o parágrafo único do art. 1º, analisemos:

Art. 1º (...)
Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

⁴⁸ PORTELLA, Tiago Toledo. **Os critérios de distinção entre usuários e traficantes de drogas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. 2018. Tese (Bacharelado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Canela. Orientador: Professor Mestre Luiz Fernando Castilhos Silveira. Disponível em: [Os critérios de distinção entre usuários e traficantes de drogas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul \(ucs.br\)](#). Acesso em: 05 jun. 2022.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: [L6368 \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em: 31 mai. 2022.

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: [Lei nº 11.343 \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em: 03 jun. 2022.

Ao ser editada a Lei n.º 11.343/06, um dos principais objetivos era erradicar alguns defeitos históricos da legislação, dentre eles, a distinção entre o traficante e usuário, buscando isolar as práticas em dispositivos diferentes, para que então se tornasse possível uma abordagem moderada ao usuário e outra mais severa ao traficante⁵¹.

Na lei anterior, os artigos 12 e 16 são equivalentes aos que hoje são os artigos 33 e 28, respectivamente. Apesar da permanência dos núcleos verbais, as penas finalmente foram discriminadas da forma correta, no entanto, com o alcance deste objetivo surgiu um novo problema.

O que se observa da análise dos dispositivos 33 e 28 da Lei n.º 11.343/06, é que os verbos adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas encontram-se previstos nos dois artigos em comento, fato este que provoca uma aplicação discricionária no momento de definir qual foi a conduta que o delinquente realizou. Nesta condição, o infrator fica sujeito a cumprir pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos caso seja enquadrado como traficante ou pena de advertência, prestação de serviços ou medida educativa caso classificado como usuário de drogas⁵².

Nesse íterim, é auspicioso enfatizar o premente caráter circunstancial da distinção entre usuário e traficante, pois a verdadeira implicação encontra-se no art. 28, §2º da Lei de Drogas, dispositivo responsável pela aplicação de critério objetivos para identificar quem de fato cometeu o crime de tráfico e quem de fato cometeu o crime de usuário. Entretanto, apesar da existência de critérios objetivos, a subjetividade interpretativa deste na aplicação para cada caso, acaba tornando-o completamente ineficaz, incapaz identificar de forma concreta, sem incertezas, as práticas criminosas mencionadas⁵³.

Situação semelhante ocorria com a Lei n.º 6.368/76, diploma anterior que foi sucedido pela Lei de Drogas, o qual também definia, em seus arts. 12 e 16,

⁵¹ CAMPOS, Vanessa Correia. **O Usuário e o Traficante na Lei 11.343/2006: Uma análise sobre os critérios distintivos**. 2018. Tese (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador. Orientador: Professora Doutora Thaís Bandeira Oliveira Passos. Disponível em: [Universidade Federal da Bahia: O Usuário e o Traficante na Lei 11.343/2006: Uma análise sobre os critérios distintivos \(ufba.br\)](http://Universidade Federal da Bahia: O Usuário e o Traficante na Lei 11.343/2006: Uma análise sobre os critérios distintivos (ufba.br)). Acesso em: 04 jun. 2022.

⁵² CARVALHO, Salo de. **O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a Decisiva Contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 632 e 633.

⁵³ SHIMIZU E CACICEDO. **Boletim Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, 2016, p. 09.

respectivamente, sobre os crimes de tráfico e o de porte de drogas para uso pessoal. Em linhas gerais, os verbos constantes nos artigos supracitados, adquiridos da antiga lei, posteriormente, formaram o tipo penal que consta que consta nos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas ⁵⁴.

Todavia, em que pese a semelhança, analisando ambas as leis, chegar-se-á a conclusão de que a Lei n.º 6.368/76 possuía uma essência proibicionista, característica completamente dispare da atual Lei n.º 11.343/06. O art. 16 da Lei de Tóxicos atribuía uma pena de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção e dias-multa ao usuário de drogas, ou seja, reprimia o sujeito que fosse fazer uso da substância com pena privativa de liberdade, já o art. 28 da Lei de Drogas, abrandou a pena, aplicando apenas advertência, prestação de serviços, medida educativa e multa⁵⁵.

Neste passo, é imprescindível destacar que mesmo que tenha ocorrido a modificação da sanção do tipo penal, para excluir a pena privativa de liberdade no caso dos usuários de entorpecentes, não se pode afirmar que houve a descriminalização do consumo pessoal de drogas, vez que a conduta ainda está tipificada como crime⁵⁶. Entretanto, é cabível a indagação de que houve a despenalização do referido dispositivo penal, já que existe a previsão exclusiva de aplicação de penas restritivas de direitos, sendo vedado o cumprimento de pena de prisão para o usuário⁵⁷.

2.4 NOÇÕES ACERCA DO USUÁRIO (ART. 28) E TRAFICANTE (ART. 33) DE DROGAS NA LEI N.º 11.343/06

Feita as devidas considerações acerca do histórico da política de drogas no país, cumpre-nos agora tecer algumas considerações acerca da natureza jurídica dos arts. 28 e 33 previstos na nova lei de drogas, demonstrando seus conceitos, fundamentos e sanções aplicáveis.

2.4.1 O Usuário de Drogas

⁵⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Volume I**. 21. Ed. São Paulo: Impetus, 2019, p. 195.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal – Parte geral**, Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1682.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ QUEIROZ, Paulo. **Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?**. Disponível em: [Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?](#) – Paulo Queiroz. Acesso em: 02 nov. 2022.

O usuário de substâncias entorpecentes, segundo o *caput* do art. 28 do diploma legal que rege a matéria (Lei n.º 11.343/06), é aquele sujeito que adquire, guarda, detém em depósito, porta ou traz consigo, para consumo pessoal, incluindo também, de acordo com o §1º, o indivíduo que semeia, cultiva ou colhe a planta capaz de provocar qualquer dependência química⁵⁸.

2.4.1.1 Diferença entre o Usuário e o Dependente de drogas

Conforme pode se ater do parágrafo anterior, a definição do usuário fornecida pela Lei n.º 11.343/06, é apresentada pela legislação de modo amplo, entretanto não se pode, de forma alguma, dizer que todo consumidor de substâncias psicotrópicas é um também um dependente químico. Em verdade, é um grande equívoco proferir tais alegações, pois na grande maioria das vezes, ou seja, normalmente, nenhum usuário torna-se dependente, sendo está uma minoria meio a todos os consumidores⁵⁹.

No entanto, costuma-se confundir tais conceitos devido a crença popular de que ao experimentar uma substância entorpecente, automaticamente o sujeito entrará em estado de dependência química, tornando-se quimérico o retorno a sua condição de sobriedade⁶⁰.

Na prática, a realidade é completamente diversa das convicções disseminadas pela sociedade, pois, normalmente, o uso da droga é iniciado a partir da curiosidade do sujeito que busca a experimentação de novas emoções, ou até mesmo um refúgio de sua realidade. Logo, o usuário será aquele indivíduo que utiliza a droga esporadicamente, de forma não habitual, usufruindo apenas quando lhe surge a oportunidade correta⁶¹.

Já de maneira diversa, o dependente de drogas não tem a mesma capacidade que um usuário comum tem, ou seja, a habilidade de controle sobre a sua vontade, o que o torna um assíduo utilizador da substância, mas sem a perícia de conseguir interromper o seu uso, fato este que afeta de forma direta sua vida

⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: [Lei nº 11.343 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 03 jun. 2022.

⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada: Lei nº 11.343, de 23 de outubro de 2006**. 2ª Edição. Revista dos Tribunais, 2006, p. 123.

⁶⁰ MÔNICA, Hospital Santa. **Entenda de uma vez por todas a diferença entre usuário e dependente em drogas**. Disponível em: [Entenda de uma vez por todas a diferença entre usuário e dependente em drogas - Hospital Santa Mônica \(hospitalsantamonica.com.br\)](http://hospitalsantamonica.com.br). Acesso em: 03 jun. 2022.

⁶¹ *Idem*.

pessoal e profissional, pois a droga passa a ser a coisa mais importante na rotina da pessoa⁶².

Portanto, conclui-se que o aspecto essencial que separa ambos os conceitos é a capacidade de autocontrole do indivíduo, circunstância que torna a dependência química uma doença crônica, provocada pela premente carência psicológica da constante satisfação, implicando na utilização contínua do narcótico⁶³.

Neste contexto, importa destacar que, embora o diploma legal que rege a matéria não realizar de maneira expressa a distinção conceitual entre usuário e dependente químico, é notório o reconhecimento da codificação no que diz respeito a condição do dependente. Os arts. 45 e 46 da Lei n.º 11.343/06 sopesam a condição do sujeito que se encontra subjugado aos entorpecentes⁶⁴, vejamos:

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Logo, é possível notar a preocupação do legislador ao estabelecer, para os sujeitos enquadrados como dependentes químicos, a possibilidade de isenção de pena ou a redução de um terço a dois terços da detenção aplicada. Em seus dispositivos, a codificação entende que a condição do viciado em drogas implica, conseqüentemente, na total incapacidade da pessoa para identificar a ilicitude dos atos praticados, deixando a cargo do julgador, em sentença, a possibilidade de encaminhamento para a realização de tratamento médico.

⁶² MÔNICA, Hospital Santa. **Entenda de uma vez por todas a diferença entre usuário e dependente em drogas**. Disponível em: [Entenda de uma vez por todas a diferença entre usuário e dependente em drogas - Hospital Santa Mônica \(hospitalsantamonica.com.br\)](http://entenda.de.uma.vez.por.todas.a.diferenca.entre.usuario.e.dependente.em.drogas-hospital-santa-monica.hospitalsantamonica.com.br). Acesso em: 03 jun. 2022.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: [Lei nº 11.343 \(planalto.gov.br\)](http://leis.planalto.gov.br/leis/11343). Acesso em: 05 jun. 2022.

2.4.1.2 Elementos do Tipo Penal

A subsunção da conduta do indivíduo que pratica o delito como usuário de drogas e o tipo penal constante no art. 28 da Lei 11.343/06, requer para seu enquadramento, além dos critérios objetivos descritos no § 2º do art. 28 que serão detalhados futuramente, elementos subjetivos fundamentais para que se configure o referido crime.

O tipo penal que descreve o porte para uso pessoal de psicotrópicos é composto por cinco verbos distintos, quais sejam: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo. Logo, para que, inicialmente, se configure o delito, o sujeito deve estar munido de dolo, ou seja, deve haver a vontade plena e consciente de concretizar qualquer dos núcleos, isoladamente ou cumulativamente, do dispositivo penal⁶⁵.

Além disto, é de suma importância trazer a baila o elemento psíquico, também subjetivo, intrínseco à conduta do usuário, qual seja a vontade de consumir a substância entorpecente, sem colocá-la a dispor do tráfico de drogas⁶⁶.

Sendo assim, a ausência de qualquer destes elementos pode acarretar a desclassificação do delito para configuração do crime de tráfico de drogas, ou caso contrário, pode levar a atipicidade formal da conduta, devido a falta de adequação da prática realizada pelo sujeito à norma. Um exemplo simples é quando o agente possui a autorização legal para manter em sua posse substâncias ilícitas para consumo pessoal, como é o caso da pessoa doente que necessita utilizar a cannabis sativa por exemplo, pois nela a uma substância capaz de melhorar o tratamento da sua enfermidade⁶⁷.

2.4.1.3 Procedimento Penal para Autuação do Usuário pela nova Lei de Drogas

Como foi visto anteriormente, o crime transcrito no art. 28 da Lei 11.343/06 aplica somente penas restritivas de direitos ao infrator, fato este que torna o crime de usuário um delito de menor potencial ofensivo. Nesse diapasão, conforme

⁶⁵ BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris, 2007, p. 46.

⁶⁶ JURÍDICO, Equipe Âmbito. **A Lei nº 11.343/2006 e suas inovações no âmbito penal ao usuário de drogas**. Disponível em: [A Lei nº 11.343/2006 e suas inovações no âmbito penal ao usuário de drogas - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade \(ambitojuridico.com.br\)](http://ambitojuridico.com.br). Acesso em 05 set. 2022.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 548.

encontra-se consubstanciado no art. 60 da Lei 9.099/95, o Juizado Especial Criminal que terá competência para processar e julgar as infrações de menor potencial ofensivo, logo inclui-se neste rol o usufrutuário de drogas⁶⁸.

Conforme descrito no §2º e seguintes do art. 48 da Lei de Drogas, assim que capturado, o agente será encaminhado para a autoridade judicial competente para lavratura do termo circunstanciado, assim como também para a realização exames periciais necessários. Destaca-se que, se ausente estiver o juízo competente, deve o sujeito assumir o compromisso de a este comparecer quando estiver em funcionamento, dispondo a autoridade policial de anuência para imediatamente tomar as providências necessárias, quais sejam a lavratura do termo circunstanciado e realização de perícia⁶⁹.

Na presença do juízo competente, caberá ao Ministério Público diante das particularidades do caso, mediante proposta de transação penal, indicar as penas, isoladamente ou cumulativamente, que deverão ser aplicadas ao sujeito infrator⁷⁰.

Entretanto, é auspicioso enfatizar que, apesar de ser um crime de competência do Juizado Especial Criminal, ao usuário não será aplicado o parágrafo único do art. 69 da Lei 9.099/95, pois este dispõe que o sujeito que for capturado praticando delito de menor potencial ofensivo, desde que assine o termo circunstanciado, não será preso em flagrante⁷¹.

Ocorre que, a vedação para aplicação deste dispositivo nos casos do consumidor de psicotrópicos, decorre do fato da Lei de Drogas não determinar uma pena de prisão ao usuário, desta forma, em nenhuma hipótese aquele que for enquadrado como usufrutuário de drogas poderá ser preso em flagrante, ainda que se negue a assinar o termo circunstanciado⁷².

2.4.2 O Traficante de Drogas

⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: Lei nº 9.099 (L9099 (planalto.gov.br)). Acesso em: 07 set. 2022.

⁶⁹ NETO, Francisco Sannini. **A prisão em flagrante e o usuário de drogas**. Jusbrasil. Disponível em: [A prisão em flagrante e o usuário de drogas | Jusbrasil](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

⁷⁰ PAIVA, Guilherme. **A natureza jurídica da conduta incerta no art. 28 da lei de drogas: Apontamentos acerca dos institutos de despenalização e descriminalização**. Jusbrasil. Disponível em: [A natureza jurídica da conduta incerta no art. 28 da lei de drogas: | Jusbrasil](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

⁷¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O procedimento na lei de drogas**. Jusbrasil. Disponível em: [O procedimento na lei de drogas | Jusbrasil](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

⁷² *Idem*.

De forma diversa do usuário que vai fazer uso pessoal da droga, existem também os denominados traficantes, nome dado aos agentes responsáveis pelo processo de comercialização dos entorpecentes. Disposto no artigo 33 da Lei 11.343/06, a prática denominada tráfico de drogas, em linhas gerais, é o ato de mercancia de substância ilícita, entretanto, cumpre ressaltar que, esta infração não se resume a esta palavra apenas. Vejamos a seguir de forma aprofundada.

2.4.2.1 Pressupostos para Configuração do Tráfico de Drogas

O diploma legal que rege a matéria acerca do tráfico de substâncias entorpecentes traz consigo dezoito núcleos caracterizadores do delito, quais sejam: exportar, importar, preparar, produzir, remeter, fabricar, adquirir, prescrever, ministrar, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, entregar a consumo ou fornecer psicotrópico⁷³.

Apesar da utilização de tantos verbos no tipo penal, é possível perceber que a norma não prescreve nenhum resultado para a conduta, portanto, basta que o agente realize um dos núcleos descritos no preceito penal, que estará configurado o crime de tráfico. Tal fato ocorre, por se tratar de um delito de perigo abstrato, ou seja, não se exige lesão ao bem jurídico tutelado, logo é presumível que a realização de qualquer das condutas retratadas representa uma ameaça a saúde pública do país, ainda que, no caso concreto, a prática frustrasse em provocar qualquer tipo de dano ao usufrutuário da substância ilícita⁷⁴.

O sujeito considerado traficante de drogas, ao mercantilizar o entorpecente, normalmente objetiva alcançar o lucro através da sua conduta, logo um dos principais pressupostos para classificação deste delito no caput do art. 33 da Lei de Drogas, é a habitualidade e a obtenção de rendimentos por meio da prática criminosa. A luz dessa perspectiva, observa-se que o agente que, a título gratuito, fornece droga sem o caráter habitual não traficará, entretanto adequa-se no tipo penal do §3º do art. 33, qual seja a figura privilegiada do tráfico, sendo penalizado com uma sanção menor de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção, além de dias-multa⁷⁵.

⁷³ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: [Lei nº 11.343 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 09 jun. 2022.

⁷⁴ PRADO, Daniel Nicory do. **Críticas ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 70 e 71.

⁷⁵ *Idem*.

Nesse interim, é de suma importância trazer à baila os demais pressupostos para configuração do referido delito, quais sejam o dolo e o elemento subjetivo da vontade. Quando falamos em dolo, para esta circunstância penal as únicas hipóteses cabíveis para concretização do tráfico de drogas, é a de dolo direto, ou seja, ocasião em que o agente tem a intenção total de esgotar a integralidade do tipo penal, ou, a de dolo eventual, situação na qual o sujeito conhece o referido perigo, entretanto mostra-se indiferente quanto a concretização de resultado, assumindo o risco de produzi-lo⁷⁶.

Noutro giro, no que diz respeito a vontade do agente, basta que o sujeito de forma livre e desimpedida deseje executar qualquer dos comportamentos constantes no tipo, tendo a ciência de que está agindo em vertente contrária ao que dispõe a lei, e sem a devida autorização⁷⁷.

2.4.2.2 Procedimento para Autuação do Traficante de Drogas

De maneira diversa do tratamento dirigido ao usuário de drogas, no qual não comporta, em hipótese alguma, qualquer tipo de prisão, o procedimento administrado ao traficante comporta prisão, vez o próprio tipo penal traduz uma penalização de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e dias-multa. Sendo assim, quando o agente é capturado nas circunstâncias descritas no art. 33 da Lei de Drogas, é cabível a prisão em flagrante nos termos do art. 302 e seguintes do CPP.

A título de conhecimento, após a sua captura, conforme encontra-se firmado no art. 304 do CPP, o flagranteado será conduzido coercitivamente à autoridade competente, qual seja o delegado de polícia, que irá ouvir as testemunhas (caso existam) e, também proceder com o interrogatório do acusado mediante o crime que lhe fora imputado, ocorrendo ao final a lavratura do APF⁷⁸.

Nestes termos, segundo o §1º do art. 306 do CPP, após o recolhimento do flagranteado, o Auto de Prisão em Flagrante deve ser encaminhado no prazo máximo de 24 horas para o juiz competente, para que este em no mesmo prazo

⁷⁶ PRADO, Daniel Nicory do. **Críticas ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 70 e 71.

⁷⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 155.

⁷⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [Del3689Compilado \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 10 jun. 2022.

realize a audiência de custódia, sob pena de ser considerada a prisão ilegal, resultando no seu conseqüente relaxamento (art. 310 do CPP)⁷⁹.

Na audiência de custódia, conforme será aprofundada no próximo capítulo, é o momento fundamental por meio do qual o preso é apresentado ao juiz que irá, na presença do Ministério Público, causídico ou Defensor Público, analisando todos os fundamentos da prisão, ou determinar a conversão do flagrante em prisão preventiva (se preenchidos os requisitos do art. 313 do CPP), ou relaxamento da prisão devido a alguma ilegalidade ou a concessão da liberdade provisória, caso permeie o entendimento de que não há evidência apta para manter o agente custodiado⁸⁰.

2.5 A IMPRECIÇÃO DOS CRITÉRIOS DISTINTIVOS DO ART. 28, §2º ESTABELECIDOS PELA LEI N.º 11.343/06

Conforme podemos observar dos arts. 28 e 33 da Lei de Drogas, através de um comparativo minucioso, é possível constatar que ambos os dispositivos carregam em seu tipo penal núcleos semelhantes, quais sejam os verbos: guardar, adquirir, ter em depósito, transportar e trazer consigo. Sendo assim, faz-se necessária uma distinção clara e objetiva das duas condutas retratadas, vez que, conforme foi dito anteriormente, a punibilidade das práticas de tráfico e consumo pessoal são completamente opostas, enquanto ao traficante se aplica uma pena privativa de liberdade, a pena para o usuário não comporta nenhuma espécie de prisão, aplicando-se apenas penas restritivas de direitos⁸¹.

Nesse ínterim, com existência da necessidade de definição de parâmetros capazes de distinguir ambas as condutas, salta aos olhos os dois sistemas atualmente utilizados em diversos ordenamentos jurídicos, que subsistem no universo jurídico, para aplicar essa diferença entre as práticas, são eles os sistemas de quantificação legal e o de quantificação judicial⁸².

O sistema de quantificação legal, trata exclusivamente sobre a quantidade de droga transportada pelo agente no momento de sua captura. A norma irá

⁷⁹ PRADO, Daniel Nicory do. **A prática da audiência de custódia**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 29.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 31 e 32

⁸¹ CARTA. Júlia Maria Casali. **Lei de drogas: dificuldades em estabelecer quem é o usuário e quem é o traficante**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: [Conteúdo Jurídico | Lei de drogas: dificuldades em estabelecer quem é o usuário e quem é o traficante \(conteudojuridico.com.br\)](http://conteudojuridico.com.br). Acesso em: 02 nov. 2022.

⁸² *Idem*.

estabelecer um limite diário para que o sujeito seja enquadrado como consumidor da droga, e não traficante, logo, segundo esse sistema, se o indivíduo portar uma quantia que venha a extrapolar o limite determinado, conseqüentemente será classificado no delito de tráfico de drogas⁸³.

Já no que tange ao sistema de quantificação judicial, de forma diversa da técnica anterior, busca entender as circunstâncias em que o agente fora capturado, deixando assim nas mãos do julgador analisar o caso concreto e classificar o delito praticado pela pessoa⁸⁴.

Em que pese o sistema de quantificação legal traga consigo termos mais objetivos de enquadramento, o ordenamento pátrio optou pela adoção do sistema de quantificação judicial, firmado no §2º do art. 28 da Lei de Drogas⁸⁵. Este dispositivo traz consigo uma ponderação acerca do local em que foi capturado o sujeito com a droga, assim como também a natureza desta, antecedentes criminais, condições e circunstâncias, senão vejamos:

Art. 28. (...)

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

Estudaremos agora, com mais detalhes, o juízo subjetivo realizado pelo julgador, com base no dispositivo supramencionado, entendendo os pontos que levam o Magistrado a deduzir se o agente estaria em sua conduta portando a droga para o tráfico ou para o seu consumo pessoal.

2.5.1 Natureza e quantidade da substância apreendida

Quando se fala em natureza e quantidade da droga apreendida, ambas as questões são, entre todas, as de maior repercussão no âmbito jurídico atualmente, vez que por muitas vezes são fatores determinantes para que o juiz firme o seu entendimento tanto para classificação do delito, como para fixação da pena-base.

⁸³ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada: Lei nº 11.343, de 23 de outubro de 2006**. 2ª Edição. Revista dos Tribunais, 2006. p. 161.

⁸⁴ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2 ed. Salvador: Juspodium, 2014, p. 697.

⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: [Lei nº 11.343 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/leis/11343.htm). Acesso em: 10 jun. 2022.

Ao tratar sobre a natureza da droga, volta-se os olhos para o tipo e o potencial lesivo da substância, logo quanto maior o dano que o entorpecente possa causar tanto ao usuário como a sociedade como um todo, maiores também as chances de que o agente seja enquadrado em crime diverso ao de consumo pessoal, qual seja o de tráfico. Portanto, cabe ao magistrado observar se o psicotrópico no caso concreto possui uma natureza leve, como é o caso da maconha, ou uma natureza mais nociva, como é o caso da heroína, crack, cocaína, entre outras drogas⁸⁶.

De maneira intrinsecamente ligada a natureza da droga, está a quantidade da substância em posse do agente, pois juntos formam um modulador que irá consolidar a fundamentação do juiz⁸⁷. Caracterizando-se, a quantidade da droga, como um critério estritamente subjetivo, na legislação brasileira não existe nenhuma norma que delimite uma quantia média diária para o consumidor de drogas ilícitas, fato este que, conseqüentemente, provoca uma insegurança fervorosa quanto ao tema.

Entretanto, com base na cognição do STJ de Portugal, o Ministro Relator Celso de Mello, através do julgamento do HC 144716/SP, estabeleceu alguns parâmetros para identificação do usuário, tendo com base na quantidade e natureza da droga. Segundo seu entendimento, o limite tolerável 0,1 grama, quando tratar-se de heroína, 0,2 gramas se a substância for a cocaína e 2,5 gramas se a droga for a maconha⁸⁸.

Nesta senda, é de suma importância destacar que, apesar do entendimento firmado pelo Relator Ministro Celso de Mello, tal cognição não é vinculante, logo os demais Tribunais não estão adstritos a julgar outros Habeas Corpus com base nestes fundamentos⁸⁹.

2.5.2 Local e condições em que se desenvolveu a ação

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas Comentada: Lei nº 11.343, de 23 de outubro de 2006. 2ª Ed. **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 182.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1571432 - Proc. 0001813-04.2018.8.12.0008 MS 2019/0258979-5. Agravante: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Agravado: Leandro Silva de Souza. Relatora: Laurita Vaz. Brasília, DJ 29 jun. 2020.

⁸⁸ MEDEIROS, Felipe Rocha de. **Traficante ou usuário de drogas? Como saber a diferença?**. Jusbrasil. Disponível em: [Traficante ou usuário de drogas? Como saber a diferença? | Jusbrasil](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

⁸⁹ *Idem*.

Além do que foi dito, o local onde ocorreu a apreensão da droga e as condições que circundaram a situação fática, também são questões que vão orientar o Magistrado no momento de realização de sua cognição para definir qual destinação seria dada à substância apreendida⁹⁰.

É forçoso dizer, que há situação em que claramente fica evidenciado ao Julgador o emprego que seria aferido a droga, não restando margem para mais dúvidas. Esse é o exemplo de quando a substância é detectada no bolso do agente, em sua carteira, dentro de um evento festivo, ou até mesmo em sua residência, sendo essas circunstâncias sempre somadas a quantidades pequenas de droga que forem encontradas em propriedade do sujeito portador⁹¹.

Entretanto, apesar da tentativa do legislador em precisar o local e as condições para identificar o usuário de drogas, diferindo-o do traficante, existe uma problemática nesta questão. Em que pese existam locais tipicamente frequentados por traficantes, não se pode descartar a hipótese de que eventualmente os usuários também podem vir a frequentar a mesma localidade, sendo facilmente confundidos com os traficantes⁹². Um exemplo comum dessa circunstância é a boca de fumo, que apesar de ser um local típico para venda de entorpecentes, também é constantemente frequentado por usuários para aquisição das referidas substâncias, ficando suscetível a uma abordagem como se traficante fosse.

2.5.3 Circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente

No que tange aos critérios que fazem referência as “circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes do agente”, a codificação ao transcrever tais pontos faz alusão a questões extra crime assim como temas do momento da

⁹⁰ SATYRO, Rebeca Godoi de Medeiros. **Os critérios de distinção entre usuário e traficante estabelecidos pela Lei nº 11.343/06: uma análise dos impactos sociais causados pela política proibicionista**. 2016. Tese. (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília. Orientador: Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Disponível em: [Biblioteca Digital da Produção Intelectual Discente: Os critérios de distinção entre usuário e traficante estabelecidos pela Lei nº 11.343/06 : uma análise dos impactos sociais causados pela política proibicionista \(unb.br\)](#). Acesso em: 11 set. 2022.

⁹¹ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Lei antidrogas comentada: aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 47.

⁹² REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas do Distrito Federal**. Tese de doutorado – Pós-Graduação, Universidade de Brasília, 2011. Orientador: Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Disponível em: [Repositório Institucional da UnB: A ilusão do proibicionismo : estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal](#). Acesso em: 11 set. 2022.

flagrância, ou seja, fatos que podem determinar de forma indireta a ocorrência do delito ou ajudar a desvendar a destinação da droga.

Quando se fala em circunstâncias sociais e pessoais do sujeito, o legislador estimula o Magistrado a realizar uma análise de questões voltadas a vida do agente criminoso, como seu relacionamento familiar, índole, personalidade, condição financeira, suas vestes no momento do crime, se o indivíduo no momento do crime possuía algum emprego ou encontrava-se desempregado. Todos esses quesitos anteriormente expostos, auxiliam a cognição do Juiz para que seja possível compreender mais o infrator e concluir se no caso concreto estar-se diante de um usufrutuário de drogas ou um traficante⁹³.

Somado aos critérios supramencionados também se auferem um juízo valorativo quanto a conduta e antecedentes criminais. Tratando-se da conduta do agente, o objetivo desta análise é entender a forma em que estava sendo praticado o ato criminoso quando foi realizado o flagrante, ou seja, se a pessoa estava em negociação quando foi capturado, se estava sozinho, mas portando, além da droga, grande quantidade de dinheiro, dentre outras formas⁹⁴.

Por fim, ao versarmos sobre os antecedentes criminais do agente, entende-se que este somente pode servir de indicador distintivo quando houver sentença penal condenatória transitada em julgado conexa ao crime de tráfico, caso contrário não é possível ligar o sujeito a uma conduta tráfico por qualquer ação realizada em momento posterior⁹⁵.

2.6 O PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ NA DISTINÇÃO DO PORTE PARA CONSUMO E DO PORTE PARA TRÁFICO

Dentre os pilares estabelecidos pela Constituição Federal da República, está o princípio da Segurança Jurídica, encontrando-se disposto no art. 5º, inciso XXXVI⁹⁶, senão vejamos:

⁹³ GODOY, Gabriella Talmelli. **Seletividade penal na Lei de Drogas - Lei n. 11.343/2006**. Jus Navigandi. Disponível em: [Seletividade penal na Lei de Drogas - Lei n. 11.343/2006 - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. **Comentários Críticos à Lei de Drogas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 82.

⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [Constituicao-Compilado \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em: 11 set. 2022.

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:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

O princípio constitucional da segurança jurídica, busca em sua essência salvaguardar o ordenamento, por meio da defesa dos mandamentos do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, estabelecendo uma aplicação normativa de forma coerente e previsível, garantindo assim, aos cidadãos, um cenário estável na busca dos seus direitos. Desta forma, compreende-se que, no Estado de Direito, ele tem fundamental importância, vez que é o grande autor da sua sustentação, quando assegura uma ordem jurídica contínua, sem incertezas ou imprevisibilidades durante a execução do preceito jurídico⁹⁷.

No âmbito das garantias individuais, a segurança jurídica ganha uma importância fundamental quando estar-se diante de uma violação ao direito de locomoção, garantido pela CF/88 no art. 5º, inciso XV⁹⁸.

Nesta senda, salta-se aos olhos a Lei de Drogas, vez que a cultura repressiva que criminaliza a conduta de tráfico, atribuindo-lhe severas penas, se opõe de maneira absoluta ao crime de usuário, que adota penas alternativas. Sendo assim, por meio de núcleos semelhantes, é possível o enquadramento de uma prática delituosa em ambos os tipos penais, fato que mediante uma condenação penal errônea pode levar um usufrutuário de entorpecentes a um dano irreparável, qual seja a pena privativa de liberdade.

Através dessa perspectiva, é auspicioso enfatizar que se entende como preceito juridicamente legítimo aquele que passa a produzir os seus efeitos, após um

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Jurídica. Sapucaia do Sul**, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010.

⁹⁸ SATYRO, Rebeca Godoi de Medeiros. **Os critérios de distinção entre usuário e traficante estabelecidos pela Lei nº 11.343/06: uma análise dos impactos sociais causados pela política proibicionista**. 2016. Tese. (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília. Orientador: Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Disponível em: [Biblioteca Digital da Produção Intelectual Discente: Os critérios de distinção entre usuário e traficante estabelecidos pela Lei nº 11.343/06 : uma análise dos impactos sociais causados pela política proibicionista \(unb.br\)](#). Acesso em: 11 set. 2022.

procedimento realizado por órgão competente, respeitando constitucionalmente o ordenamento, assim como também suas normas supralegais⁹⁹.

Logo, partindo para uma análise crítica à luz da segurança jurídica, pode-se aferir que o art. 28, §2º da Lei de Drogas viola cabalmente o ordenamento pátrio. Isto ocorre, porque apesar do referido dispositivo ter sido elaborado pelo legislador, seguindo todos os procedimentos necessários para sua validade, ao final, no momento de aplicação da norma, quem irá ditar se o agente criminoso é ou não traficante de drogas é o Poder Judiciário, representado pela figura do Magistrado, que também recebe influência da força policial que efetuou a flagrante¹⁰⁰.

Tal afirmativa se sustenta e pode ser constatado, quando situações análogas, caracterizadas por idêntica natureza e quantidade da droga, assim como também circunstâncias e conduta semelhantes, são valoradas de maneiras completamente diferentes por Magistrados distintos. Esse fato se perpetua, pois o referido preceito abre margem para que o juiz, de maneira discricionária, intérprete a norma e faça um juízo de valor de forma inteiramente individual, dando vazão para que este crie a sua própria concepção de usuário e traficante¹⁰¹.

Não se observa nas decisões relacionadas ao tema uma uniformidade, ao invés dos magistrados deliberarem de forma homogênea e regular, impedindo que ocorram condenações distintas para condutas idênticas, cada um possui o seu próprio entendimento e conduz o julgamento conforme as suas cognições¹⁰².

Sendo assim, o que se observa no §2º do art. 28 da Lei de Drogas, é uma carência de objetividade nos critérios distintivos, sendo incapazes de promover uma real e segura separação prática dos tipos penais, fato que viola de forma premente outros dois princípios balizadores da Constituição Federal e do Direito Penal, quais sejam os princípios da legalidade e da subsunção¹⁰³.

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução: Gernélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 104.

¹⁰⁰ SATYRO, Rebeca Godoi de Medeiros. Os critérios de distinção entre usuário e traficante estabelecidos pela Lei nº 11.343/06: uma análise dos impactos sociais causados pela política proibicionista. 2016. Tese. (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília. Orientador: Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Disponível em: [Biblioteca Digital da Produção Intelectual Discente: Os critérios de distinção entre usuário e traficante estabelecidos pela Lei nº 11.343/06 : uma análise dos impactos sociais causados pela política proibicionista \(unb.br\)](#). Acesso em: 11 set. 2022.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Idem*.

Para além dos critérios descritos no art. 28, §2º da Lei de Drogas, está o elemento subjetivo do dolo que é decisivo para separação das condutas de tráfico e usuário, vez que o agente deve ter o animus de vender a droga para outra pessoa. Entretanto, a avaliação do dolo somado aos critérios distintivos também se mostra ineficiente para definição concreta dos tipos penais, tendo em vista que esse elemento por vezes é desprezado tanto em juízo como pelos próprios policiais que realizam a autuação do sujeito, tornando permanente e continua a prática discricionário do magistrado.

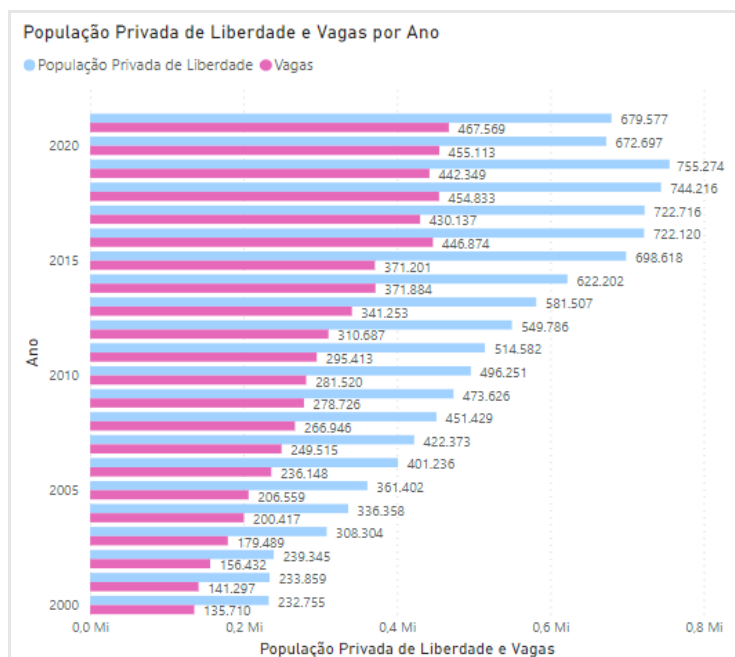
3 O ENCARCERAMENTO EM MASSA E A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA AOS CASOS DE TRÁFICO

Apesar do encarceramento em massa e a liberdade provisória serem temas estranhamente opostos, tendo em vista que um irá tratar, respectivamente, acerca do inchaço nos presídios brasileiros e o outro irá tratar sobre a possibilidade de o agente criminoso responder o processo penal estando ao mesmo tempo em liberdade. Há um ponto de convergência entre ambos, quando o assunto é tráfico de substâncias entorpecentes, fato que será exposto a seguir.

3.1 O DISTÚRBIO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA E A POLÍTICA DE DROGAS

Por meio da discricionariedade perpetrada pelo sistema judiciário, formou-se hoje o que passou a ser chamado de encarceramento em massa. Esse fenômeno que cresceu exponencialmente ao longo dos anos, passou a afligir diversos presídios brasileiros, por um motivo relativamente simples, o número de encarcerados tornou-se superior ao número de vagas disponíveis em cada penitenciária. Segundo pesquisas gerais disponibilizadas pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), no ano de 2020 foram registrados pelo Sistema Carcerário do país um índice populacional equivalente à 679.577 presos em situação de privação da liberdade para exatamente um total de 467.569 vagas disponíveis, senão vejamos:

Gráfico 1 – População Presos versus Total de Vagas Disponíveis (2020)



Fonte: Plataforma de Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro – SISDEPEN, ano de 2021.

Logo, percebe-se através da pesquisa, que havia em 2020 um excedente populacional carcerário de 212.008 presos, ou seja, pessoas que não possuíam vagas para ingressar no sistema prisional, mas ainda assim, mesmo sem disponibilidade espacial nos locais, eram inseridas pelo poder público para que pudessem cumprir as suas penas.

Nesse prisma, não pode ser ignorado o fato de que, do ano de 2000 para o ano de 2020, houve um crescimento de aproximadamente 191.9% da população carcerária, chegando a bater a marca total de 755.274 pessoas privadas de sua liberdade no ano de 2019. Logo, cumpre-nos tecer algumas considerações acerca dos sujeitos que são levados ao cárcere e os crimes que são por eles cometidos através de uma perspectiva social.

A história nos mostra que no Brasil, desde a sua origem, quando ainda era uma colônia, as pessoas que eram taxadas como criminosas eram aquelas que durante anos ficaram sujeitas a escravidão, quais sejam os negros e índios, que ficaram marcados como os primeiros delinquentes meio a coletividade¹⁰⁴. Ato contínuo, com a chegada da criminologia no país, implantou-se uma política de

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de. **O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a Decisiva Contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 624.

controle social com tendências e distúrbios já enraizados na sociedade, razão que levou a consequente repressão daquelas pessoas que não tinham a pele branca¹⁰⁵.

A partir deste ponto, inaugurou-se um cenário de bestialidade estrutural institucional, vez que os agentes jurídicos e de vigilância – a polícia – passaram a agir de forma inteiramente racista e exclusiva. No campo formal, não há nenhuma regra ou direcionamento que suscite a possibilidade de uma atuação seletiva desses entes¹⁰⁶, vez que a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, “caput”, veda qualquer tipo e desigualdade, preceituando que a lei deve ser aplicada igualmente para todo e qualquer cidadão, dando embasamento ao Princípio Constitucional da Isonomia.

Por outro lado, analisando por um ponto de vista material, apesar de não existirem regras nesse sentido e devido ao tamanho da capacidade do poder Judiciário, tendo em vista que não consegue observar a ocorrência de todos os crimes que acontecem a sua volta¹⁰⁷. Os agentes públicos optam por um punitivismo seletivo inconscientemente, pois possuem em si um estigma enraizado que os leva a reprodução e naturalização de condutas racistas que consequentemente provocam um aumento súbito da população carcerária de cor negra e parda¹⁰⁸.

Trazendo novamente dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), com relação à composição carcerária por cor ou raça, poderá se observar do gráfico 2 abaixo, que no ano de 2021 a estatística mostra que 67,34% do contingente carcerário era composto por pretos e pardos, ou seja, mais de 2/3 da população prisional.

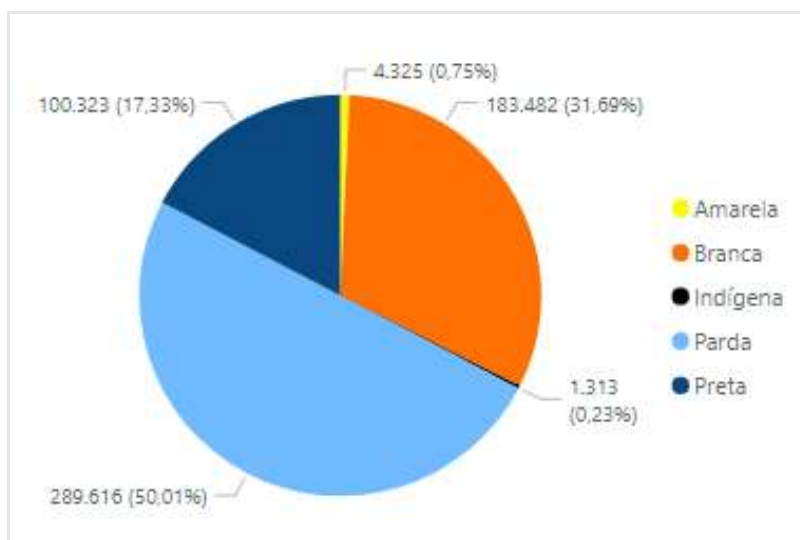
¹⁰⁵ DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia & Racismo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 288.

¹⁰⁶ CARVALHO, Salo de. **O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a Decisiva Contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 629.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro, Revan, 2006. p. 46-47.

¹⁰⁸ CARVALHO, Salo de. *Op. Cit., Loc. Cit.*

Gráfico 2 – Composição da População por Cor/Raça no Sistema Prisional (2021)



Fonte: Plataforma de Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro – SISDEPEN, ano de 2021.

Entretanto, não é demais advertir que a seletividade constitui apenas parte do que hoje é o fenômeno super encarceramento, pois este decorre de um sistema complexo formado por diversos fatores¹⁰⁹.

Além das questões sociais e econômicas que circundam corriqueiramente a situação da superlotação, também existem circunstâncias penais relativas ao tipo que forçam cada vez mais a expansão do sistema prisional. Perpassando de forma sublime sobre o tema até chegarmos ao cerne do nosso estudo – Lei de Drogas –, cumpre-nos tecer algumas considerações acerca dos facilitadores que agravam o encarceramento massivo de pessoas.

O primeiro facilitador que levou ao aumento de encarcerados no sistema, foi a Lei de Crimes Hediondos. Elaborada pelo Poder Legislativo e publicada no ano de 1990, esta lei objetivava a dilação de penas, a concepção de tipos penais mais viçosos, e o reforço ainda mais severo à execução penal. Ocorre que, de forma completamente previsível, tal norma provocou o crescimento exponencial de presos, vez que houve a expansão do rol de crimes possíveis no ordenamento vigente¹¹⁰.

Entretanto, é inegável dizer que era de incumbência do Poder Judiciário frear o punitivismo exacerbado dos congressistas do Legislativo, estabelecendo

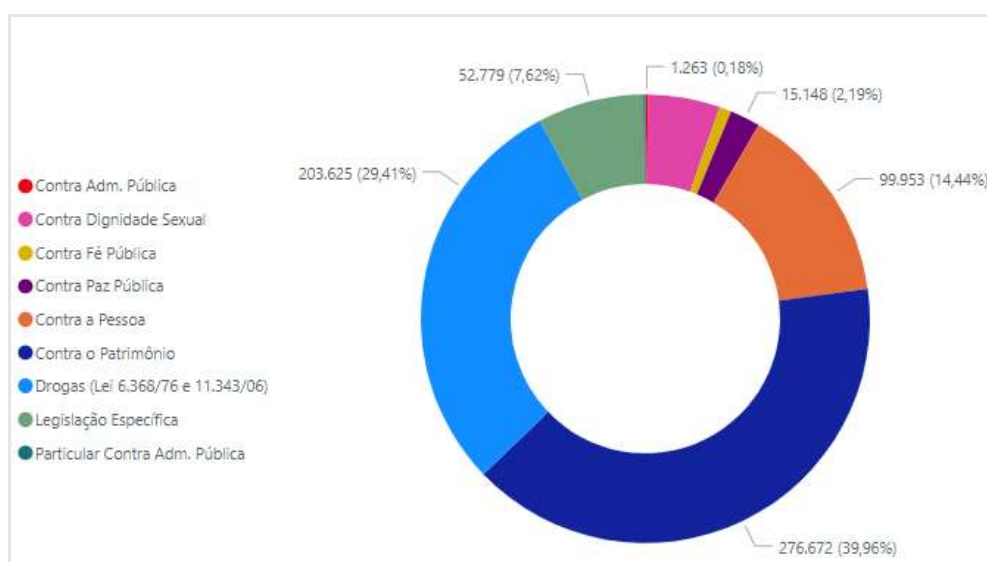
¹⁰⁹ CARVALHO, Salo de. **O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a Decisiva Contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 631.

¹¹⁰ *Idem*.

orientações específicas para descomplexificar a ciência criminal. Mas de forma contrária ao que se esperava, o STF permaneceu por 15 anos silente sobre a constitucionalidade da referida norma, motivo que se tornou ascendente o número de encarcerados no país, haja vista a previsão de pena privativa de liberdade para seus infratores¹¹¹.

Analisando agora outra perspectiva, atualmente, conforme atestam os dados estatísticos, os tipos penais que mais incidem e conseqüentemente levam ao cárcere, são os delitos contra o patrimônio (39,96%) e de tráfico de drogas (29,41%), vejamos o gráfico abaixo:

Gráfico 3 – Quantidade de Incidência dos Crimes (2021)



Fonte: Plataforma de Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro – SISDEPEN, ano de 2021.

Dentre os dois tipos penais supracitados, os mais incidentes, conforme pode-se ater do gráfico 3, são os crimes contra o patrimônio, dentre eles: furto, roubo, estelionato e receptação. Neste ponto, a seletividade dos agentes públicos age novamente em favor do encarceramento massivo de pessoas, vez que se observa entre os crimes contra o patrimônio privado e o erário público um lisonjeiro abrandamento dos tipos penais que recaem sobre a elite econômica do país¹¹².

Quando falamos em crimes previdenciários e tributários, imediatamente é possível perceber no ordenamento jurídico vigente, dispositivos capazes de

¹¹¹ CARVALHO, Salo de. **O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a Decisiva Contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 632.

¹¹² *Ibidem*, p. 637.

proporcionar a extinção de punibilidade do transgressor causador do dano, mediante a restituição dos valores eventualmente subtraídos. Entretanto, é sabido que os grandes responsáveis por esses crimes normalmente pertencem a parcela mais abastada da sociedade, logo, torna-se indiscutível a nítida seletividade do Poder Legislativo, que lesiona diretamente a equidade constitucionalmente garantida, ao favorecer crimes realizados pela elite, pois, quando voltamos os olhos para crimes como furto, roubo e estelionato – delitos cometidos por pessoas que estão à margem da coletividade –, o máximo proporcionado pela legislação são causas de diminuição de pena (a exemplo do arrependimento posterior) e atenuantes¹¹³.

Noutro giro, ainda tratando sobre crimes patrimoniais, outro fator extremamente preponderante que impulsiona a curva ascendente do encarceramento, está na análise dos elementos de violência e grave ameaça constantes no tipo penal do crime de roubo em comparação ao furto. Ocorre que esta pauta sobre a classificação dos crimes supramencionados é extremamente sensível, vez que a identificação errônea dos referidos elementos pode levar, além de condutas distintas, a uma pena ainda mais severa¹¹⁴.

O delito de furto prevê uma pena de reclusão de 1 a 4 anos, já o crime de roubo prevê uma pena também de reclusão, no entanto com o cumprimento de 4 a 10 anos, logo, percebe-se que a pena máxima do crime de furto é a mínima para o crime de roubo, ou seja, o enquadramento equivocado da conduta na separação dos elementos constituidores do tipo, podem levar a efeitos punitivos avassaladores para o sujeito que cumpre a pena, agravando exponencialmente o quadro do sistema carcerário¹¹⁵.

Tratando agora sobre o crime de tráfico de drogas, objeto central do nosso estudo e segundo crime com maior incidência no território nacional. O delito presente no art. 33 da Lei de Drogas é um dos dispositivos que mais provoca a insegurança no mundo jurídico e, devido a sua elevada margem de punibilidade abstrata, leva ao aumento de encarcerados no país. Tal fato decorre, conforme foi visto no capítulo anterior, da similaridade dos núcleos do tipo penal previstos nos

¹¹³ CARVALHO, Salo de. **O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a Decisiva Contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 640.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 642.

¹¹⁵ *Idem*.

arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, respectivamente, os crimes de consumo pessoal de entorpecentes e tráfico de drogas¹¹⁶.

Ocorre que, apesar do Legislador instituir meios normativos para promoção da distinção entre ambos os delitos supracitados, seria de incumbência do Poder Judiciário estabelecer instruções que direcionassem o Julgador no momento da utilização dos artifícios criados pelo Legislativo, quais sejam as diretrizes fixadas no art. 28, §2º da Lei de Drogas. Entretanto, na prática vemos uma situação completamente diversa do esperado, onde cada Magistrado, Promotor e Agente de Polícia cria regras em seu próprio intelecto, pré-definidas por si mesmo, promovendo a distinção por meio de suas concepções, possuindo em seu âmago um discernimento já estabelecido sobre quem são os usuários e os traficantes¹¹⁷.

Em que pese existam essas “não regras” ditadas pelos agentes públicos, também é auspicioso trazer em pauta que é uma característica inerente ao ser humano criar concepções prévias sobre determinadas questões. Logo, conhecendo esse vício no processo, cabe ao STF, como Corte Suprema do Poder Judiciário, pôr fim a essa contenda mediante o estabelecimento de diretrizes capazes de promover a devida distinção entre as condutas descritas no art. 33 e 28 da Lei n.º 11.343/06, desenraizando qualquer tipo de posicionamento predefinido.

3.2 A VEDAÇÃO ABSTRATA DA LIBERDADE PROVISÓRIA AO TRAFICANTE DE DROGAS

Antes de tecermos as devidas considerações acerca do instituto da liberdade provisória nos casos relacionados ao tráfico de substâncias entorpecentes, é auspicioso trazer em pauta ponderações relacionadas ao desenvolvimento pré-processual, até a concessão ou denegação do referido benefício.

3.2.1 Instituto da Prisão em Flagrante e a Audiência de Custódia no Tráfico de Drogas

A prisão em flagrante no direito processual penal, é o instituto precautelar de caráter estritamente individual, por meio do qual é permitido que o agente, seja ele policial ou pessoa comum do povo, realize a prisão do infrator no momento exato

¹¹⁶ CARVALHO, Salo de. **O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a Decisiva Contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015, p. 632.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 633.

em que o crime é praticado ou, no término ou após a sua execução, quando as evidências encontradas no local do delito e a pessoa dão a entender que foi este o sujeito que realizou a infração penal.

Essa modalidade de prisão encontra respaldo na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXI, tendo como objetivo impedir a execução completa do crime e reconhecer o autor do delito, comprovando seu caráter precipuamente administrativo, pois é inconcebível imaginar que um crime estaria acontecendo em frente a uma autoridade policial, e ela não poderia exercer nenhum poder para interromper a ação criminosa¹¹⁸. Logo, por questões lógicas, a prisão em flagrante pode ser realizada em qualquer momento, não havendo crime no qual não possa ser aplicada uma prisão dessa espécie¹¹⁹.

Entretanto, no caso dos delitos regulados pela Lei de Drogas, de maneira inevitável e com grande frequência, incidirá o instituto da prisão em flagrante, principalmente em sua classificação própria, ou seja, quando o sujeito é capturado no exato momento da prática criminosa. Tal fato ocorre, porque grande parte dos verbos que estão contidos no tipo penal representam situações de crime permanente, como por exemplo transportar, guardar ou ter em depósito, logo são práticas que se perpetuam no tempo de acordo com a vontade do agente criminoso¹²⁰.

Noutro giro, fala-se também em outra modalidade de flagrância que é utilizada com maior frequência principalmente no âmbito das investigações policiais relacionadas as drogas, o chamado flagrante diferido. Essa classificação de flagrância nada mais é do que uma autorização, conferida ao agente de polícia, para que este durante uma investigação policial, presencie a ação criminosa, entretanto não intervenha, para que ao final possa haver um repertório robusto de provas suficientemente concreto para aplicar a lei penal sob um número maior de

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza; **Código de Processo Penal Comentado**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1092.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 1104

¹²⁰ PRADO, Daniel Nicory do. **Críticas ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 114.

delinquentes¹²¹. O flagrante diferido encontra-se prenunciado na Lei de Drogas, em seu art. 53, II, senão vejamos¹²²:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Entretanto, compre mencionar que o flagrante diferido, obrigatoriamente, necessita de prévio consentimento da autoridade judicial competente, não podendo ocorrer em caso de negativa do Magistrado quanto ao referido instituto. Ademais, o Ministério Público também deve ser ouvido antecipadamente¹²³.

Em paralelo a fragrância e em razão do cenário ascendente de superlotação das penitenciárias em todo território nacional, foi regulamentada pelo CNJ (Conselho Nacional de justiça) e implementada no ordenamento por meio da Resolução 213, em 15 de dezembro de 2015, o instituto da audiência de custódia. Sendo uma incorporação do direito internacional, especificamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em seu art. 7º, item 5, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) em seu art. 9º, item 3, a audiência de custódia é um instrumento processual por meio do qual o flagranteado é levado até a figura do juiz, no prazo máximo de 24 horas após a prisão, para que este analise profundamente as questões relacionadas à validade e a regularidade da fragrância, ponderando se há ou não a necessidade de aplicação de medida cautelar, libertação provisória, e, se for o caso, uma possível prisão preventiva¹²⁴.

¹²¹ PRADO, Daniel Nicory do. **Críticas ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 115.

¹²² BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: [Lei nº 11.343 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 10 out. 2022.

¹²³ PRADO, Daniel Nicory do. *Op cit.* p. 115-116.

¹²⁴ LAGES, Livia Bastos. O sistema acusatório diante da prisão em flagrante: como o direito a defesa é exercido em fase de audiência de custódia?. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, Minas Gerais, v. 14, n. 1, 2020. Disponível em: [O sistema acusatório diante da prisão em flagrante: como o direito a defesa é exercido em fase de audiência de custódia? | Revista Brasileira de Segurança Pública \(forumseguranca.org.br\)](http://forumseguranca.org.br). Acesso em: out. 2022.

É de suma importância mencionar, que o acórdão proferido em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n.º 347, julgado pelo STF, solidificou o caráter obrigatório das audiências de custódia, fortificando ainda mais a Resolução 213 de 2015 do CNJ¹²⁵.

O instituto da audiência de custódia, como ferramenta de controle do Estado, visa, sobretudo, afastar e proteger o sujeito, ora flagranteado, de abusos de autoridade e factíveis ilegalidades no processo para efetivação da prisão em flagrante, assim como também, a promoção de um ambiente democrático para debate. É auspicioso enfatizar, que nessa audiência não é cabível a discussão referente ao mérito que ronda o caso concreto, pois foge a sua finalidade, sendo expressamente vedado pelo ordenamento jurídico vigente, conforme o artigo 8º, §1º da Resolução 213 do CNJ. Portanto, permite-se apenas a discussão acerca da necessidade de aplicação de medida cautelar, liberdade provisória, conversão do flagrante em prisão preventiva ou a promoção de eventual relaxamento de prisão em decorrência de ilegalidade identificada¹²⁶.

Para além dos objetivos já expostos, um dos principais propósitos da audiência de custódia é a promoção da chamada proteção ao Estado Democrático de Direito, pois será através de sua defesa que irão se ramificar as demais finalidades desse instituto. Inclusive, não é demais dizer que essa audiência fortifica ainda mais dois dos grandes pilares do direito, quais sejam os princípios do contraditório e da ampla defesa salvaguardados pela própria Constituição Federal, sobretudo provocando no Julgador o exercício de ver-se no lugar do próximo¹²⁷.

Todo esse contexto de humanização do processo, acarreta a consequente redução do número de sujeitos que são submetidos a uma reclusão preventiva, diferentemente de como ocorria na legislação anterior, em que havia um altíssimo índice de prisões preventivas, pois esta nada mais era do que a regra no processo penal, de modo que excepcionalmente poderiam ser aplicadas medidas

¹²⁵ ROMÃO, Vinícius de Assis. A aplicação de medidas cautelares pessoais em audiências de custódia: um olhar a partir da prisão em flagrante de pessoas em situação de rua. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, 2021, p. 611-650.

¹²⁶ LAGES, Livia Bastos. O sistema acusatório diante da prisão em flagrante: como o direito a defesa é exercido em fase de audiência de custódia?. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, Minas Gerais, v. 14, n. 1, 2020. Disponível em: [O sistema acusatório diante da prisão em flagrante: como o direito a defesa é exercido em fase de audiência de custódia? | Revista Brasileira de Segurança Pública \(forumseguranca.org.br\)](https://forumseguranca.org.br/). Acesso em: out. 2022.

¹²⁷ BURTET, Jaise. Audiência de Custódia: um olhar sobre o controle de convencionalidade e a cultura punitivista no Brasil. **Revista da Defensoria Pública RS**, Rio Grande do Sul, 18º ed. 2017, p. 10 e 11.

cautelares ou a liberdade provisória¹²⁸. Nos dias atuais, a regra encontra-se na liberdade do sujeito, logo, na hipótese de impossibilidade de manutenção da liberdade, aplicam-se os institutos das medidas cautelares diversas da prisão ou, como dito em momento anterior, a liberdade provisória.

Noutro giro, quanto as consequências decorrentes da audiência de custódia, é imperioso tratarmos sobre as decisões que dela se originam. Quando falamos nas medidas cautelares, que possuem previsão nos arts. 282, 319 e 320 do Código de Processo Penal, é perceptível que o próprio Código ao dispor sobre a sua aplicação, confere ao Julgador a quo uma avultada brecha de discricionariedade¹²⁹, principalmente através da utilização de termos jurídicos de concepção indeterminável, ou seja, conceituações que possuem significado incerto¹³⁰. Esse é o caso, por exemplo do art. 312 do CPP, que versa sobre a garantia da ordem pública e econômica para execução da medida de prisão preventiva, logo, se o sujeito apresenta ameaça para qualquer uma dessas circunstâncias, poderá ser preso preventivamente, ficando a cargo do Magistrado realizar a cognição acerca do significado de ordem pública.

Por outro lado, na audiência de custódia também nos deparamos com o instituto da liberdade provisória, fixado no art. 310, III do CPP, tratado a seguir.

3.2.2 Redação do Art. 44 da Lei de Drogas e a Inconstitucional vedação da Liberdade Provisória

A Liberdade Provisória, preceito estabelecido no código de processo penal e resguardado constitucionalmente pelo art. 5º, inciso LXVI, confere ao sujeito flagranteado, se atendido os requisitos necessários, a benesse de responder ao seu processo em liberdade, mediante o pagamento de fiança ou não, vez que existe para todo e qualquer indivíduo investigado ou réu em um processo, a presunção de inocência. Cumpre reforçar, que manter o agente detido mesmo possuindo esses requisitos é uma clara violação a letra da lei¹³¹, senão vejamos:

¹²⁸ BURTET, Jáise. Audiência de Custódia: um olhar sobre o controle de convencionalidade e a cultura punitivista no Brasil. **Revista da Defensoria Pública RS**, Rio Grande do Sul, 18ª ed. 2017, p. 10 e 11.

¹²⁹ PRADO, Daniel Nicory do. **A prática da audiência de custódia**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 86.

¹³⁰ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 10ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 208.

¹³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 12 out. 2022.

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:

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

De acordo com o exposto, é possível classificar a liberdade provisória em dois tipos distintos, quais sejam: a liberdade provisória com fiança e a liberdade provisória sem fiança. A benesse com fiança, nada mais é do que a soltura do indiciado por meio de um valor estabelecido pela autoridade competente, ou seja, o juiz, de modo que o sujeito ganhará a oportunidade de permanecer em liberdade enquanto aguarda o seu julgamento, podendo, após a sessão penal, ser detido novamente ou não¹³².

De maneira diversa, a liberdade provisória sem fiança, é aquela por meio do qual o indiciado ganha a liberdade provisória sem pagar nenhum valor, recebendo a sua liberdade se desembolsar nenhuma quantia. Mas em que pese exista a liberdade provisória sem fiança, esta pode ser vinculada ou não a determinada obrigação, ou seja, se for uma liberdade vinculada, o sujeito terá que atender as obrigações estabelecidas pela autoridade, seguindo o dispositivo 310 do CPP, como por exemplo, a presença do indivíduo indiciado em todas as etapas processuais¹³³.

É auspicioso enfatizar também, que a liberdade provisória é considerada um direito fundamental salvaguardado pela própria Constituição. Se bem observarmos o art. 5º, inciso XV da Carta Magna, será constatado que é direito de todo cidadão locomover-se de acordo com a sua própria vontade, logo depreende-se deste instituto que a Legislação pátria entende como regra a liberdade de todos os sujeitos, sendo o cárcere a última opção do legislador, ou seja, a exceção. Ademais, ressalta-se, que o indivíduo somente poder ser capturado e preso diante das hipóteses de prisão que estejam previstas em lei, em respeito ao devido processo legal, caso ocorra situação oposta não prevista pela legislação vigente, estará diante

¹³² MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 563.

¹³³ *Idem*.

de uma incontestável antijuridicidade, fato que poderá levar ao relaxamento desta prisão¹³⁴.

A prisão definitiva de um delinquente somente pode ocorrer diante de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, uma decisão que encerra um processo em sua totalidade, de modo que o réu deste processo tenha sido submetido a todo o trâmite legal de maneira coerente com a legislação, respeitando o devido processo legal. Sendo constatado que o réu de fato é culpado pelos crimes no qual cometeu, e tendo ainda a oportunidade de se defender de todas as acusações, a decretação de sua prisão definitiva, seguindo a Constituição, deve ser realizada para retribuir os prejuízos causados a vítima e a sociedade como um todo¹³⁵.

Entretanto, a própria Constituição Federal do Brasil, em seu art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, traz consigo uma série crimes que contrastam com a concessão de liberdade provisória com fiança¹³⁶, logo, entende-se como inafiançáveis, estando entre eles o tráfico de drogas. Vejamos:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Dessa forma, torna-se inconcebível, de acordo com a Carta Magna, a autorização de liberdade mediante fiança para qualquer dos delitos que se encontram prescritos nesses artigos. De igual forma, reforça a Codificação Processual Penal em seus arts. 323 e 324, a inafiançabilidade para os mesmos crimes anteriormente descritos¹³⁷.

¹³⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 653

¹³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 547 e 548.

¹³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 12 out. 2022.

¹³⁷ MARQUES, Marcelo Pereira. Da Possibilidade de Concessão de Liberdade Provisória aos Crimes Hediondos e Delitos Equiparados, Inclusive para Fatos Pretéritos. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 26, jul./dez. 2007. pag. 203.

Seguindo a letra da norma Constitucional, no ano de 1990 surgiu a então chamada Lei de Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90), que por versar em seu texto sobre os delitos mais repugnantes e gravosos da sociedade (vide art. 1º da Lei n.º 8.072/90), excedeu de forma acentuada a previsão da Lei Maior, inviabilizando, em seu texto original, além da fiança, a própria liberdade provisória, logo tornou-se impensável, a concessão deste instituto para qualquer indivíduo que estivesse sujeito um destes crimes¹³⁸.

Para consolidar ainda mais o entendimento anteriormente exposto, no ano de 2006, com o advento da Lei de Drogas, o art. 44 reforçou ainda mais a vedação, não só caracterizando os crimes como inafiançáveis, mas também proibindo a concessão da liberdade provisória para o tráfico. Logo, quando o sujeito era preso em flagrante e enquadrado no crime de tráfico de drogas, o Magistrado, na audiência de custódia, passou a não mais possuir discricionariedade, ficando adstrito a decidir apenas entre o relaxamento da prisão, quando fosse identificada alguma ilegalidade, ou a prisão preventiva¹³⁹.

Entretanto, apesar da previsão legal, em 2007 houve uma mudança no texto da Lei 8.072/90 que enrijecia a criminalização dos crimes mais repulsivos, abrandando suas disposições, que passaram a permitir a concessão da liberdade provisória, anteriormente proibida, mas mantendo o teor da inafiançabilidade, *in verbis*:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:
I - anistia, graça e indulto;
~~II - fiança e liberdade provisória.~~
II - fiança.

Em razão da existência de duas normas regulando a mesma prática delituosa – quais sejam a Lei de Drogas e a Lei de Crimes Hediondos –, vieram à tona inúmeros embates doutrinários acerca de qual seria o dispositivo ideal a ser aplicado quando houvesse uma deflagração de tráfico de drogas. Entretanto, concluiu-se, de acordo com os diversos posicionamentos da doutrina, que o fato

¹³⁸ MARQUES, Marcelo Pereira. Da Possibilidade de Concessão de Liberdade Provisória aos Crimes Hediondos e Delitos Equiparados, Inclusive para Fatos Pretéritos. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 26, jul./dez. 2007. p. 203

¹³⁹ PRADO, Daniel Nicory do. **A prática da audiência de custódia**. 1 Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 91.

haver, na época, uma recente alteração na Lei n.º 8.072/90 demonstraria a real e atual vontade do legislador, excluindo-se a vedação a liberdade provisória.

Não obstante, se verificarmos o entendimento do Supremo Tribunal Federal da época, será possível perceber que com a concepção contrária à da doutrina, o STF posicionava-se a favor da vedação à referida benesse. Tal argumentação se embasava no princípio da especialidade, sob a fundamentação de que a Lei de Drogas tinha um caráter regulador específico para com os crimes de tráfico de entorpecentes, assim como também do princípio da Supremacia da Constituição, prevalecendo, portanto, a sua aplicação¹⁴⁰, conforme pode-se observar:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. RELAXAMENTO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CF. ESPECIALIDADE DA LEI 11.343/2006. ORDEM DENEGADA. I - Os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são de natureza permanente. O agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. II - A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII). III - A Lei 11.343/2006 é especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos, não existindo antinomia no sistema jurídico. IV - Ordem denegada. (HC 97463, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-02 PP-00279 REVJMG v. 60, n. 191, 2009, p. 343-346)

Reforçando o que foi dito, em um novo Habeas Corpus, o Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, proferiu argumentos entendendo pelo indeferimento de uma liminar no HC 100.831/MG, sob o fundamento de que a Lei de Drogas seria mais específica e mais nova comparada à Lei de crimes Hediondo, que foi editada em 1990. Por tal motivo, o instituto da liberdade provisória concedido aos crimes listados na Lei n.º 8.072/90 não compreenderia o delito de tráfico de drogas¹⁴¹.

Em data subsequente, mesmo o STF dando continuidade em sua concepção acerca da vedação a Liberdade Provisória, o Ministro Eros Grau aquiesceu, em sede de liminar, um Habeas Corpus alterando seu pensamento

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 97463 – Minas Gerais. Paciente: José da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DJ 06 out. 2009. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 15 out. 2022.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 100.831 – Minas Gerais. Paciente: Wallace Luciano Nobre Alves Palhares. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 01 dez. 2009. Disponível em: [HC 100831 \(jurisprudencia.s3.amazonaws.com\)](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

acerca do tema. A partir deste momento, apontava-se que o Supremo se encontrava em ponderação após a liminar solicitada no HC 97.976/MG e concedida pelo Ministro Celso de Mello. Entretanto, apesar das esperanças naquele momento, a decisão final no HC foi ainda a vedação a concessão da liberdade provisória para o tráfico de drogas¹⁴².

Somente em maio do ano de 2012, por meio do julgamento do habeas corpus n.º 104.339 – que será tratado de maneira aprofundada no capítulo subsequente –, que o Supremo Tribunal Federal decidiu mudar o seu entendimento, abraçando a concepção doutrinária e determinado a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas, que vedava a concessão de liberdade provisória para o tráfico¹⁴³.

Por meio desse julgamento, entendeu-se que o criminoso capturado em flagrante e classificado como traficante de drogas, para que fosse submetido a uma prisão preventiva necessariamente teria que atender aos requisitos estipulados pelo art. 312 do CPP, caso contrário a concessão da liberdade provisória seria medida que se impunha diante da situação concreta.

Neste caso, consignou-se a ideia de que apesar de existir uma vedação constitucional acerca da inafiançabilidade dos crimes de tráfico e hediondos, nada impede a concessão da liberdade provisória sem a necessidade de fiança, fato este que atende ao princípio da presunção de inocência, o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana, todos resguardados pela Constituição¹⁴⁴.

¹⁴² MARCÃO, Renato. **Liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas**. Jus Navegandi. Disponível em: [Tráfico de drogas: STF declara a inconstitucionalidade da vedação de liberdade provisória - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 15 out. 2022.

¹⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴ *Idem*.

4 O ENTENDIMENTO DO STF NO HC 104.339: UMA ANÁLISE À LUZ DAS DIFERENTES PERSPECTIVAS REGIONAIS

O Habeas Corpus n.º 104.339/SP foi um divisor de águas não só para o próprio crime de tráfico, mas também para o próprio delito de consumo pessoal de entorpecentes. Entretanto, conforme será minuciosamente verificado a seguir, apesar da acertada decisão do Supremo Tribunal Federal, criou-se um cenário de insegurança jurídica no âmbito nacional pautado justamente no instituto da liberdade provisória, vez que as diversas decisões nos Tribunais das unidades federativas não possuíam uniformidade.

4.1 DA DELIBERAÇÃO DO HABEAS CORPUS N.º 104.339 E SEUS IMPACTOS

Como foi tratado no capítulo anterior, por muito tempo se estendeu a discussão acerca da liberdade provisória nos casos de tráfico, em decorrência do embate normativo entre a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Drogas. Entretanto, em razão da permanência contínua da aplicação do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 pelos Magistrados e Desembargadores de diversos Tribunais, o Supremo não teve outra alternativa senão deliberar definitivamente sobre o tema no Habeas Corpus n.º 104.339/SP, por via de controle difuso¹⁴⁵.

4.1.1 A Concepção do Supremo Tribunal Federal Acerca da Liberdade Provisória no Julgamento do Habeas Corpus n.º 104.339

O Habeas Corpus n.º 104.339/SP, adentrou no Poder Judiciário em decorrência do indeferimento do requerimento de relaxamento de prisão em flagrante e/ou a concessão de liberdade provisória em favor de Márcio da Silva Prado, que estava sendo indiciado pela prática descrita no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006¹⁴⁶.

O indivíduo foi preso em flagrante na data de 25.08.2009, em seu domicílio, portanto uma quantidade preponderante de drogas, dentre elas: 62

¹⁴⁵ FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Considerações Políticas sobre a Vedação Legal da Liberdade Provisória: Tensões e Consensos no Julgamento do Habeas Corpus 104.339 e o Contexto da Lei 12.403/2011. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. São Paulo. 2017. Disponível em: [Considerações Políticas sobre a Vedação Legal da Liberdade Provisória: Tensões e Consensos no Julgamento do Habeas Corpus 104.339 e o Contexto da Lei 12.403/2011 / Political Considerations on the Legal Prohibition of the Provisional Freedom Benefit: Tensions and Consensus in the Trial of Habeas Corpus 104.339 and the Context of the Law 12.403/2011 | Ferreira | Revista Direito, Estado e Sociedade \(puc-rio.br\)](#). Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁴⁶ *Idem*.

cápsulas de cocaína em pó, que pesavam o equivalente a 27,3 g de cocaína; 73,5 g de cocaína fracionados em duas porções; 5 blocos de cocaína, correspondendo a 4,9 g; e ainda 6,7 g de crack em seu estado sólido. Destaca-se, que para além das drogas também foi encontrado na posse do infrator uma alta quantia em espécie e uma balança para realização de pesagem¹⁴⁷.

No mesmo dia, o sujeito foi encaminhado para 22ª Vara Criminal de São Paulo, onde, apesar das tentativas para que ao menos fosse agraciado com a benesse da liberdade provisória, o Magistrado optou pelo acolhimento das razões proferidas pelo Ministério Público, tendo em vista a vedação da concessão a liberdade provisória para os casos envolvendo tráfico de drogas, no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006¹⁴⁸.

Irresignados com a decisão prolatada pelo Juiz de primeiro grau, os defensores do flagranteado ingressaram com instrumento de Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob a alegação de que o togado havia se eximido de fundamentar sua decisão para indeferir a concessão da liberdade, entretanto, a ordem foi denegada pelo Corte¹⁴⁹.

Insistindo na alteração das decisões proferidas, foi impetrado novo Habeas Corpus, entretanto, agora, no Superior Tribunal de Justiça, acreditando no cabal equívoco da Corte Estadual. Novamente, o pleito não foi acolhido, sendo informado que a vedação ao instituto da liberdade provisória deriva da letra da norma, não havendo que se falar em decisão diversa ao que se observa mediante a breve leitura da lei vigente¹⁵⁰.

Como as instâncias superiores não concederam a ordem de liberdade provisória para o paciente, instalou-se novo requerimento no Supremo Tribunal Federal, especificamente na 2ª Turma dessa Corte, ficando o Ministro Gilmar Mendes como protagonista Relator da fase de proposição¹⁵¹.

¹⁴⁷ FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Considerações Políticas sobre a Vedação Legal da Liberdade Provisória: Tensões e Consensos no Julgamento do Habeas Corpus 104.339 e o Contexto da Lei 12.403/2011. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. São Paulo. 2017. Disponível em: [Considerações Políticas sobre a Vedação Legal da Liberdade Provisória: Tensões e Consensos no Julgamento do Habeas Corpus 104.339 e o Contexto da Lei 12.403/2011 / Political Considerations on the Legal Prohibition of the Provisional Freedom Benefit: Tensions and Consensus in the Trial of Habeas Corpus 104.339 and the Context of the Law 12.403/2011 | Ferreira | Revista Direito, Estado e Sociedade \(puc-rio.br\)](#). Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ *Idem*.

Em seu parecer inicial sobre a questão que se apresentava, o *insigne* Ministro Relator, em sede de liminar, entendeu pela homologação parcial da demanda, afastando a incidência do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 que vedava o benefício em pauta. Logo, através do distanciamento da norma suscitada, a Relatoria oportunizou ao caso concreto a análise das condições para aplicação de prisão preventiva disposta no art. 312 do Código de Processo Penal, de modo que, se ausentes os requisitos, a liberdade seria medida que se impunha¹⁵².

Diante da incontestável relevância do tema que estava sendo discutido em uma das Turmas da Corte Suprema Nacional, e que já se perpetuava a muito tempo no âmbito jurídico. Na data do dia 22.02.2011, Ayres Britto, um dos Ministros desse Tribunal, recomendou o envio da questão discutida para o Plenário do Supremo, fato este que foi acatado pela Corte¹⁵³.

Após um longo intervalo, entre o período da remessa dos autos ao Plenário e o julgamento definitivo da demanda, somente em 10.05.2012 foi que o Supremo Tribunal Federal, finalmente, encontrou uma decisão definitiva para o caso. De forma incidental e por maioria dos votos, foi decidido pela aquiescência do referido instrumento de Habeas Corpus decretando que o instituto disposto no art. 44 da Lei de Drogas era contrário ao que dispunha a Constituição Federal da República, violando não só a letra da lei, mas principalmente os seus princípios, dentre eles, em especial, o princípio constitucional resguardado pelo art. 5º, inciso LVII, ou seja, a presunção de inocência do sujeito que ainda não possui sentença penal condenatória transitada em julgado, assim como também o princípio da fundamentação das decisões e suas individualidades para a aplicação de prisão em cada caso¹⁵⁴.

Quanto ao posicionamento dos Ministros, inicialmente foi proferido o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, que se manteve com o mesmo entendimento desde o momento em que homologou a liminar. Segundo suas concepções, o art. 44

¹⁵² FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Considerações Políticas sobre a Vedação Legal da Liberdade Provisória: Tensões e Consensos no Julgamento do Habeas Corpus 104.339 e o Contexto da Lei 12.403/2011. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. São Paulo. 2017. Disponível em: [Considerações Políticas sobre a Vedação Legal da Liberdade Provisória: Tensões e Consensos no Julgamento do Habeas Corpus 104.339 e o Contexto da Lei 12.403/2011 / Political Considerations on the Legal Prohibition of the Provisional Freedom Benefit: Tensions and Consensus in the Trial of Habeas Corpus 104.339 and the Context of the Law 12.403/2011 | Ferreira | Revista Direito, Estado e Sociedade \(puc-rio.br\)](#). Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ *Idem*.

da Lei nº 11.343/2006 vai de encontro com as disposições constitucionalmente salvaguardadas, incluindo o devido processo legal e a presunção de inocência. Inclusive, ressalta que o dispositivo afasta a benesse da liberdade provisória de forma genérica, subtraindo do Magistrado a possibilidade de analisar se há ou não o preenchimento dos requisitos necessários para decretação de uma eventual prisão provisória¹⁵⁵.

Frisa-se que esta subtração da análise da autoridade jurisdicional quanto ao seu dever como juiz, não possui justificção lógica, pois diante de uma situação de flagrante na qual não há as condições estritamente necessárias para impor uma prisão preventiva, o togado fica impedido de conceder o arbítrio de direito ao acusado¹⁵⁶.

Ademais, ao fim do seu voto, o Relator aduz que apesar de estar fixado na Constituição a impossibilidade de fiança para os crimes de tráfico de drogas (vide art. 5º, XLIII), tal fato não significa dizer que há, portanto, uma impossibilidade de concessão da liberdade provisória. Caso fosse esse o entendimento, haveria um embate normativo com o art. 5º, inciso LXVI, vez que este prevê a impossibilidade do cárcere quando a norma permitir, com ou sem fiança, a liberdade provisória. Encerrando seu voto, o Ministro preleciona que a prisão preventiva deve ser observada de forma semelhante aos demais delitos das diplomações jurídicas, ainda que esteja se tratando do crime de tráfico de drogas, devendo o togado fundamentar de forma idônea os motivos da segregação cautelar¹⁵⁷.

Noutro giro, o voto da Ministra Rosa Waber simpatizou com a cognição do Ministro Gilmar Mendes, entendendo pelo conhecimento do Habeas Corpus para que fosse homologada a ordem parcialmente. Desta forma, seria avaliado pelo julgador o cabimento de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP, para que então fosse ponderada a concessão da liberdade provisória sem fiança¹⁵⁸.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104339/SP - São Paulo. Tribunal Pleno. Paciente: Márcio da Silva Prado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJ 10 mai. 2012. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁵⁶ SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo penal constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 322.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104339/SP - São Paulo. Tribunal Pleno. Paciente: Márcio da Silva Prado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJ 10 mai. 2012. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁵⁸ *Idem*.

Em suas considerações, a *insigne* Ministra terce comentários acerca do texto original do Decreto 3.689/1941, onde, de maneira diversa ao que se observa atualmente, o cárcere, mesmo antes do julgamento, era uma medida que se impunha como regra¹⁵⁹. O instituto da liberdade provisória com fiança era apenas admitido quando o delito em pauta tivesse uma pena máxima igual ou inferior a 2 (dois) anos, e ainda a pessoa que estivesse sendo acusada possuísse uma idade superior a 60 (sessenta) anos ou inferior a 21 (vinte e um) anos, vejamos o art. 323 do texto original do CPP¹⁶⁰:

Art. 323. Não será concedida fiança:

~~I — nos crimes punidos com pena de reclusão, salvo ao réu maior de setenta anos ou menor de vinte e um, no caso de não ser superior a dois anos e máximo da pena cominada;~~

~~II — nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;~~

Destacou, que a liberdade provisória mediante fiança somente era dispensável quando o acusado comprovadamente era atestado como hipossuficiente financeiro, incapaz de arcar com a referida quantia ou, quando o sujeito que estivesse coberto sobre alguma das excludentes de ilicitude dispostas no rol do arts. 310 e 350. Entretanto, após a reforma da codificação pela Lei 6.416/1977, quase houve a extinção do instituto da fiança, vez que apesar da regra geral ser a liberdade mediante fiança, com a alteração, a norma agora determinava que se inexistentes as justificações para segregação cautelar, autorizava-se a liberdade provisória¹⁶¹.

Entretanto, como o advento da lei 12.403/2011, abriu-se um rol de medidas cautelares entre a liberdade provisória e a prisão preventiva, que possibilitou ao Magistrado diversas formas diferentes de conduzir a questão¹⁶².

Por fim, salienta em seu voto que apesar do art. 5º, XLIII da Constituição, este não pode ser compreendido como uma proibição integral à concessão da liberdade provisória, pois tal olhar resulta no choque insustentável com o princípio da

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104339/SP - São Paulo. Tribunal Pleno. Paciente: Márcio da Silva Prado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJ 10 mai. 2012. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁶⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [Del3689 \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em: 23 out 2022.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Op. Cit., Loc. Cit.*

¹⁶² *Idem.*

presunção da inocência, leia-se como princípio basilar do Estado Democrático de Direito¹⁶³. Cumpre ressaltar que este princípio, que possibilita ao acusado responder o processo em liberdade é disseminado em outras diplomações internacionais, inclusive estando expresso no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁶⁴, *in verbis*:

Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.

Finalizando seu voto, dar-se início ao posicionamento do Ministro Luiz Fux, que de forma minoritária ao entendimento dos demais Ministros do Plenário, optou em denegar a ordem discutida, sob o fundamento de que atualmente há um tráfico disseminado no país, em que os seus precursores transportam quantidades imensuráveis de entorpecentes que, conseqüentemente, sujeitam a população a um mal crônico. Em sua compreensão, o art. 5º, XLIII da Constituição, elaborado pelo constituinte, busca em sua essência dar um fim definitivo ao tráfico ininterrupto de drogas, por meio da suspensão, não só da fiança, mas também da liberdade provisória, sendo esta a interpretação na letra da lei, segundo a sua concepção¹⁶⁵.

Dando vez as argumentações do Ministro Dias Toffoli, este informa que já proferiu seu voto relacionado ao tema no HC nº 100.949, entretanto, une-se aos demais Ministros, entendendo que a impossibilidade de fiança nos casos de tráfico não é causa proibitória para a concessão da liberdade provisória, corroborando não só com o princípio da presunção de inocência, já exaustivamente mencionado, mas também o devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana e o pilar da ampla defesa. Ainda em seu voto, destaca que o instituto da liberdade provisória não é uma faculdade inerente a autoridade jurisdicional, podendo esta ao seu arbítrio conceder ou não, pois as hipóteses estão dispostas em lei, devendo o

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104339/SP - São Paulo. Tribunal Pleno. Paciente: Márcio da Silva Prado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJ 10 mai. 2012. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁶⁴ BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: [Documento1 \(ufsm.br\)](#). Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Op. Cit., Loc. Cit.*

juiz apenas analisar os critérios subjetivos de aplicação, para certificar se a lei admite ou não a referida liberdade no caso concreto¹⁶⁶.

Ademais, o Ministro informa que o legislador é quem decide conceder ou não o benefício a partir da elaboração dos critérios normativos, e que este não teria anuência para em virtude do alto grau de seriedade do crime, proibir a concessão da liberdade provisória. Por fim, ainda trouxe uma clara incoerência do sistema, pois um sujeito que é preso em flagrante era recolhido preventivamente em decorrência do art. 44 da Lei de Drogas, ainda que possuísse todo um histórico favorável de bons antecedentes e primariedade. Entretanto, se este mesmo sujeito conseguisse afastar-se do local onde ocorreu o delito, deixando findar-se o período do flagrante e, posteriormente, dirigir-se à respectiva autoridade responsável, este poderia responder seu processo em liberdade, em razão do magistrado não estar obrigado a impor a prisão preventiva para a mencionada situação¹⁶⁷.

Ingressando nos argumentos do Ministro Ricardo Lewandowski, que também acompanhou a maioria dos votos. De maneira sucinta, afirmou que o caso discutido em sede de habeas corpus se tratava de uma antinomia jurídica, pois há um conflito entre princípios e normas jurídicas, onde a regra que enuncia a impossibilidade de concessão da benesse não deve prosperar sobre os princípios constitucionalmente salvaguardados, entendendo, no mesmo sentido da Relatoria, em conceder a ordem parcialmente¹⁶⁸.

O Ministro Joaquim Barbosa, não se alongou muito, alegando que a inconstitucionalidade que estava em pauta já havia perdurado por muito tempo, motivo pelo qual decidiu conceder a ordem¹⁶⁹.

Quanto ao Ministro Cezar Peluso, compactua com o que foi anteriormente discutido, trazendo em seus argumentos que sem a devida investigação para que seja constatado se houve ou não culpabilidade daquele que está sendo acusado, não há de se falar em privação da liberdade, vez que somente uma sentença penal

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104339/SP - São Paulo. Tribunal Pleno. Paciente: Márcio da Silva Prado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJ 10 mai. 2012. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ *Idem*

¹⁶⁹ *Idem*.

condenatória transitada em julgado tem o poder de retirar do sujeito este direito, ou quando a lei dispuser nas hipóteses do art. 312 do CPP¹⁷⁰.

Ato contínuo, a *insigne* Autoridade ainda aduz que há uma delicada diferença entre os institutos da liberdade provisória e da fiança, pois uma não é a extensão da outra. Quando se fala em liberdade provisória, estar-se diante de um gênero com espécies distintas, de modo que, poderá haver uma vinculação com a fiança quando o juiz determinar que a concessão da liberdade provisória tem como condição o cumprimento desta prestação de valor. De forma distinta, esse arbítrio provisório também pode ser um instituto autônomo, caso a norma jurídica não disponha sobre a possibilidade de fiança, não havendo, portanto, a necessidade de nenhum pagamento¹⁷¹.

Destaca-se, que na lei não há nenhum dispositivo informando que a proibição de uma dessas espécies anteriormente citadas, por extensão acaba abarcando a outra, não havendo nenhum sentido lógico em tal perspectiva. Logo, embora seja inegável o vínculo do gênero Liberdade Provisória com as espécies da fiança, quando a lei dispuser sobre a inafiançabilidade, tal termo não pode induzir o intérprete a crer que há uma proibição integral da norma quanto a possibilidade de concessão a liberdade provisória, razão pela qual ainda nos casos em que a lei informar sobre a inafiançabilidade, será cabível o instituto sem a necessidade de fiança¹⁷².

É de suma importância enfatizar que, se o legislador estivesse referindo-se a ambas as espécies que derivam do gênero liberdade provisória no inciso XLIII, do art. 5º da Constituição Federal, certamente estaria ostensivamente exposto na letra da lei de maneira similar, como foi expresso no art. 5º, XLVI, da CF/88¹⁷³, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104339/SP - São Paulo. Tribunal Pleno. Paciente: Márcio da Silva Prado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJ 10 maio 2012. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 456 e 457.

¹⁷³ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 135.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Por fim, o Ministro Cezar Peluso foi categórico ao falar do caráter socioeconômico do controle as drogas, pois o rigor da Lei de Drogas não põe fim ao tráfico ilícito de entorpecentes. Em regra, os sujeitos que são capturados em flagrante e levados a cumprir prisão preventiva, normalmente são aqueles que estão na superfície do tráfico, quais sejam os pequenos traficantes, que ainda possuem a primariedade e não apresentam grandes riscos a população. Deste modo, cumpre destacar que os grandes traficantes, ou seja, aqueles que de fato patrocinam o tráfico e estão enquadrados em classes sociais mais abastadas, raramente são submetidos ao cárcere, concluindo-se que a lei não é similar para todos¹⁷⁴.

Por outro prisma, o Ministro Marco Aurélio em seu voto posiciona-se de forma diversa da maioria dos Ministros já citados, optando por denegar a ordem para declarar a constitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas. Segundo suas concepções, a declaração de inconstitucionalidade do referido artigo seria um retrocesso para a nossa sociedade, vez que a discricionariedade que o Magistrado passaria a ter, possibilitaria uma flexibilização para o próprio tráfico de drogas, ou seja, seria o epílogo da tranquilidade comunitária, que ficaria a mercê do contrabando ilegal de entorpecentes¹⁷⁵.

Para além do exposto, ressalta que o constituinte foi preciso ao tratar sobre a inafiançabilidade do crime de tráfico, de modo que a expressão utilizada abarca por completo o gênero da liberdade provisória, independentemente de qualquer das espécies, seja ela com ou sem a fiança¹⁷⁶.

Ao final do julgamento colegiado, o Ministro Presidente Ayres Britto oferece o seu voto, compactuando com o mesmo entendimento do Ministro Relator Gilmar Mendes. Em suas indagações o Presidente reitera a vedação completamente

¹⁷⁴ JESUS, M. G. M. et al. **Prisão Provisória e Lei de Drogas – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2011. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/publicacao/priso-provisoria-e-lei-de-drogas/>. Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104339/SP - São Paulo. Tribunal Pleno. Paciente: Márcio da Silva Prado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJ 10 mai. 2012. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁷⁶ *Idem*.

abstrata do art. 44 da Lei de Drogas, vez que, apesar de trata-se de um crime hediondo, a ameaça à ordem pública deve ser analisada caso a caso, pois na grande maioria das vezes, como foi dito pelo Ministro Cezar Peluso, os sujeitos capturados em flagrante pelo comércio ilegal de entorpecentes são pequenos traficantes que não oferecem riscos exorbitantes a população¹⁷⁷.

Deste modo, em que pese tenham existido votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Luiz Fux direcionados a denegar a ordem. Diante da maioria dos votos do Tribunal, firmou-se, mediante decisão, a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, razão pela qual a partir daquele momento seria permitida a concessão da liberdade provisória, desde que o capturado não atendesse as condições presentes no art. 312 do Código de Processo Penal para que fosse decretada a prisão preventiva¹⁷⁸.

4.1.2 Os Efeitos do Habeas Corpus n.º 104.339 no Mundo Jurídico

Conforme foi exposto, após o julgamento do Habeas Corpus n.º 104.339, ficaria sob a incumbência do Magistrado observar as condições dispostas no Código de Processo Penal para realizar a aplicação da segregação cautelar ou, se fosse o caso, a concessão da liberdade provisória para o sujeito capturado por contrabando de entorpecentes.

Como a decisão foi proferida em 10 de maio de 2012, todos os acusados pelo crime de tráfico que se encontravam presos preventivamente em decorrência do art. 44 da Lei de Drogas, poderiam pleitear, por meio de suas defesas, através de provocação do Judiciário, a reavaliação dos seus casos com os respectivos Magistrados, para que então pudessem vislumbrar a referida benesse se atendessem os requisitos dispostos em lei.

Entretanto, é imperioso salientar acerca dos efeitos do julgamento desse Habeas Corpus, pois possibilitaram a sua difusão mundo jurídico e, por esta razão, causa até hoje grande insegurança quando o assunto é liberdade provisória.

Em que pese a *insigne* deliberação tenha ocorrido a aproximadamente dez anos, é auspicioso enfatizar que a referida decisão, em tese, não deveria gozar

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104339/SP - São Paulo. Tribunal Pleno. Paciente: Márcio da Silva Prado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJ 10 mai. 2012. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 24 out. 2022.

¹⁷⁸ *Idem*.

de efeito *erga omnes*, ou seja, não deveria vincular a todos os sujeitos¹⁷⁹. Como pode se ater do transcurso de todo o julgamento, a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n.º 11.343/2006 ocorre por via incidental, que nada mais é do que uma possibilidade fomentada pela própria Carta Magna em seu art. 102, I, a, na qual o Supremo Tribunal Federal, por meio de um caso concreto, pode declarar a incompatibilidade de determinada lei ou ato normativo Federal ou Estadual com a Constituição da República, senão vejamos¹⁸⁰:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Destaca-se, que a declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso possui o objetivo de atender a um único requerimento, qual seja, o da ação que está sendo discutida *in casu*. Logo, depreende-se que o referido controle de constitucionalidade pode ser auferido por qualquer Tribunal ou Magistrado, independentemente do grau de jurisdição, desde que a possível incompatibilidade com a Lei Maior seja refutada por um dos litigantes, no intuito de solucionar a questão principal do processo que está sendo afligida pela assimetria jurídica¹⁸¹.

Deste modo, conclui-se que os efeitos decorrentes do controle incidental afetam apenas o processo no qual foi suscitada a inconstitucionalidade e as suas partes envolvidas, não havendo que se falar em vinculação de outras demandas judiciais.

Conforme se observa da análise atual do texto da Lei n.º 11.343/2006, é notório a presença do termo “liberdade provisória” em seu artigo 44, ou seja, após dez anos do julgado a expressão não foi excluída das disposições da Lei de Drogas. Tal fato ocorre, justamente porque a decisão foi proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, logo para que houvesse a exclusão definitiva do referido

¹⁷⁹ CRUZ, Rosemere Maia Verônica Cruz. **Saberes Plurais: Produção acadêmica em Sociedade, Cultura e Serviço Social**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ: Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, 2020, p. 63. Disponível em: [CCNC-digital-v6.pdf \(ufrj.br\)](#). Acesso em: 28 out. 2022.

¹⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](#). Acesso em: 12 out. 2022.

¹⁸¹ BRASIL. Ministério Público do Estado de Goiás. Nota Técnica n.º 01/2012. Apresenta a posição contrária do CAOCRIM à decisão do Habeas Corpus n.º 104.339/SP. Disponível em: [NOTA TECNICA \(mpgo.mp.br\)](#). Acesso em: 28 out. 2022.

artigo do ordenamento jurídico, a decisão deveria ser emitida diante do controle concentrado¹⁸².

Apesar de possuírem a mesma finalidade, ou seja, alcançar a declaração de inconstitucionalidade. De maneira diversa do controle difuso, o controle concentrado é realizado por meio de ações autônomas que tem como mérito principal atestar essa incompatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição, quais sejam elas: a ADI genérica (Ação Direta de Inconstitucionalidade), ADI por omissão, ADI interventiva e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)¹⁸³.

Na hipótese de sucesso dessas ações, os efeitos que dela irão advir serão de eficácia *erga omnes*, ou seja, vincularão a todos os indivíduos e terão aplicação *ex tunc*, portanto, natureza retroativa, logo significa que os efeitos decorrentes do julgamento irão repercutir desde o princípio do processo que deu origem a norma, alterando todas as demandas que por ela foram modificadas¹⁸⁴.

Por esta razão, principalmente para uma parcela dos Ministros do STF, entendia-se que conceder uma eficácia *erga omnes* a uma demanda que ocorreu em face do controle incidental, configurava uma premente mácula do controle de constitucionalidade, além da promoção da pulverização das funções e da configuração dos três Poderes do Estado, levando a fatal violação do princípio basilar da segregação dos poderes, permitindo, portanto, à míngua do Sistema de Freios e Contrapesos, devido ao mero ativismo judicial avivado.

Nesse diapasão, ainda que sucessivas vezes, as deliberações de controle incidental julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, somente poderiam adquirir caráter vinculativo (*erga omnes*) sob as entidades da Justiça, se posteriormente, mediante aquiescência dos Ministros, conforme traduz o art. 103-A da CF/88

¹⁸² CRUZ, Rosemere Maia Verônica Cruz. **Saberes Plurais: Produção acadêmica em Sociedade, Cultura e Serviço Social**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ: Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, 2020, p. 63. Disponível em: [CCNC-digital-v6.pdf \(ufrj.br\)](#). Acesso em: 28 out. 2022.

¹⁸³ ALBUQUERQUE, Priscilla Batista. **A Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal**. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF, 30 mai. 2017. Disponível em: [Conteúdo Jurídico | A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal \(conteudojuridico.com.br\)](#). Acesso em: 28 out. 2022.

¹⁸⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. Editora Atlas. São Paulo. 2009. p. 207.

inserida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, fosse editada e divulgada Súmula Vinculante. Vejamos¹⁸⁵:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Entretanto, em sentido oposto ao que foi exteriorizado acima, apesar da Constituição prever a possibilidade de produção de eficácia *erga omnes* somente mediante a edição de Súmula Vinculante, quando houverem repetidas deliberações sobre a mesma matéria constitucional. Por meio da mutação constitucional do art. 52, X da CF/88, o STF passou a acolher a Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade.

A Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade busca dilatar a eficácia das deliberações, possibilitando além da vinculação do caso concreto, a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário. Segundo essa teoria, se mediante controle difuso de inconstitucionalidade, em sede de Plenário, o Supremo Tribunal Federal proferir julgamento no sentido de declarar a incompatibilidade constitucional de uma lei ou ato normativo Federal ou Estadual, esse veredito possuirá força equivalente ao controle concentrado de constitucionalidade, qual seja a produção de eficácia *erga omnes*, além de efeito vinculativo¹⁸⁶.

Sendo assim, por meio da reinterpretação do art. 52, X da CF/88, que prevê *in verbis*¹⁸⁷:

¹⁸⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 12 out. 2022.

¹⁸⁶ ALBUQUERQUE, Priscilla Batista. **A Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal**. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF, 30 mai. 2017. Disponível em: [Conteúdo Jurídico | A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal \(conteudojuridico.com.br\)](http://conteudojuridico.com.br). Acesso em: 28 out. 2022.

¹⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 12 out. 2022.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Passou-se a entender que o dever do Senado Federal é de apenas promover a difusão da decisão prolatada pela Corte Suprema, sendo dever do STF somente comunicar ao Órgão Federal sobre a sua decisão¹⁸⁸.

Em que pese houvesse o embate doutrinário acerca dessa concepção, visando atender aos diversos princípios constitucionais, tais como o da Supremacia Constitucional, efetividade constitucional, e, em especial, o princípio da uniformização das decisões, os demais Tribunais das jurisdições inferiores passaram a ter que seguir o mesmo entendimento do STF, haja vista que este é o hermeneuta proeminente da Carta Magna.

4.1.2.1 HC n.º 82.959: Primeiro Caso Penal Modulado pela Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade

É auspicioso enfatizar, que o primeiro caso penal no qual foi utilizada a Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade não foi o HC n.º 104.339, mais sim o HC n.º 82.959, que declarou inconstitucional, em sede de Tribunal Pleno do STF, o §1º, do art. 2º da Lei n.º 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que possuía em suas previsões a proibição à progressão de regime para aqueles acusados pela realização de crimes classificados como hediondos¹⁸⁹. Vejamos¹⁹⁰:

EMENTA: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 -

¹⁸⁸ ALBUQUERQUE, Priscilla Batista. **A Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal**. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF, 30 mai. 2017. Disponível em: [Conteúdo Jurídico | A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal \(conteudojuridico.com.br\)](http://conteudojuridico.com.br). Acesso em: 28 out. 2022.

¹⁸⁹ MARIA, Thaís Campos; JÚNIOR, José Augusto L. dos Santos. **O Controle Difuso de Constitucionalidade e o Julgamento da Reclamação n.º 4.335 – AC**. Revista Brasileira de Teoria e Constituição. Curitiba. v.2. 2016. p. 1175.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82959 / SP – São Paulo. Paciente: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DJ 23 fev. 2006, Tribunal Pleno. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](http://pesquisa.de.jurisprudencia-stf.com.br). Acesso em: 27 out. 2022.

INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

(HC 82959, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795)

Destaca-se, que esta decisão, proferida em sede habeas corpus, por declarar inconstitucional o referido dispositivo mediante controle difuso, deveria apenas proporcionar uma eficácia *inter partes*, logo vinculando apenas os litigantes do processo.

Mas, analisando cuidadosamente a demanda, será possível perceber que o Supremo Tribunal Federal, através da utilização do art. 27 da Lei n.º 9.868/98, e mediante o cumprimento dos requisitos necessários – quais sejam, o interesse público ou a segurança jurídica¹⁹¹ –, modulou os efeitos da deliberação, vez que se tratava de uma declaração de inconstitucionalidade¹⁹².

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Como consequência, o uso do referido dispositivo provoca a vinculação, conforme já foi dito anteriormente, dos Tribunais de instâncias de jurisdição inferior, sendo imperativo que esses órgãos colegiados deliberem de acordo com o que foi decidido em sede de Controle Difuso no Habeas Corpus¹⁹³.

Por meio da instalação dessa teoria, chamada de Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade no STF, que os demais Tribunais e Magistrados de todo o país foram também vinculados a decidir em conformidade

¹⁹¹ BRASIL. **Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: [L9868 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 27 out. 2022.

¹⁹² BARROS, Luciano José Pinheiro; SANTOS, Gustavo Ferreira. **Modulação dos efeitos temporais nas decisões de controle difuso de constitucionalidade: da possibilidade do uso do art. 27 da lei 9.868/99 na defesa incidental da Constituição**. 2007. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em: [RI UFPE: Modulação dos efeitos temporais nas decisões de controle difuso de constitucionalidade: da possibilidade do uso do art. 27 da lei 9.868/99 na defesa incidental da Constituição](#). Acesso em: 27 out. 2022.

¹⁹³ *Idem*.

com o que foi deliberado pelo Supremo Tribunal no Habeas Corpus n.º 104.339. A partir daquele momento, o juiz passaria a ter o poder-dever, nos casos relacionados ao tráfico de drogas, de analisar os requisitos dispostos no art. 312 do CPP e, através de sua própria cognição, decidir se aplicaria uma segregação cautelar ou concederia a liberdade provisória sem fiança ao acusado.

4.2 A INSEGURANÇA JURÍDICA CAUSADA PELOS ENTENDIMENTOS REGIONAIS DISTINTOS ACERCA DO HC N.º 104.339 NA CONCEÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Ingressando agora no cerne da nossa discussão, há de se mencionar que a vinculação dos Tribunais quanto ao referido julgado, ocasionou uma consequência catastrófica na qual tentaremos atestar neste trabalho.

Em que pese a declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas seja um avanço incontestável em nosso ordenamento jurídico, vez que, como afirmado pelos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal no HC 104.339, a vigência do referido dispositivo infringia diversos princípios constitucionais – presunção de inocência, devido processo legal, dignidade da pessoa humana, entre outros – basilares para o Estado Democrático de Direito. É de suma importância evidenciar, que a partir dessa decisão e com a adesão à teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade, deu-se vazão a uma circunstância inquestionável de insegurança jurídica relacionada ao tema da liberdade provisória nos casos de flagrância enquadrados como tráfico de entorpecentes.

Ao conceder as autoridades jurisdicionais o poder de verificar, em cada caso concreto, a existência de condições necessárias para a imposição de medidas cautelares, dentre elas a prisão preventiva, prevista no Código de Processo Penal. Outorgou-se a esses Magistrados também a possibilidade de serem discricionários, ou seja, possuírem a liberdade de deliberar conforme suas próprias convicções, desde que estejam dentro dos limites estipulados pela lei.

A possibilidade da discricionariedade, por questões óbvias, é inerente ao júízo criminal, vez que existe uma variedade imensurável de crimes e situações diferentes que, de igual forma, devem ser analisadas e julgadas de maneira distintas uma das outras.

Entretanto, essa discricionariedade deixar de ser benéfica a partir do momento em que se introduz com ela no sistema jurídico uma insegurança e imprevisibilidade nos julgamentos. É o que ocorre atualmente no Brasil, quando o assunto é a liberdade provisória nos casos referentes ao tráfico de drogas. Sabe-se, de forma inevitável, que há situações em que o indeferimento da referida provisoriedade é indiscutível, vez que ali estão mais do que configurados os critérios estabelecidos pelo art. 312 do CPP, *in verbis*¹⁹⁴:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Logo, existem casos em que a conversão da prisão em flagrante em custódia preventiva é medida que evidentemente se impõe, diante do perigo iminente que o sujeito pode proporcionar a ordem pública e econômica, assim como também ao próprio processo, na hipótese de encontra-se em liberdade. Exemplo nítido, é quando estão presentes as características da reincidência, maus antecedentes, ausência de emprego lícito e ausência de residência fixa, além da alta quantidade apreendida de substância entorpecente.

No entanto, existem outras circunstâncias em que é exigido do Magistrado um grau maior de cognição, pois forma-se uma linha tênue entre a conduta praticada pelo sujeito e o que a legislação traduz. A referida situação pode ser observada quando, apesar da quantidade de droga apreendida, o sujeito não oferecer, diante do seu histórico social, grande ameaça à ordem pública, entretanto, ainda assim é de extrema complexidade a identificação dos requisitos trazidos pela lei.

¹⁹⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [Del3689Compilado \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 010 jun. 2022.

Partindo deste pressuposto, mediante uma análise jurisprudencial dos Tribunais das diferentes regiões do país, é possível perceber uma cabal discrepância entre os julgados de cada unidade federativa, de modo que em uma circunstância com determinadas características em um tribunal é julgado concedendo a liberdade provisória para o sujeito, em outro Estado Membro o entendimento já é contrário, anuindo a conversão do flagrante em custódia preventiva.

4.2.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça possui um entendimento semelhante ao que traduz o Supremo Tribunal Federal em suas deliberações. Durante a pesquisa, identificou-se que a Corte Superior tende a conceder a ordem aos habeas corpus que foram denegados pelos Tribunais de Instâncias inferiores, em razão da quantidade de droga apreendida de forma isolada, desde que estejam cumulados requisitos minimamente razoáveis para concessão do benefício da liberdade provisória.

Analisando as decisões, tem-se como condições para a aplicação de medidas diversas da segregação cautelar, a primariedade do paciente – que não pode possuir nenhuma condenação anterior transitada em julgado –, assim como também, não dispor de maus antecedentes, deter ocupação lítica, residência fixa¹⁹⁵, bem como ter exercido a prática ilícita mediante ausência de violência ou grave ameaça, e por fim, a quantidade de droga apreendida, senão vejamos¹⁹⁶:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. LIMINAR CONFIRMADA 1. A prisão preventiva deve ser imposta somente como última ratio. Existindo medidas alternativas capazes de garantir a ordem pública e evitar reiteração delitiva, deve-se preferir a aplicação dessas em detrimento da segregação extrema.
2. Embora tenha sido o paciente surpreendido com substâncias entorpecentes, a quantidade da droga apreendida não se mostra relevante

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 588538 / SP. Paciente: Marcos Vinicius Gomes de Almeida. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior - Sexta Turma. Brasília, DJ 01 set. 2020. Disponível em: [STJ - Consulta Processual](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

¹⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 515218/SP. Paciente: Ohan Pedro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma. Brasília, DJ 01 set. 2020. Disponível em: [STJ - Consulta Processual](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

para denotar uma periculosidade exacerbada na traficância a ponto de justificar o emprego da cautela máxima, notadamente, considerando-se a primariedade, os bons antecedentes e a situação atual de pandemia decorrente do novo coronavírus, a qual torna a prisão preventiva ainda mais excepcional.

3. Ordem concedida, confirmando-se a liminar, para determinar a liberdade provisória do paciente, devendo o Magistrado a quo substituir a prisão preventiva, salvo se por outro motivo estiver preso, de maneira fundamentada, por medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, ressalvando-se, ainda, a possibilidade de decretação de nova prisão, por decisão fundamentada, caso demonstrada concretamente a sua necessidade

(HC n. 588.538/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 1/9/2020, DJe de 9/9/2020.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRIMARIEDADE. PEQUENA QUANTIDADE APREENDIDA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

2. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.

3. A segregação cautelar do paciente foi decretada sem elementos suficientes que justifiquem a imprescindibilidade da medida para a garantia da ordem pública. A par disso, é de se notar que nem mesmo a quantidade de drogas apreendidas - 3,92g de cocaína - não pode ser considerado determinante para o total afastamento da acusada do meio social. Ainda, ao que tudo indica, trata de acusado primário, com 18 anos de idade, e não há qualquer dado indicativo de que esteja envolvido de forma profunda com a criminalidade, circunstâncias essas que, considerando a ausência da demonstração de periculosidade do agente, acena para a possibilidade de acautelamento deste caso por meio de outras medidas mais brandas.

4. A finalidade específica do cárcere cautelar deve ser a de possibilitar o desenvolvimento válido e regular do processo penal.

Vale dizer, somente há de ser decretado quando houver nos autos elementos concretos que indiquem a real possibilidade de obstrução na colheita de provas, ou a real possibilidade de reiteração da prática delitiva, ou quando o agente demonstre uma intenção efetiva de não se submeter à aplicação da lei penal, o que não se verifica na espécie. Ausentes, portanto, razões que justifiquem a prisão preventiva do recorrente, com base nas hipóteses excepcionais do art. 312 do CPP, sendo possível o acautelamento por meio de outras medidas mais brandas.

5. Ordem concedida, de ofício, para assegurar ao paciente a liberdade provisória, mediante a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

(HC n. 515.218/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/8/2019, DJe de 30/8/2019.)

Segundo dizeres do próprio STJ, a quantidade de droga apreendida analisada isoladamente, não possui o condão de levar um acusado a custódia cautelar¹⁹⁷.

Através dos estudos, identificou-se que o Tribunal Superior tenta assiduamente reparar as decisões proferidas pelas Jurisdições Inferiores, que passaram a rejeitar e aceitar discricionariamente os pedidos de liberdade provisória, embasando-se única e exclusivamente na quantidade de entorpecentes transportados no momento do flagrante. Também é notório, que os Tribunais das Unidades Federativas impõem a prisão preventiva com base na abstrata gravidade do crime de tráfico, qual seja o mal proporcionado a saúde pública.

Em que pese seja um argumento a ser levado em consideração, o próprio Supremo Tribunal Federal já deliberou acerca da referida questão, através Habeas Corpus n.º 125.957 de Relatoria do Ministro Luís Fux, por meio do qual a Corte Suprema passa a afugentar a aplicação da prisão preventiva motivada pelo perigo abstrato promovido pelo delito ou mediante o emprego de artifícios argumentativos que seriam cabíveis para qualquer circunstância¹⁹⁸.

Destaca-se, que a preventiva é uma medida de caráter excepcional, que não pode ter a finalidade trocada com o *carcer ad poenam*, ou seja, confundida com o cárcere de caráter punitivo, pois a segregação cautelar objetiva unicamente o caminhar ajustado e legítimo do processo criminal. Logo, apenas há de ser imposta mediante fundamentação irrefutável, como o possível prejuízo a produção de provas, a repetição da conduta criminosa, participação em associação criminosa ou, por fim, se o acusado aparentar não seguir as leis que regem o presente ordenamento jurídico.

Deste modo, conforme traduz a Corte Suprema, na qual o STJ compactua do mesmo entendimento, para que a segregação cautelar seja declarada, faz-se necessário a presença de elementos motivadores retirados do próprio caso concreto, de modo que seja fundamentada a essencialidade de sua imposição.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias - Terceira Seção discute se quantidade ou natureza da droga apreendida podem afastar tráfico privilegiado. Disponível em: [STJ discute se volume de droga impede redução da pena](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 125957 / SP - São Paulo. Paciente: Jeferson Ribeiro Batista. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DJ 24 fev. 2015. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

4.2.2 A Divergência de Entendimento dos Tribunais de Justiça e a Insegurança Jurídica decorrente de suas Deliberações

Diante dos estudos, observou-se que a grande maioria dos acusados que são levados ao cárcere pelo crime de tráfico de drogas, são provenientes de prisão em flagrante e principalmente pela conversão do flagrante em prisão preventiva.

Entretanto, após uma extensa pesquisa, acerca da concessão da liberdade provisória nos casos relacionados ao tráfico de entorpecentes, constatou-se, que apesar da declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas ter ocorrido em 2012, ou seja, a aproximadamente 10 (dez) anos, fato que tornou possível a concessão da liberdade provisória para práticas criminosas enquadradas como tráfico. A referida benesse continua não sendo concedida aos acusados em juízo de primeiro grau e nas audiências de custódia, ainda que o acusado possua ainda a sua primariedade, bons antecedentes e demais requisitos, de modo que, se concedida, é feita a duras penas¹⁹⁹.

Denota-se deste severo posicionamento, que ainda se encontra enraizado o entendimento que antecede o julgado do Supremo Tribunal Federal com relação a concessão da liberdade e a observância dos requisitos fixados no art. 312 do CPP para efetivação de uma possível segregação cautelar. A maioria das decisões que vedam a liberdade provisória, nos casos em que são investigados a conduta ilegal de tráfico de entorpecentes, são fundamentadas por um discurso neutralizador do combate as drogas, por meio do qual observa-se a tentativa de reprimir a disseminação desse mal na sociedade.

Por tal razão, há um número massivo de Habeas Corpus impetrados em sede de segundo grau, diante dos Tribunais de Justiça, na tentativa de reverter as decisões que denegaram liberdade se motivo plausível que de fato justifique a segregação cautelar. A partir deste ponto, percebe-se que há uma cabal insegurança, vez que não há uma uniformização das decisões dos diferentes tribunais do país, senão vejamos os dois julgados abaixo:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. MOTORISTA DE TÁXI PRESO EM FLAGRANTE QUANDO TRANSPORTAVA EM SEU TÁXI QUASE QUINHENTOS GRAMAS DE

¹⁹⁹ _____, **Revista da Escola Superior - Defensoria Pública do Estado do Maranhão**. São Luís/MA. Disponível em: [miscelaneas43811.pdf \(pensamientopenal.com.ar\)](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

CRACK. CONFIGURAÇÃO DO PAPEL DE "MULA" DO TRÁFICO. NOVICIADO TRAUMATIZANTE. RÉU PRIMÁRIO E COM CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA MONITORADA ELETRONICAMENTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1 Paciente acusado de infringir o artigo 33, combinado com 40, inciso V, da Lei 11.343/2006, depois de ter sido preso em flagrante quando transportava em seu táxi um tablete de crack pesando cerca de quinhentos gramas, trazidos de Goiás para o Distrito Federal. 2 Nada obstante a extrema gravidade do crime, a impetração demonstra que o paciente é taxista em Goiás há mais de oito anos, confessou candidamente o crime, alegando que transportara a droga pela primeira vez na vida, premido por dificuldade financeira, depois de ter sido indicado por um cliente do táxi usuário de drogas. Tem endereço fixo e família constituída que dele depende para sobreviver e as circunstância do flagrante denotam o papel de "mula" do tráfico e a notória improvisação da conduta, típica do noviciado no submundo sombrio das drogas. Não há indicação clara de que a sua liberdade ofereça risco à ordem pública e a primariedade lhe assegure o direito de responder em liberdade, mediante a imposição de medidas cautelares alternativas à prisão. 3 Ordem parcialmente concedida: liberdade provisória clausulada.

(Acórdão 1131949, 07168023620188070000, Distrito Federal, Relator: GEORGE LOPES, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 18/10/2018, publicado no DJE: 24/10/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

HABEAS CORPUS. ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06. ALEGA A IMPETRANTE O CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO DECRETO PRISIONAL E DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA. SUSTENTA-SE AINDA, QUE O PACIENTE POSSUI CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE. POSTULA-SE O RELAXAMENTO DA PRISÃO COM OU SEM APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. Segundo as informações prestadas pela Vara Criminal de Araruama, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva e os indícios de autoria e materialidade do delito encontram-se presentes. Notícia ainda, ter a captura da paciente ocorrido em localidade dominada pelo tráfico de drogas liderado por facção criminosa que possui alto poderio bélico. Comunica a autoridade coatora, que os agentes da lei encontraram com o paciente 1,6 g de Crack distribuídos em 20 sacolés embalados e prontos para revenda, com etiquetas de papel com a descrição da referida facção. Por fim, informa que o feito encontra-se aguardando o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. Decisão devidamente fundamentada nos termos dos artigos 93, IX, da CR/88 e 315 do CPP. Não há qualquer ilegalidade a ser sanada no decisum a quo, considerando ser gravíssimo o crime imputado ao paciente com pena máxima de reclusão superior a quatro anos, descabendo ainda, a aplicação do artigo 319 pelos mesmos motivos. Depreende-se dos autos, que a segregação cautelar se mostra devidamente adequada e necessária, em face da presença do 'fumus comissi delicti' e 'periculum libertatis', por haver indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime. Desse modo, a segregação cautelar mostra-se devidamente adequada e necessária para acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, garantindo-se, assim, a ordem pública, a aplicação da lei penal, bem como a conveniência da instrução criminal. Descabe ainda, a alegação de ofensa ao princípio da homogeneidade por trata-se de análise a ser feita num futuro julgamento. As alegadas condições pessoais do paciente não se mostram obstáculo à constrição cautelar, desde que presentes os pressupostos e condições previstas na norma. Presentes os requisitos previstos no artigo 312 e 313, I do Código de Processo Penal. Ausência do constrangimento ilegal apontado. Ordem denegada.

(HC n.º 0040016-64.2018.8.19.0000. Rio de Janeiro. Relator: Des(a). SUELY LOPES MAGALHÃES, 8ª Câmara Criminal, Julgamento: 05/09/2018)

Conforme pode se ater de ambos os julgados acima, o primeiro foi proferido pelo TJ do Distrito Federal e dos Territórios e o segundo foi proferido pelo TJ do Rio de Janeiro. Ao analisar minuciosamente ambas as decisões, será possível perceber que na primeira, em audiência de custódia o acusado teve seu flagrante convertido em preventiva, em razão de tráfico interestadual de drogas, no qual transportava uma quantidade relativamente alta que totaliza 498,8g (quatrocentos e noventa e oito gramas e oito decigramas) de crack. Entretanto, em que pese a exorbitante quantidade, destaca-se as demais circunstâncias, quais sejam a primariedade do sujeito, assim como também sua residência fixa, constituição de família e ocupação lícita, qual seja a profissão de taxista²⁰⁰.

Em contrapartida, no segundo julgado, de igual forma, o flagrante foi convertido em prisão preventiva pelo juízo de primeiro grau, entretanto o sujeito transportava uma quantidade comparativamente inferior de entorpecente, totalizando 1,6g (um grama e seis decigramas) de Crack, possuindo, inclusive, sua primariedade intacta, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa²⁰¹.

Deste modo, imediatamente observa-se, que apesar de ambos os sujeitos se encontrarem em condições socialmente equiparáveis perante a lei, alterando apenas a quantidade de droga apreendida, ainda assim, a Relatora Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu pela segregação cautelar do sujeito, vez que, embora fosse primário, este apresentava risco a ordem pública diante dos indícios de autoria e materialidade do crime, sendo a prisão preventiva uma média necessária.

Entendimento diferente incorreu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que apesar dos possíveis danos que o acusado poderia causar a

²⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Habeas Corpus-Criminal n.º 0716802-36.2018.8.07.0000. Paciente: Victor Hugo Ferreira Sales. Coator: Juízo da Segunda Vara de Entorpecentes do Distrito Federal. Relator: Des. George Lopes - 1ª Turma Criminal. Distrito Federal, DJ 24 out. 2018. Disponível em: [1131949 \(2\).pdf](#) ou [SISTJWEB \(tjdf.jus.br\)](#). Acesso em: 03 nov. 2022.

²⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro. Habeas Corpus n.º 0040016-64 - Proc. n.º 0040016-64.2018.8.19.0000. Paciente: Sidnei da Conceição. Coator: Juízo de Direito da Central de Custódia da Comarca da Capital. Relatora: Desª. Suely Lopes Magalhães - Oitava Câmara Criminal. Rio de Janeiro, DJ 06 set. 2018. Disponível em: [TJRJ.pdf](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

saúde pública mediante as suas práticas, em razão de suas condições sociais, responderia o processo em liberdade, devendo ser concedida a liberdade provisória.

Através do comparativo entre esses dois processos é possível perceber que não há nas decisões um parâmetro lógico para a concessão ou não da liberdade provisória, ficando ao simples cargo da cognição do Juiz ou Desembargador se a referida benesse é cabível ou não ao caso concreto. Logo, cria-se uma enorme insegurança jurídica nos flagrantes por tráfico de drogas, pois ainda que sejam boas as circunstâncias sociais que o acusado possuir, a depender do local em que o sujeito for capturado pela autoridade policial, pode ter a sua liberdade provisória deferida ou não.

Por fim, é auspicioso enfatizar, no que se refere ao processo que encontrava-se tramitando no TJRJ, que devido à denegação da ordem, foi impetrado novo Habeas Corpus (HC n.º 472.239 - RJ) no Superior Tribunal de Justiça, no intuito de reverter prisão preventiva imposta. Em que pese o Habeas Corpus não tenha sido conhecido pela Corte Superior, revogou-se, de ofício, a prisão preventiva, aplicando-se medidas diversas da prisão, fundamentando a decisão no caráter excepcional da segregação cautelar, de modo que não foi configurado no caso concreto a estrita necessidade de imposição do referido instituto.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto no presente trabalho e em seu desenvolvimento, observa-se que a pauta do tráfico de substâncias entorpecentes traz para o ordenamento jurídico grande insegurança, em razão de toda a complexidade da matéria, sendo, inclusive, um dos crimes responsáveis pelo fenômeno denominado encarceramento em massa.

Através das elucidações realizadas, foi possível perceber que existe na Lei de Drogas uma similaridade entre alguns verbos do tipo penal do art. 28 (usuário) e do tipo penal do art. 33 (traficante), fato este que dificulta a classificação de ambos os crimes no momento de uma captura. Em que pese a legislação vigente (Lei n.º 11.343/06) disponha de meios para promover a distinção dos dois delitos mencionados, através do seu art. 28, §2º, o método de análise utilizado não é eficiente, pois, ainda assim, o Magistrado e a Autoridade Policial ficam sujeitos a incorrer em erro na classificação do flagrante, dando voz de prisão a um agente que em hipótese alguma poderia ser encarcerado, qual seja o usuário de drogas.

A situação supracitada enseja no exponencial aumento do número de encarcerados no Brasil, tendo em vista grande margem de punibilidade, se um usuário de drogas foi enquadrado erroneamente no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, este poderá ser submetido a prisão, com a possibilidade de cumprimento de pena no período de 5 a 15 anos, diferentemente de como ocorreria se fosse enquadrado no crime que de fato cometeu, ou seja, o crime de porte para o consumo pessoal.

Logo, o que separa um usuário de ser classificado como traficante são distinções subjetivas incapazes de definir com precisão o crime correto que fora cometido.

Como se não bastasse a própria insegurança jurídica decorrente dessa extensa margem de punibilidade que leva a discricionariedade do Magistrado na classificação dos crimes de tráfico e usuário de drogas, atualmente é perceptível a clara insegurança jurídica também no que diz respeito a concessão da liberdade provisória em âmbito regional.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal em sede de Habeas Corpus n.º 104.339 no Plenário, tenha deliberado e declarando, via controle difuso, a inconstitucionalidade da vedação abstrata do art. 44 da Lei de Drogas, fato este que

foi considerado um avanço no campo jurídico. Houve uma consequência, que apesar de ser minuciosa e de difícil identificação, vez que é preciso uma análise jurisprudencial regional, observou-se a ausência de uniformidade das decisões em cada Tribunal de Justiça da Federação.

Nesse interim, atestou-se que em situações análogas, onde os acusados possuem os mesmos históricos sociais, variando apenas a quantidade de droga, Tribunais de diferentes regiões do país decidem de forma oposta, um concedendo a liberdade provisória e o outro denegando. Com a percepção de tal fato, conclui-se que se um sujeito que foi detido e enquadrado no crime de tráfico, a depender do Estado Federativo que se encontre quando for capturado, terá sua liberdade provisória denegada ainda que porte ínfima quantidade de substância entorpecente, ou concedida, ainda que carregue consigo grandes quantidades, não existindo um parâmetro uniforme entre os Tribunais.

Tendo em vista toda a circunstância que ronda o instituto da liberdade provisória no país, é auspicioso enfatizar diante da situação, que é a insegurança sob o tema somada a extensa margem de punibilidade dos tipos penais dos arts. 28 e 33 da Lei de Drogas que levam a discricionariedade do magistrado, pode provocar não só, no momento do flagrante, a classificação equivocada do delito, acarretando a prisão ilegal do sujeito, mas também na impossibilidade de concessão do alvará de soltura a depender do Estado no qual o flagranteado se encontre.

Sendo assim, conclui-se que o cenário de insegurança jurídica que se formou atualmente no Brasil em decorrência da extensa margem subjetiva de punibilidade da Lei de Drogas e a amplitude dos termos constantes no art. 312 do Código de Processo Penal, que definem as condições para aplicação da prisão preventiva nos casos relacionados ao tráfico de drogas, violam diversos princípios constitucionais e normas do ordenamento, em especial os princípios do devido processo legal, presunção de inocência, taxatividade, uniformização das decisões, entre outros, pilares para o Estado Democrático de Direito e um Direito de fato justo.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Priscilla Batista. A Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF, 30 mai. 2017. Disponível em: [Conteúdo Jurídico | A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e o Supremo Tribunal Federal \(conteudojuridico.com.br\)](http://conteudojuridico.com.br). Acesso em: 28 out. 2022.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução: Gernélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ARAUJO, Tarso. **Almanaque das drogas: um guia informal para o debate racional**. 2.ed. São Paulo: Editora Leya, 2014.

AVELINO, Victor Pereira. **A evolução da legislação brasileira sobre drogas**. Jus Navigandi. Disponível em: [A evolução da legislação brasileira sobre drogas - Jus.com.br | Jus Navigandi](http://jus.com.br). Acesso em: 26 mai. 2022.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris, 2007.

BAHIA, Secretaria de Educação do Estado. **O que são Drogas**. Educacao.ba.gov.br. Disponível em: [O que são drogas? | institucional \(educacao.ba.gov.br\)](http://educacao.ba.gov.br). Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [Constituicao-Compilado \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 11 set. 2022

BRASIL. **Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 676, de 28 de abril de 2022. Lista de Drogas Ilícitas**. Gov.br. Disponível em: [RDC 676 2022 .pdf \(www.gov.br\)](http://www.gov.br). Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: [Lei nº 11.343 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: Acesso em: 31 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: Lei nº 9.099 ([L9099 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br)). Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: [L6368 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: Acesso em: 31 mai. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: [L9868 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 385, de 26 de dezembro de 1968**. Disponível em: [L6368 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [DEL2848 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br). Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: [Del3689Compilado \(planalto.gov.br\)](http://Del3689Compilado(planalto.gov.br)). Acesso em: 010 jun. 2022.

BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: [Documento1 \(ufsm.br\)](http://Documento1(ufsm.br)). Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1571432 - Proc. 0001813-04.2018.8.12.0008 MS 2019/0258979-5. Agravante: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Agravado: Leandro Silva de Souza. Relatora: Laurita Vaz. Brasília, DJ 29 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 97463 – Minas Gerais. Paciente: José da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DJ 06 out. 2009. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82959 / SP – São Paulo. Paciente: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DJ 23 fev. 2006, Tribunal Pleno. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 100.831 – Minas Gerais. Paciente: Wallace Luciano Nobre Alves Palhares. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DJ 01 dez. 2009. Disponível em: [HC 100831 \(jurisprudencia.s3.amazonaws.com\)](http://HC100831(jurisprudencia.s3.amazonaws.com)). Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104339/SP - São Paulo. Tribunal Pleno. Paciente: Márcio da Silva Prado. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJ 10 mai. 2012. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 125957/SP - São Paulo. Paciente: Jeferson Ribeiro Batista. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DJ 24 fev. 2015. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 588538 / SP. Paciente: Marcos Vinicius Gomes de Almeida. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior - Sexta Turma. Brasília, DJ 01 set. 2020. Disponível em: [STJ - Consulta Processual](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 515218/SP. Paciente: Ohan Pedro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca - Quinta Turma. Brasília, DJ 01 set. 2020. Disponível em: [STJ - Consulta Processual](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Habeas Corpus-Criminal n.º 0716802-36.2018.8.07.0000. Paciente: Victor Hugo Ferreira Sales. Coator: Juízo da Segunda Vara de Entorpecentes do Distrito Federal. Relator: Des.

George Lopes - 1ª Turma Criminal. Distrito Federal, DJ 24 out. 2018. Disponível em: [1131949 \(2\).pdf](#). Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro. Habeas Corpus nº 0040016-64 - Proc. n.º 0040016-64.2018.8.19.0000. Paciente: Sidnei da Conceição. Coator: Juízo de Direito da Central de Custódia da Comarca da Capital. Relatora: Desª. Suely Lopes Magalhães - Oitava Câmara Criminal. Rio de Janeiro, DJ 06 set. 2018. Disponível em: [TJRJ.pdf](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. Ministério Público do Estado de Goiás. Nota Técnica n.º 01/2012. Apresenta a posição contrária do CAOCRIM à decisão do Habeas Corpus n.º 104.339/SP. Disponível em: [NOTA TÉCNICA \(mpgo.mp.br\)](#). Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Notícias - Terceira Seção discute se quantidade ou natureza da droga apreendida podem afastar tráfico privilegiado**. Disponível em: [STJ discute se volume de droga impede redução da pena](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal – Parte geral**. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1682.

BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. **Resistir para re-existir: criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. **Comentários Críticos à Lei de Drogas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 82.

BURTET, Jaíse. **Audiência de Custódia: um olhar sobre o controle de convencionalidade e a cultura punitivista no Brasil**. Revista da Defensoria Pública RS, Rio Grande do Sul, 18ª ed. 2017, p. 10 e 11.

BARROS, Luciano José Pinheiro; SANTOS, Gustavo Ferreira. **Modulação dos efeitos temporais nas decisões de controle difuso de constitucionalidade: da possibilidade do uso do art. 27 da lei 9.868/99 na defesa incidental da Constituição**. 2007. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em: [RI UFPE: Modulação dos efeitos temporais nas decisões de controle difuso de constitucionalidade: da possibilidade do uso do art. 27 da lei 9.868/99 na defesa incidental da Constituição](#). Acesso em: 27 out. 2022.

CASTRO, Alexander Rodrigues de; NETO, Silvio Toledo. **Os direitos da personalidade e a questão da constitucionalidade do crime de uso de drogas**. Revista Jurídica Cesumar. Maringá: v. 20, set./dez. 2020.

CARTA. Júlia Maria Casali. **Lei de drogas: dificuldades em estabelecer quem é o usuário e quem é o traficante**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: [Conteúdo Jurídico | Lei de drogas: dificuldades em estabelecer quem é o usuário e quem é o traficante \(conteudojuridico.com.br\)](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

CARVALHO, Salo; **Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **O Encarceramento Seletivo da Juventude Negra Brasileira: a Decisiva Contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015.

CARVALHO, Natália Oliveira de; MOREIRA, Alexandre Netto. **Política criminal de drogas no Brasil: Desvelando mitos e desconstruindo demônios**. Jus Navigandi, Disponível em: [Política criminal de drogas no Brasil. - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 28 mai. 2022.

CARNEIRO, Henrique Soares. **Transformações do significado da palavra "droga": das especiarias coloniais ao proibicionismo contemporâneo**. Repositório da Produção USP, São Paulo, 2005, p. 03. Disponível em: [ReP USP - Detalhe do registro: Transformações do significado da palavra "droga": das especiarias coloniais ao proibicionismo contemporâneo](#). Acesso em: 03 jun. 2022.

CAMPOS, Vanessa Correia. **O Usuário e o Traficante na Lei 11.343/2006: Uma análise sobre os critérios distintivos**. 2018. Tese (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador. Orientador: Professora Doutora Thaís Bandeira Oliveira Passos. Disponível em: [Universidade Federal da Bahia: O Usuário e o Traficante na Lei 11.343/2006: Uma análise sobre os critérios distintivos \(ufba.br\)](#). Acesso em: 04 jun. 2022.

DROGA. Dicio: **Dicionário Online de Português**. Disponível em: [Droga - Dicio, Dicionário Online de Português](#). Acesso em: 02 jun. 2022.

DROGA. **Michaelis On-line**. Disponível em: [Droga | Michaelis On-line \(uol.com.br\)](#). Acesso em: 02 jun. 2022.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. Editora Atlas. São Paulo. 2009. p. 207.

DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia & Racismo**. Curitiba: Juruá, 2011.

DUARTE, Maércio Falcão. **A evolução histórica do Direito Penal**. Jus Navigandi. Disponível em: [Evolução histórica do Direito Penal - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 27 mai. 2022

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 10ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008

FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Considerações Políticas sobre a Vedação Legal da Liberdade Provisória: Tensões e Consensos no Julgamento do Habeas Corpus 104.339 e o Contexto da Lei 12.403/2011. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. São Paulo. 2017. Disponível em: [Considerações Políticas sobre a Vedação Legal da Liberdade Provisória: Tensões e Consensos no Julgamento do Habeas Corpus 104.339 e o Contexto da Lei 12.403/2011 / Political Considerations on the Legal](#)

[Prohibition of the Provisional Freedom Benefit: Tensions and Consensus in the Trial of Habeas Corpus 104.339 and the Context of the Law 12.403/2011 | Ferreira | Revista Direito, Estado e Sociedade \(puc-rio.br\)](#). Acesso em: 24 out. 2022.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CRUZ, Rosemere Maia Verônica Cruz. **Saberes Plurais: Produção acadêmica em Sociedade, Cultura e Serviço Social**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ: Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, 2020. Disponível em: [CCNC-digital-v6.pdf \(ufrj.br\)](#). Acesso em: 28 out. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Volume I**. 21ª ed. São Paulo: Impetus, 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1990.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada: Lei nº 11.343, de 23 de outubro de 2006**. 2ª Edição. Revista dos Tribunais, 2006.

GODOY, Gabriella Talmelli. **Seletividade penal na Lei de Drogas - Lei n. 11.343/2006**. Jus Navigandi. Disponível em: [Seletividade penal na Lei de Drogas - Lei n. 11.343/2006 - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

JESUS, M. G. M. et al. **Prisão Provisória e Lei de Drogas – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2011. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/publicacao/priso-provisoria-e-lei-de-drogas/>. Acesso em: 24 out. 2022.

JURÍDICO, Equipe Âmbito. **A Lei nº 11.343/2006 e suas inovações no âmbito penal ao usuário de drogas**. Disponível em: [A Lei nº 11.343/2006 e suas inovações no âmbito penal ao usuário de drogas - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade \(ambitojuridico.com.br\)](#). Acesso em 05 set. 2022.

LAGES, Livia Bastos. **O sistema acusatório diante da prisão em flagrante: como o direito a defesa é exercido em fase de audiência de custódia?**. Revista Brasileira de Segurança Pública, Minas Gerais, v. 14, n. 1, 2020. Disponível em: [O sistema acusatório diante da prisão em flagrante: como o direito a defesa é exercido em fase de audiência de custódia? | Revista Brasileira de Segurança Pública \(forumseguranca.org.br\)](#). Acesso em: out. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª ed. Salvador: Juspodium, 2014.

LIMA, Eloisa Helena de. **Educação em saúde e uso de drogas: um estudo acerca da representação da droga para jovens em cumprimento de medidas educativas**. 2013. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde). Ministério da Saúde – Fundação Oswaldo Cruz – Centro de Pesquisa René Rachou. Orientador: Profa.

Dra. Celina Maria Modena. Disponível em: [T_53.pdf \(fiocruz.br\)](#). Acesso em: 03 jun. 2022.

MARCÃO, Renato. **Liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas**. Jus Navigandi. Disponível em: [Tráfico de drogas: STF declara a inconstitucionalidade da vedação de liberdade provisória - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 15 out. 2022.

MARIA, Thaís Campos; JÚNIOR, José Augusto L. dos Santos. **O Controle Difuso de Constitucionalidade e o Julgamento da Reclamação n.º 4.335 – AC**. Revista Brasileira de Teoria e Constituição. Curitiba. v.2. 2016.

MARQUES, Marcelo Pereira. **Da Possibilidade de Concessão de Liberdade Provisória aos Crimes Hediondos e Delitos Equiparados, Inclusive para Fatos Pretéritos**. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 26, 2007.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Revista Jurídica. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, dez. 2010.

MÔNICA, Hospital Santa. **Entenda de uma vez por todas a diferença entre usuário e dependente em drogas**. Disponível em: [Entenda de uma vez por todas a diferença entre usuário e dependente em drogas - Hospital Santa Mônica \(hospitalsantamonica.com.br\)](#). Acesso em: 03 jun. 2022.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O procedimento na lei de drogas**. Jusbrasil. Disponível em: [O procedimento na lei de drogas | Jusbrasil](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

MEDEIROS, Felipe Rocha de. **Traficante ou usuário de drogas? Como saber a diferença?**. Jusbrasil. Disponível em: [Traficante ou usuário de drogas? Como saber a diferença? | Jusbrasil](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

NETO, Francisco Sannini. **A prisão em flagrante e o usuário de drogas**. Jusbrasil. Disponível em: [A prisão em flagrante e o usuário de drogas | Jusbrasil](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza; **Código de Processo Penal Comentado**. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Daniel Nicory do. **Críticas ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Juspodivm, 2013.

PRADO, Daniel Nicory do. **A prática da audiência de custódia**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PAIVA, Guilherme. **A natureza jurídica da conduta incerta no art. 28 da lei de drogas: Apontamentos acerca dos institutos de despenalização e descriminalização.** Jusbrasil. Disponível em: [A natureza jurídica da conduta incerta no art. 28 da lei de drogas: | Jusbrasil](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

PORTELLA, Tiago Toledo. **Os critérios de distinção entre usuários e traficantes de drogas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** 2018. Tese (Bacharelado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Canela. Orientador: Professor Mestre Luiz Fernando Castilhos Silveira. Disponível em: [Os critérios de distinção entre usuários e traficantes de drogas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul \(ucs.br\)](#). Acesso em: 05 jun. 2022.

QUEIROZ, Paulo. **Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?** Disponível em: [Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização? – Paulo Queiroz](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas do Distrito Federal.** Tese de doutorado – Pós-Graduação, Universidade de Brasília, 2011. Orientador: Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Disponível em: [Repositório Institucional da UnB: A ilusão do proibicionismo : estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal](#). Acesso em: 11 set. 2022.

ROMÃO, Vinícius de Assis. **A aplicação de medidas cautelares pessoais em audiências de custódia: um olhar a partir da prisão em flagrante de pessoas em situação de rua.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 7, n. 1, 2021.

SATYRO, Rebeca Godoi de Medeiros. **Os critérios de distinção entre usuário e traficante estabelecidos pela Lei nº 11.343/06: uma análise dos impactos sociais causados pela política proibicionista.** 2016. Tese. (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília. Orientador: Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende. Disponível em: [Biblioteca Digital da Produção Intelectual Discente: Os critérios de distinção entre usuário e traficante estabelecidos pela Lei nº 11.343/06 : uma análise dos impactos sociais causados pela política proibicionista \(unb.br\)](#). Acesso em: 11 set. 2022.

SHIMIZU E CACICEDO. **Boletim Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.** São Paulo, 2016.

SOARES, Cleyton Rodrigues; BARBOSA, Karlos Alves. **Distinção entre usuário e traficante da lei de drogas: o critério subjetivo dessa definição e suas consequências.** Repositório Institucional - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021, p. 02. Disponível em: [Repositório Institucional - Universidade Federal de Uberlândia: Distinção entre usuário e traficante da lei de drogas: o critério](#)

[subjeto dessa definição e suas consequências \(ufu.br\)](#). Acesso em: Acesso em: 31 mai. 2022.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Lei antidrogas comentada: aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 47.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. Jus Navigandi. Disponível em: [Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 26 mai. 2022.

SILVA, Joyce Keli do Nascimento. O controle de substâncias ilegais: os tratados internacionais antidrogas e as repercussões sobre a legislação brasileira. CSOnline - **Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, Juiz de Fora, n. 20, 2015, p. 94-95. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/csonline/article/view/17400>. Acesso em: 27 mai. 2022.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. **Processo penal constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro, Revan, 2006.

_____. **Revista da Escola Superior - Defensoria Pública do Estado do Maranhão**. São Luís/MA. Disponível em: [miscelaneas43811.pdf \(pensamientopenal.com.ar\)](#). Acesso em: 02 nov 2022.