



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CAIO PAIVA BARRETO DE ARAÚJO**

**O CRITÉRIO QUANTITATIVO NA DISTINÇÃO ENTRE  
USUÁRIO DE DROGA E TRAFICANTE E A  
SELETIVIDADE DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL**

Salvador  
2022

**CAIO PAIVA BARRETO DE ARAÚJO**

**O CRITÉRIO QUANTITATIVO NA DISTINÇÃO ENTRE  
USUÁRIO DE DROGA E TRAFICANTE E A  
SELETIVIDADE DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL**

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. Dr. Daniel Nicory do Prado

Salvador  
2022

## TERMO DE APROVAÇÃO

CAIO PAIVA BARRETO DE ARAÚJO

### O CRITÉRIO QUANTITATIVO NA DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO DE DROGA E TRAFICANTE E A SELETIVIDADE DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL

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

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço inicialmente à Deus por ter me dado forças para chegar até aqui.

À minha família por todo apoio durante toda a jornada acadêmica.

À minha namorada Alice Pinho, aos amigos(as) Bernardo Calazans, Clara Magalhães, Ian Kevin, Maria Eduarda Cavalcante, Marianna Grandidier e Yuri Teixeira que fielmente estiveram comigo desde o início da graduação.

Agradeço em especial ao Professor Dr. Daniel Nicory, mestre orientador, pelos ensinamentos, paciência e ajuda na construção desse trabalho.

Ao Professor Vinícius Santana que me deu todo apoio e conhecimento metodológico necessário para que eu pudesse construir essa monografia.

*“Tudo o que um sonho precisa para ser realizado é alguém que acredite que ele possa ser realizado.”*

*Roberto Shinyashiki*

## RESUMO

Esse trabalho de pesquisa visa analisar a política de drogas nacional e mostrar sua ineficiência ante a prevenção e repressão, especialmente, do usuário de drogas. Nesse sentido, é feita uma análise histórica acerca da política proibicionista de drogas, iniciando no Brasil ainda no século XVII, e tendo seu estopim a nível mundial no século XX, após o período da Lei Seca americana, momento em que foi instituída no mundo a famosa guerra às drogas. Foi analisado o efeito que essa guerra gerou e as futuras consequências para os países do mundo, tanto os que seguiram uma política mais abolicionista como os que mantiveram o viés proibicionista. Posteriormente, como objetivo principal do trabalho, é analisada a Lei Federal nº 11.343/2006, a qual inova no tratamento do usuário de drogas, trazendo uma postura preventiva direcionada à questão da saúde pública. Para mais, a Lei de Drogas traz ainda uma inovação na diferenciação do usuário e do traficante, especialmente no que se refere às penas, prevendo uma despenalização, ou melhor, uma descarcerização ao tipo penal de porte de drogas para consumo pessoal (artigo 28). Em virtude dessa diferenciação, é analisado também os efeitos que isso acarreta na prática, principalmente no enquadramento do sujeito a cada tipo penal, visto que a lei possui uma redação bastante subjetiva e parecida tanto para o artigo 33 como para o artigo 28. Sobre essa subjetividade, o presente trabalho aborda um critério quantitativo objetivo como forma de dar maior segurança jurídica à distinção dos agentes e principalmente como forma de diminuir a seletividade – etiquetamento – que é realizado pelos agentes da lei em cima dos usuários de drogas. Noutra giro, é discutido a descriminalização do uso de drogas como forma de garantir a lei, no entanto, verifica-se que a descriminalização somente não basta, é necessário instituir um critério objetivo de determinabilidade. Dessa forma, o trabalho teve o condão de analisar todos esses institutos e trazer um olhar mais cuidadoso à aplicação dos critérios da lei, como forma de evitar a seletividade do direito penal, que acaba penalizando os meros usuários e beneficiando traficantes “privilegiados” por assim dizer.

**Palavras-chave:** Drogas; critério quantitativo; critério objetivo; Seletividade Penal; Lei nº 11.343/2006; traficante e usuários de drogas.

## ABSTRACT

This research work aims to analyze the national drug policy and show its inefficiency in terms of prevention and repression, especially against drug users. In this sense, a historical analysis is made about the prohibitionist drug policy, starting in Brazil in the 17th century, and having its trigger worldwide in the 20th century, after the American Prohibition period, when the famous war on drugs. The effect that this war generated was analyzed and the future consequences for the countries of the world, both those that followed a more abolitionist policy and those that maintained the prohibitionist bias. Subsequently, as the main objective of the work, the Federal Law nº 11.343/2006 is analyzed, which innovates in the treatment of drug users, bringing a preventive posture directed to the issue of public health. Furthermore, the Drug Law also introduces an innovation in the differentiation of the user and the dealer, especially with regard to penalties, providing for a decriminalization, or rather, a de-incarceration to the criminal type of possession of drugs for personal consumption (article 28). Due to this differentiation, the effects that this entails in practice are also analyzed, mainly in the framing of the subject to each criminal type, since the law has a very subjective and similar wording for both article 33 and article 28. About this subjectivity, the present work approaches an objective quantitative criterion as a way to give greater legal certainty to the distinction of agents and mainly as a way to reduce the selectivity - labeling - that is carried out by law enforcement officers over drug users. In another turn, the decriminalization of drug use is discussed as a way of guaranteeing the law, however, it appears that decriminalization alone is not enough, it is necessary to establish an objective criterion of determinability. In this way, the work had the power to analyze all these institutes and bring a more careful look at the application of the law's criteria, as a way to avoid the selectivity of criminal law, which ends up penalizing mere users and benefiting "privileged" traffickers, so to speak. to say.

**Keywords:** Drugs; quantitative criterion; objective criterion; Criminal Selectivity; Law nº. 11.343/2006; drug dealers and users.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CP	Código Penal
CF/88	Constituição Federal da
CONAD	Conselho Nacional
Antidrogas	
CPP	Código de Processo Penal
EUA	Estados Unidos da América
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MIN	Ministro
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre
Drogas	
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
§	Parágrafo

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 A EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE DROGAS PROIBICIONISTA</b> .....	<b>13</b>
2.1 <i>LABELLING APPROACH THEORY</i> E O SURGIMENTO DAS DROGAS.....	14
2.2 O CONTEXTO DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS NO SÉCULO XX.....	20
2.3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO BRASIL E NO MUNDO .....	23
<b>2.3.1 Da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 e a sua influência para o mundo</b> .....	<b>30</b>
<b>2.3.2 Da Política Nacional de Drogas</b> .....	<b>33</b>
<b>3 MATERIALIDADES NORMATIVAS DA LEI FEDERAL Nº 11.343/06 APLICADAS AO COMBATE DO TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO BRASIL</b> .....	<b>39</b>
3.1 DO ARTIGO 33 E DA CORRETA HERMENÊUTICA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES .....	42
<b>3.1.1 O artigo 28 e o desenvolvimento de uma postura racionalista quanto ao porte de drogas para consumo pessoal</b> .....	<b>43</b>
<b>3.1.2 A punibilidade de sujeitos de direito pelo artigo 33 da Lei Federal nº 11.343/06 como <i>ultima ratio</i></b> .....	<b>50</b>
3.2 O POSICIONAMENTO DAS CORTES SUPERIORES QUANTO AO CARÁTER DISTINTIVO DE PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL E TRÁFICO DE ENTORPECENTES .....	57
<b>4 A SELETIVIDADE PENAL E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DA LEITURA JUDICIAL QUANTITATIVA À LUZ DO GARANTISMO PENAL</b> .....	<b>61</b>
4.1 APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS QUANTITATIVO E QUALITATIVO DE DETERMINABILIDADE À LUZ DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO.....	65
4.2 A EFETIVA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL COMO FATOR DE MAIOR OBJETIVAÇÃO NA LEI DE ENTORPECENTES .....	70
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	

## 1 INTRODUÇÃO

As drogas ilícitas constituem-se num dos maiores problemas mundiais, seja em relação à sua utilização ou em relação ao comércio ilícito. À vista disso, o Brasil, utilizando-se de uma política preventivo-repressiva – Lei Federal nº 11.343/2006 – busca combater o tráfico ilícito dessas substâncias, bem como controlar o seu uso, tendo em vista a ainda presente tipificação do porte de drogas para consumo pessoal.

Nesse sentido, o capítulo 2 do presente trabalho busca discutir a evolução da política de drogas proibicionista e o seu contexto histórico, trazendo que o abuso de substâncias entorpecentes se deu durante toda a história mundial, e afirmando que o Brasil foi um dos primeiros países a proibirem este uso ainda no século XIX. Na esfera internacional, a união dos países para combaterem às drogas se deu em decorrência do posicionamento dos Estados Unidos da América, o qual instituiu uma política de guerra às drogas.

Ainda num contexto histórico proibicionista, a política do *war on drugs* se deu em razão do forte comércio paralelo, bem como da ascensão do crime organizado que estava em crescimento *a posteriori* das políticas proibicionistas dos Estados Unidos. Tal perspectiva se deu, especialmente, após a instauração da Lei Seca, motivo pelo qual percebe-se que grande parte do problema em debate se deu em razão das proibições perpetradas pelo Estado.

Nesse sentido, após a manifestação da maior potência mundial à época, entrou em cena a Organização das Nações Unidas (ONU), a qual promoveu diversas convenções que versavam sobre o proibicionismo, isto é, a guerra declarada as drogas. Em relação a essas convenções, convém destacar as de maior notoriedade, quais sejam (i) Convenção Única de Estupefacientes de 1961, (ii) a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e (iii) a Convenção de Viena de 1988, as quais serão veementemente abordadas e destrinchadas no capítulo.

O Brasil foi signatário de todas essas convenções, entrando em uma posição repressiva e falida acerca do tema. Com o passar dos anos, o consumo recreativo dessas drogas ilícitas aumentou, crescendo também o tráfico de drogas, além de ter sido reconhecida diversas vezes a finalidade terapêutica e medicinal de alguns entorpecentes, a exemplo da maconha. Isso posto, constatando o fracasso da política

adotada, a comunidade internacional buscou caminhar por outras veredas, como por exemplo na pauta de uma política de redução de danos ao invés de um combate desenfreado.

A partir disso, cada país seguiu um caminho diferente, no qual os países mais liberais caminharam para uma vertente mais abolicionista – em que houve a efetiva descriminalização do uso ou até mesmo a legalização do comércio –, já os países mais conservadores – como o Brasil – adotaram uma política de redução de danos, porém ainda havendo em seu interior uma repressão forte à essas substâncias.

Nesse sentido, a título comparativo, é facilmente observado que aqueles países que adotaram políticas mais brandas, buscando a conscientização e prevenção, mas nunca proibindo o consumo de drogas, atualmente, apresentam uma questão social muito mais organizada e controlada frente aos países que mantiveram o viés repressivo.

Seguindo nesse limiar de normas proibitivas, bem como com o surgimento dos movimentos de contracultura e resistência na década de sessenta, ergueu-se neste período um grupo de contestação do Direito Penal e da Criminologia, o qual ensejou a gênese da Teoria do Etiquetamento Social. A citada teoria sustenta uma estigmatização do indivíduo, selecionando aqueles que posteriormente virão a praticar crimes.

É com base nessa orientação teórica que o estudo fala sobre a seletividade do sistema penal, bem como busca analisar a diferenciação entre usuário de droga e traficante. O *labelling approach theory* é uma orientação criminológica que está intrinsecamente ligada ao processo de criminalização dos sujeitos, nada mais adequado para estudar no caso.

Após o contexto histórico, o capítulo 3 adentra na materialidade normativa da lei de drogas. O Brasil conseguiu ir avançando nas suas políticas ao longo do tempo, até que teve no ano de 2005, por meio da Política Nacional Sobre Drogas (PNAD), a adoção de suas vertentes que atualmente norteiam a Lei de Drogas. Em 2006, surge a Lei 11.343/2006 que ratificou a posição adotada pela PNAD e criou ainda o Sistema Nacional Antidrogas, colocando de vez uma postura mais preventiva à questão das drogas no Brasil.

Ademais, seguindo no estudo aprofundado da Lei e avançando na abordagem e no

tratamento diferente para o usuário e traficante, a nova Lei de Drogas trouxe também uma modificação da abordagem repressiva – não somente preventiva – ao instituir o artigo 28, prevendo diferentes modalidades de penalização e retirando a carcerização como forma de punição.

No que tange a Lei Federal nº 11.343/2006, apesar de esta surgir como um marco acerca do novo tratamento ao combate do tráfico de drogas, traz consigo uma problemática, a qual é analisada durante toda a pesquisa, qual seja, o critério objetivo de distinção entre o sujeito enquadrado no artigo 28 e no artigo 33 da aludida norma, bem como a vagueza normativa que reside nos núcleos verbais de ambos os tipos.

Dessa forma, é analisado todo o artigo 33 e sua correta hermenêutica e aplicação, bem como o artigo 28 e sua postura quanto ao porte de drogas para consumo pessoal, uma inovação trazida pela nova Lei de Drogas, que de forma contrária ao tráfico de drogas, teve sua pena dirimida e até mesmo descarcerizada face à repressiva Lei 6.368/76. Posto isso, é abordado toda essa “despenalização” e as consequências que essa mudança trouxe para a sociedade, principalmente no que se refere à punibilidade dos sujeitos enquadrados no artigo 28.

Como forma de expressar essas mudanças, é trazido à baila o posicionamento das cortes superiores em relação aos critérios de diferenciação das condutas e a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 – questões abordadas no Recurso Extraordinário nº 635.659 ainda em tramitação –, além de trazer julgados em que as Cortes se manifestam acerca do limite da discricionariedade do aplicador da lei ao imputar a punição mais severa ao transgressor e da necessidade de verificação dos critérios objetivos, como quantidade, para desclassificação da conduta do tráfico para uso.

Por fim, o capítulo 4 discute a (in)segurança jurídica que a falta de um critério quantitativo objetivo traz à legislação, em razão da seletividade do sistema e os diferentes processos de criminalização – problema principal da pesquisa –. Noutro giro, fala-se acerca da descriminalização legislativa do porte de drogas para consumo e as consequências disso como uma forma de diminuir a seletividade e etiquetamento dos sujeitos a serem punidos, chegando a conclusão que com ou sem a descriminalização, o critério objetivo de determinabilidade é o ponto principal para ensejar uma segurança jurídica e menor seletividade jurídico-penal ao tema.

## 2 A EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE DROGAS PROIBICIONISTA

As drogas surgiram bem antes de assim serem denominadas, tendo havido seu aparecimento nas primeiras civilizações, motivo pelo qual, de acordo com Marcos Salles (2015, p.2), nos primórdios, as mesmas eram muito utilizadas para usos terapêuticos e religiosos, sendo possível encontrar registros de uso de substâncias, hoje ilícitas, datadas de 10000 a.C. Nesse sentido, ao longo dos anos, muitas substâncias foram legalizadas e outras postas na ilegalidade, ensejando assim perseguição e combate àqueles que consomem, fabricam ou fornecem, a exemplo disso tem-se a proibição da venda de bebidas alcoólicas em 1920 nos Estados Unidos, gerando o chamado período da “Lei Seca”.

A perseguição às drogas foi ganhando força e expressividade, até que em meados de 1970, quando o então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, proclamou que as drogas proscritas eram o maior opoente da democracia, foi de vez instituída a famigerada política de “Guerra às drogas”. Após essa materialidade, segundo Marcos Flávio Mércio de Oliveira (2020, p.21), a maior parte dos países do mundo, seguindo a posição perpetrada pelos EUA e apoiados em acordos e normas internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU), passaram também a adotar uma política proibicionista, visando reduzir a oferta e demanda sobre consumo, produção e distribuição das drogas ilícitas.

Já no Brasil, consoante Marcos Flávio (2020, p.124), a política proibicionista nacional tem registros ainda no século XVII, quando as Ordenações Filipinas, junto com o registro de “substâncias venenosas” de 1890, passaram a identificar delitos contra a saúde pública. Ademais, deve-se fazer destaque à Lei do Pito do Pango, a qual foi a primeira proibição explícita de maconha no Brasil, feita pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro em 1830. A Lei do Pito do Pango, assim chamada em razão de “pito do pango” ser a denominação para maconha, foi instituída em 4 de outubro de 1830, no mesmo ano da criação do código criminal, sendo o Brasil o primeiro país do mundo a editar uma lei contra a maconha. Assim dispunha o §7º da Lei, veja-se:

É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de

cadeia. (HENMAN; PESSOA JR., 1986).

Outrossim, em 1912 o Brasil adotou a Convenção de Haia, estabelecendo controle, barreiras e penas para quem fornecesse ou produzisse cocaína, ópio e seus derivados, demonstrando a luta primaz da Nação contra as substâncias entorpecentes.

## 2.1 LABELLING APPROACH THEORY E O SURGIMENTO DAS DROGAS ILÍCITAS

Inicialmente, cabe inferir, consoante preceitua Benigno Núñez Novo (2020, p.1), que não se deve estudar o Direito e seus fatores isoladamente, sendo preciso analisa-lo em todos os aspectos, de forma conjunta e interligada, objetivando assim que estes se relacionem com a realidade da vida. Essa relação se dá em decorrência da Teoria Tridimensional do Direito proposta por Miguel Reale, o qual defende a existência de três etapas no mundo jurídico, quais sejam (i) o fato, (ii) o valor e (iii) a norma.

Para Miguel Reale (1994, p.57) a teoria tridimensional do Direito afirma que:

a) Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (tridimensionalidade como requisito essencial ao direito).

b) A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a “implicação-polaridade” existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade).

Miguel Reale (1994, p.56) pontua que o Direito não é apenas uma aglutinação de elementos da sociedade humana, mas sim um processo pelo qual perpassa a verdadeira reflexão, com pontuais argumentos de irresignação sobre todos os aspectos da demanda e principalmente sob a ótica dos juízos de valor, além de possuir um processo essencialmente histórico, trazendo à baila todos os valores morais e sociais existentes ao longo do tempo.

Posto isso, se faz extremamente necessário entender o surgimento das drogas, o seu

combate e as políticas proibicionistas de acordo com a teoria tridimensional concreta de Miguel Reale, devendo se levar em consideração os fatos – evolução histórica, geográfica, etc –, os valores – morais, religiosos etc – e, por fim, a norma – as políticas proibicionistas adotadas.

Em relação ao surgimento das drogas ilícitas, a grande maioria das substâncias hoje tidas como drogas não tiveram um ponto de partida propriamente dito, mas sempre estiveram presentes nas sociedades temporais, de diferentes formas e com diversas funções. Os homens, desde as primeiras civilizações, sempre tiveram uma forte conexão com a natureza, motivo pelo qual essa ligação ficou evidente na utilização de plantas e outras substâncias com fins medicinais e religiosos.

Segundo Helivania Santos (2022, p.1), na antiguidade, em rituais religiosos, era comum o uso de plantas consumíveis denominadas de *phármakon*, o que, em termos presentes, é chamado de fármaco e/ou medicamento (que não deixa de ser uma droga). De forma análoga, Daniel Nicory do Prado (2013, p. 13) afirma que o uso de drogas é uma atividade datada dos primeiros registros históricos e que faz parte intrinsecamente da cultura ocidental.

O uso de substâncias, ilustradas pelo vinho na religião católica, da cannabis na religião rastafári, e da utilização da ayahuasca e caco peiote pelos índios das Américas, evidenciam a função religiosa e o sempre presente uso das drogas. Paralelo a isso, é possível perceber que o abuso de drogas foi algo extremamente comum na Idade Média, tendo em vista o seu poder de estímulo à criatividade, perspectiva que despertava o interesse, principalmente, de artistas e filósofos. (PRADO, 2013, P.13).

Seguindo esse conceito, Salo de Carvalho (2010, p.14), infere de forma categórica que o uso de drogas, principalmente na década de sessenta, se relacionou diretamente com elementos culturais – música, arte, literatura, sexualidade – e temporais, corroborando para a solidificação dos movimentos de rupturas políticas. O consumo, especificamente da maconha e do LSD, durante a década mencionada, se deu de forma quase que íntima, em razão dos movimentos de contracultura e de contestação, sendo utilizadas as substâncias como formas de combate às políticas bélicas e armamentistas.

Isso posto, é possível constatar que o fato, valor e norma proposto por Reale, se deu durante todo o processo de disseminação do uso de substâncias psicoativas, bem

como na sua proibição. O fato aqui, qual seja, o uso dos entorpecentes, está intimamente ligado aos valores, que são os movimentos de contracultura e oposição às políticas bélicas e armamentistas e por fim as normas, as quais dão início ao combate e ao proibicionismo.

Salo de Carvalho (2010, p.14) afirma que, apesar de sempre estar presente nas sociedades mundiais, o consumo de drogas na década de sessenta aumentou a visibilidade acerca do tema, ganhando espaço para discussões e ensejando um pânico moral, perspectiva que acabou por provocar uma massiva produção legislativa sobre a matéria. É com base nessa afirmação que pode ser iniciada uma discussão sustentando que o tráfico ilícito de drogas é fruto de uma valoração negativa pela ordem moral mundial, a qual, publicamente, consignou uma série de normas proibitivas em razão do uso dessas substâncias por um certo tipo de público, com um determinado ideal que afrontava o conceito do Estado e as ordens mundiais que se consolidavam à época.

Seguindo a ordem cronológica, com o surgimento desses movimentos de contracultura e resistência na década de 60, principalmente nos Estados Unidos, surgiram também grupos a contestar o Direito, o Direito Penal e a Criminologia. Mediante a supramencionada crítica, além do surgimento de novos delitos, a exemplo da criminalização do uso de substâncias entorpecentes, foi instituída a Teoria do Etiquetamento Social, ou em inglês, *labelling approach*, como forma de mudar a criminologia mundial e apresentar resultados satisfatórios.

A *labelling approach theory* resultou em um grande acontecimento para a teoria da criminalidade, principalmente em um momento tão delicado dos Estados Unidos da América (EUA), o qual marcava o momento de transição entre a criminologia tradicional e criminologia crítica. Flavia Ortega (2016, p.3) sustenta que esse novo entendimento tem como base a análise das forças policiais, dos órgãos do poder judiciário e de outras instituições de controle social, as quais têm a finalidade de compreender como os rótulos indexados pela sociedade e aplicados por essas instituições, contribuem de forma quase que enraizada, na imposição de um estigma criminoso para certos grupos da sociedade, resultando em modificações na própria percepção desses indivíduos.

Jhonathan Marques Santos (2020, p.5), conceitua a teoria do etiquetamento social como uma forma de estigmatização dos indivíduos, em que as próprias instituições de

controle social os colocavam numa posição de criminoso perante a sociedade, fazendo com que, de fato, essas pessoas viessem a se tornar criminosos habituais. Em outras palavras, a *labelling approach*, é um sistema de seleção, onde o sistema escolhe em razão da classe social e da raça, as pessoas mais propensas a praticar crimes, as rotulando como criminosas.

Para se entender como a teoria do etiquetamento se dá na prática, é necessário analisar o que se considera como fatos reconhecidos e tidos como pontos de partida, seja implícitos ou explícitos, para que haja a estigmatização do sujeito. É com base nessa análise, que Flavia Ortega (2016, p.3) explicita os 7 postulados do *labelling approach*:

Os principais postulados do labelling approach são:

- 1- Interacionismo simbólico e construtivismo social (o conceito que um indivíduo tem de si mesmo, de sua sociedade e da situação que nela representa, é ponto importante do significado genuíno da conduta criminal);
- 2- Introspecção simpatizante como técnica de aproximação da realidade criminal para compreendê-la a partir do mundo do desviado e captar o verdadeiro sentido que ele atribui a sua conduta;
- 3- Natureza "definitorial" do delito (o caráter delitivo de uma conduta e de seu autor depende de certos processos sociais de definição, que lhe atribuem tal caráter, e de seleção, que etiquetaram o autor como delinquente);
- 4- Caráter constitutivo do controle social (a criminalidade é criada pelo controle social);
- 5- Seletividade e discriminatória do controle social (o controle social é altamente discriminatório e seletivo);
- 6- Efeito criminógeno da pena (potencializa e perpetua a desviação, consolidando o desviado em um status de delinquente, gerando estereótipos e etiologias que se supõe que pretende evitar. O condenado assume uma nova imagem de si mesmo, redefinindo sua personalidade em torno do papel de desviado, desencadeando-se a denominada desviação secundária.
- 7- Paradigma de controle (processo de definição e seleção que atribui a etiqueta de delinquente a um indivíduo).

É analisando esses postulados, que o presente trabalho visa analisar a diferenciação entre usuário de droga e traficantes, os liames que diferem esses dois sujeitos, e como é feita essa dissociação, além de estudar acerca da atuação do sistema e sua seletividade. A teoria do etiquetamento, sendo uma teoria criminológica, está diretamente associada ao processo de criminalização e suas fases, principalmente no que se refere ao processo de criminalização primário e secundário.

Marina Quezado Grosner (2008, p.1) expõe que a criminalização decorre de processos de definição e seleção – etiquetamento – que atribui o rótulo de criminoso a determinados indivíduos; esses processos de criminalização ocorrem por três fases que apesar de distintas estão interligadas. A primeira fase do processo de criminalização ocorre no momento de criação dos tipos penais pelo legislativo, ao passo que a segunda fase se dá pelos órgãos de fiscalização e punição – polícia, ministério público e poder judiciário – e, por fim, se tem o terceiro processo de criminalização, o qual ocorre com o ingresso dos indivíduos no sistema penal.

Ao analisar friamente, pode-se perceber que o primeiro processo de criminalização, qual seja, a criação normativa, é o momento em que será instaurado o processo de seleção do sistema penal que terá como base os interesses das classes hegemônicas em face dos indivíduos “etiquetados”. Isso posto, Vera Regina de Andrade (2015, p.278) diz que o método de criação das normas penais visa determinar – de forma precisa – os bens jurídicos a serem protegidos, os atos enquadrados como delitos, bem como a forma e quantidade de punição para cada tipo de conduta; segue, assim, uma lógica completamente desarrazoada de preconceito e desigualdade, em razão do caráter fragmentário do Direito Penal que pré-seleciona os indivíduos criminalizáveis.

É nesse sentido que Pedro Magalhães Ganem (2016, p.3) afirma que, durante a criação de leis, o legislador busca primeiramente se beneficiar e depois beneficiar certos grupos sociais que predominam, prejudicando os demais, que foram “selecionados” pelo Sistema Jurídico-Penal e tidos como iminentes criminosos. Destarte, pode-se inferir que um dos grandes problemas da seletividade e do etiquetamento social decorre da primeira fase do processo de criminalização, momento em que há a imposição de punições mais severas aos atos praticados por determinados grupos, comumente de camadas mais vulneráveis da sociedade. Para Zaffaroni (2003, p.43) o processo de criminalização primária nada mais é que a prática de sancionar uma norma que incrimina ou permite a punição/perseguição a determinadas pessoas.

No que se refere à segunda fase do processo de criminalização, isto é, a atuação do Estado na identificação, acusação e julgamento daqueles que praticaram algum ilícito penal, Zaffaroni (2003, p.43) afirma que se trata de uma conduta punitiva aplicada à pessoas concretas, a qual ocorre quando os órgãos competentes detectam agentes

que supostamente tenham praticado crimes e os submetem ao processo de criminalização – investigação, judicialização e condenação. Para mais, Zaffaroni (2011, p. 79) sustenta que, se na primeira fase já se tinha uma relevante atuação seletiva no processo de criminalização, nesta segunda etapa, é ainda mais seletiva a atuação frente àqueles indivíduos etiquetados pelo *labelling approach*, uma vez que aqui há uma atividade direta com os sujeitos.

O autor (2011, p.79) destaca que:

A criminalização que produz o funcionamento do sistema penal nunca coincide com a orientação e medida que determina abstratamente a lei penal, a ponto de nem sequer sabermos se é desejável que assim seja, porque se houvesse uma perfeita harmonia, quase ninguém deixaria de ser criminalizado, embora fosse por fatos secundários ou de escassa importância.

Consoante ao terceiro processo de criminalização – ingresso no sistema penal/encarceramento – constata-se que há uma incidência menor de seletividade, haja vista que as duas fases anteriores já realizaram uma filtragem, impedindo que as classes dominantes chegassem à etapa final, todavia, ainda há uma forte seleção no que tange aos indivíduos previamente rotulados, uma vez que são estes que possuem maior presença nos presídios brasileiros. Essa afirmação pode ser ratificada com base nos índices e estudos acerca das características das pessoas presas no Brasil, sendo estas majoritariamente de baixa classe social, em situação de vulnerabilidade e de cor preta.

Com isso, percebe-se, consoante Maria Lúcia Karam (2009, p.5) que o proibicionismo ligado às drogas, ensejando a mundial “*war on drugs*”, proporciona as primeiras noções acerca da expansão do poder punitivo mundial. Foi através dessa política de guerra às drogas, que os Estados se debruçaram e utilizaram como forma de combate à determinados grupos de pessoas, especialmente em nome da moral, da democracia e da religião.

Conforme posto por Karam (2009, p.6), foi com a proibição das selecionadas drogas e com a argumentação de se tratar do novo “mal universal” e “flagelo” à sociedade, que as nações conseguiram impor medidas mais rigorosas e excepcionais de combate. Para a referida autora, a política proibicionista criminalizadora ensejou a expansão do poder punitivo estatal, introduzindo de forma maquiada a guerra às

drogas como forma de controle social, trazendo à baila políticas nacionais e internacionais de controle.

## 2.2 O CONTEXTO DE COMBATE ÀS DROGAS ILÍCITAS NO SÉCULO XX

O combate às drogas ilícitas no século XX se inicia envolvendo acerca de todos os acontecimentos, bem como em decorrência dos movimentos antipolíticos da época, motivo pelo qual a comunidade internacional, a partir dos anos 1960, adotou um regime de proibição total das drogas – principalmente da maconha e da cocaína – instaurando uma política proibicionista, combativa e punitiva. O contexto de combate não tem um ponto de partida específico, mas se deu, inicialmente, no período da lei seca nos EUA e, posteriormente, com base nas oscilações da política externa estadunidense, a qual influenciou toda a comunidade internacional, e transformou o problema das drogas em questão de segurança nacional. (DEL OLMO, 2002, P. 06).

Em 1914, em razão do exacerbado número de pessoas dependentes de ópio e cocaína nos Estados Unidos, foi instituída o *Harrison Anti-Narcotic Act*, política com intuito de tornar essas substâncias ilegais. (RUTHE, 2022). Entretanto, para Charles E. Terry (1915, p.518) a referida política americana era fraca e ineficaz, haja vista seu condão permissivo que continuou autorizando o uso do ópio e da cocaína para fins terapêuticos, desde que prescritas por médico, dentista ou veterinário no exercício da profissão. Essa permissividade ensejou o aumento da dependência química dessas drogas, tendo em vista o abuso de prescrições médicas. Seguindo nesse viés, não se olvidou muito para que o mercado paralelo de narcóticos ganhasse forma e se expandisse, acarretando o mesmo com a Lei Seca americana.

Segundo Daniel Nicory do Prado (2013, p.14), durante a “Lei Seca”, a proibição da fabricação, venda e transporte de bebidas alcoólicas para consumo, restringindo de forma abrupta a liberdade do cidadão americano, fez com que a população buscasse outras formas de aferição de ganhos, corroborando para a disseminação do mercado paralelo, do crime organizado, da violência urbana e aumento da corrupção. Junto a isso, logo em seguida, no ano de 1937, o consumo de maconha se tornou ilegal, colocando a substância no mesmo patamar de outros entorpecentes mais perigosos, como a cocaína e heroína, desse modo, deu-se início ao combate do tráfico de drogas

como é conhecido hoje – violência, estigmatização social e exclusão social.

Destarte, é possível perceber que o tráfico e os mercados paralelos se deram em decorrência das reiteradas políticas proibicionistas da época, que não combateram o uso, mas somente fortaleceram àqueles que viviam à margem da lei. Nesse sentido, Rosa Del Olmo (2002, p.90), acertadamente, afirma que a mundialização do combate às drogas, se dá como forma de combate à criminalidade, o qual, de forma estupenda, se originou em decorrência de proibições.

Com a política proibicionista adotada, outros pontos ganharam notoriedade, não somente a utilização da droga em si. Rosa Del Olmo (1990, p.55) traz para destaque o aspecto econômico da droga, em que, dado a grande movimentação de capitais, em 1980, o DEA (Drug Enforcement Administration) já investigava substanciais fugas de capital para fora dos Estados Unidos, somando mais de 2 bilhões de dólares decorrentes da venda de maconha e cocaína. Além disso, restou comprovado que à época, cerca de 31 dos 250 bancos existentes em Miami, haviam sido cúmplices dessas fugas, ao passo que cinco desses bancos eram propriedades de narcotraficantes, que enviavam seu dinheiro à paraísos fiscais.

Seguindo nessa ordem, há na doutrina uma divergência acerca do marco inicial de combate às drogas pela ordem internacional; para Thiago Rodrigues (2008, p.91), a primeira ação internacional, ainda que não tenha estabelecido nenhuma obrigação por parte dos Estados, foi a Conferência de Xangai, em 1909, a qual defendia a ilegalidade de qualquer forma de uso que não fosse médico ou terapêutico. Já Maria Lúcia Karam (2009, p.3), afirma que o primeiro movimento internacional destinado a promover uma proibição coordenada no tocante à produção, distribuição e consumo, se deu na Convenção Internacional sobre o ópio, adotada pela Liga das Nações, em Haia em janeiro de 1912, a qual versava até sobre a criminalização da posse.

Chegando no Brasil, na década de 90, havia dois discursos dispendo sobre drogas; o primeiro, predominante, pregava uma intervenção penal como forma de enfrentamento ao comércio dessas substâncias, estipulando um mundo completamente sem drogas – isto é, o famigerado *war on drugs*. Por sua vez, o segundo, minoritário e inexpressivo, visava a redução de danos, através de um viés preventcionista, confrontando o abuso desenfreado. (BIANCHINI, 2001, p. 32). Salienta-se que essa redução de danos, idealizada pela corrente minoritária, chegou a existir, sendo realizada através de um Protocolo em 1972, que emendou à

Convenção de 1971 sobre Substâncias Psicotrópicas.

Segundo Marcos H. Salles (2015, p.10), o referido Protocolo de redução de danos, levou aos Estados, naquele momento de guerra total, a possibilidade de adoção de métodos de combate mais preventivistas, se propondo medidas alternativas de encarceramento. Outrossim, embora a adoção do Protocolo de redução de danos, a repressão e o proibicionismo foram os modelos escolhidos pelos países em geral; em 1988 especificamente, indo de encontro à histórica dificuldade de afirmação contrária aos tratados internacionais, a guerra às drogas é espalhada pelo mundo, partindo do consenso formal entre os países signatários pelo proibicionismo e aplicação das convenções.

No Brasil, a Lei Federal nº 6.368/76 apresenta-se como um dos primeiros símbolos nacionais do viés proibicionista criminal; a legislação, além de criminalizar as figuras relacionadas ao tráfico, buscava incriminar o próprio usuário da substância entorpecente, estabelecendo pena de prisão. (MACHADO, 2016, p.31). Segundo Leonardo Machado (2016, p.32), a lei brasileira tratava-se de uma típica lei antidroga, construída sobre a égide pressão da agência americana, tida como uma real legislação penal de exceção.

Discordando do modelo adotado mundialmente, Maria Lúcia Karam (2009, p.viii-ix) ataca os métodos escolhidos, sustentando que o proibicionismo criminalizador imposto somente se sustenta por meio de um entorpecimento da razão, pelo qual o Estado – ao criminalizar as condutas de produção, venda e consumo das drogas – só aumenta ainda mais a violência, que só se faz presente, tendo em vista a ilicitude imposta da atividade. Para Karam (2009, p. 1), a política criminalizadora das drogas é a mais completa, abrangente, sistêmica e prejudicial forma de proibicionismo a nível mundial.

Esse proibicionismo nocivo, direcionado contras as drogas tornadas ilícitas, se manifesta internacionalmente, nas três convenções da Organização das Nações Unidas (ONU), quais sejam Convenção Única sobre Entorpecentes; Convênio sobre substâncias psicotrópicas e a Convenção de Viena, como se verá adiante.

## 2.3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO BRASIL E NO MUNDO

A política internacional de drogas começou a ser estabelecida após a segunda grande guerra, impulsionada pela criação das Nações Unidas em 1945. (BOITEUX, 2009, P. 18) Nesse ínterim, foram estabelecidas três convenções que nortearam o caminho da política de drogas até os dias de hoje.

A primeira Convenção a existir e dar início à política de drogas, foi a Convenção Única sobre Entorpecentes, aprovada em Nova Iorque em 1961, a qual alguns autores – como Daniel Nicory –, somente a classifica como Convenção de 1961, e a partir de agora, assim será denominada. Para Salo de Carvalho (2010, p. 19), “a estratégia de globalização do controle penal sobre as drogas ilícitas obteve êxito com a ratificação por mais de cem países, durante os anos sessenta da Convenção Única sobre Estupefacientes.”

A Convenção de 1961 se deu, como dito em seu preâmbulo, preocupada com a saúde física e moral da humanidade, o reconhecimento do uso indispensável de entorpecentes para alívio da dor e do sofrimento, a constatação de que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade, a universalidade do tema e a consciência da organização de seu dever de prevenção e combate a tal mal, além da limitação ao uso médico e científico das substâncias psicoativas, estabelecendo cooperação e fiscalização internacionais permanentes para atingir esses objetivos, veja-se:

### CONVENÇÃO ÚNICA SOBRE ENTORPECENTES, DE 1961

Preâmbulo

As Partes,

Preocupadas com a saúde física e moral da humanidade,

Reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins,

Reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade,

Conscientes de seu dever de prevenir e combater esse mal.

Considerando que as medidas contra o uso indevido de entorpecentes, para serem eficazes, exigem uma ação conjunta e universal.

Julgando que essa atuação universal exige uma cooperação internacional, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns,

Reconhecendo a competência das Nações Unidas em matéria de controle de entorpecentes e desejosas de que os órgãos internacionais a ele afetos estejam enquadrados nessa Organização,

Desejando concluir uma convenção internacional que tenha aceitação geral e venha substituir os tratados existentes sobre entorpecentes, limitando-se nela o uso dessas substâncias a fins médicos e científicos e estabelecendo uma cooperação e uma fiscalização internacionais permanentes para a consecução de tais finalidades e objetivos, (BRASIL, 1964)

Segundo Daniel Nicory do Prado (2013, p.20), a Convenção não impôs o proibicionismo total das drogas, a exemplo disso, tem-se que a produção, comércio e o consumo, continuaram permitidos, desde que sujeitos a uma regulamentação estrita e com finalidades específicas, desse modo, pode-se atestar que o documento se construiu com base no interesse moral de impedimento da proliferação dos nascentes movimentos contraculturais.

Em uma interpretação oposta, Luciana Boiteux (2009, p.18) expõe que, embora o preâmbulo registrasse a não abolição das drogas, o meio para alcançar o objetivo trazido em seu texto era inevitavelmente a proibição total do uso e do comércio, bem como a repressão penal aos violadores da norma. Nesse sentido, por intermédio da Convenção de 1961, foi lançada internacionalmente os ideais da proibição e do combate a algumas drogas, tidas como objeto de máxima atenção da comunidade internacional – esses ideais foram aprimorados nas convenções subsequentes. (PRADO, 2013, P.21)

A Convenção de 1961 é um Documento extenso, elaborado de forma detalhada, com 51 artigos e quatro listas anexas, classificando a periculosidade e a potencialidade do uso médico das drogas. É considerada como a base do regime contemporâneo, visto que foi fruto da unificação e da simplificação dos tratados internacionais vigentes sobre a política de drogas desde o ano 1912 até 1953. (TEIXEIRA 2017, p.46). Dessa forma, tendo em vista a junção de todos os documentos desse período, houve um aprofundamento, uma sistematização e organização das normas internacionais de controle às drogas, ensejando um fortalecimento e normas de combate mais efetivas.

Além disso, a obrigação criminalizadora se faz presente de forma categórica, tendo em vista a enumeração de dezoito condutas proibidas – cultivo, produção, fabricação, extração, preparo, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega de qualquer espécie, corretagem, expedição, expedição em trânsito,

transporte, bem como importação e exportação de entorpecentes –, que seguiu o ávido estilo tipificador que marcava as legislações sobre o tema no período do século XX. (KARAM, 2009, p.4)

De forma breve, cumpre mencionar as medidas trazidas pela Convenção, a qual, de forma inovadora, criou regras que permanecem até os dias atuais – a exemplo, a Convenção Única de 1961, que criou a necessidade da emissão de licenças para atividades de comércio e distribuição de entorpecentes, fazendo com que os Estados tivessem maior poder de fiscalização e controle sobre essas substâncias. Outrossim, foram oferecidas diversas competências à Organização Mundial da Saúde (OMS), tais como emitir parecer técnico-sanitário e recomendar a inclusão de qualquer droga nas listas estabelecidas. (TEIXEIRA, 2017, p.48)

Em relação às substâncias listadas na Convenção Única de 1961, cabe destacar que, desde o início, somente foi inserida na lista drogas como, (i) substâncias vegetais, (ii) ópio, (iii) folha de coca e (iv) *cannabis*, não sendo incluídas álcool, tabaco, opiáceos sintéticos e alucinógenos, tendo em vista que sua produção estava ligada ao aceite da sociedade, mas, não somente isso, principalmente à poderosos grupos econômicos e indústrias farmacêuticas de países desenvolvidos. (TEIXEIRA, 2017, p.48). À vista disso, é possível entender o motivo pelo qual, atualmente, se tem a legalização de algumas substâncias, enquanto outras são proibidas de forma veemente.

Cerca de dez anos após a implementação da primeira convenção, surge, em 1971 a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Destaca-se que nesta, diferentemente da Convenção de 1961, não há uma tipificação específica das condutas não permitidas, dispondo, apenas genericamente, que as ações contrárias aos termos da convenção deveriam ser criminalizadas – outrossim, a discutida convenção inova, no sentido de preceituar que um delito cometido por um dependente de droga, pode adotar a pena alternativa como tratamento, reabilitação e reintegração social. (PRADO, 2013, P.21)

Como bem indica o nome, a Convenção de 1971 surge para incluir as drogas psicotrópicas no rol das substâncias proscritas. Até o momento anterior a este Documento, as únicas drogas reguladas internacionalmente, eram o ópio, *cannabis* e cocaína; para se incluir as novas drogas psicotrópicas, como os estimulantes, anfetaminas e LSD, foi suscitado os efeitos danosos que estas recém-chegadas

substâncias ocasionavam. (BOITEUX, 2009, P.18)

Mariana Teixeira (2017, p.48) declara que a criação da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas se deu em razão do aumento exponencial da variedade de drogas presente no mercado à época, principalmente as espécies sintéticas e alucinógenas, ao passo que seu sistema de controle, presente nos 33 artigos, foi baseado na Convenção anterior. Essa materialidade apresenta inúmeras semelhanças, como o comprometimento em limitar o uso de drogas com fins medicinais e científicos, as drogas e seu teor maléfico, bem como a forma universal de combatê-la, além da aplicação de métodos de garantia de fornecimento dessas substâncias apenas com autorização.

No que se refere às inovações da Convenção de 1971, cabe destacar, além do controle às drogas sintéticas, antes não controladas, a criação de uma importante intenção em relação à diferenciação dos sujeitos do mercado ilícito, quais sejam os traficantes e os usuários. Para isso, Mariana Teixeira (2017, p. 48) explica que foram criadas medidas administrativas e educativas, contrastando com a pena de privação de liberdade, como previsto nos artigos 20 e 22 da Convenção:

As partes tomarão todas as medidas viáveis para impedir o abuso de substâncias psicotrópicas e para a pronta identificação, tratamento, pós tratamento, educação, reabilitação e reintegração social das pessoas envolvidas, e deverão coordenar seus esforços para tais fins. [...] 3. As partes darão assistência às pessoas cujo trabalho exige uma compreensão dos problemas oriundos do abuso de substâncias psicotrópicas e de sua prevenção, e promoverão, também, a compreensão de tais problemas entre o público em geral, se houver risco de que o abuso de tal substância venha a ser generalizado. [...] b) Não obstante a alínea precedente, quando dependentes de substâncias psicotrópicas houverem cometido tais delitos, as partes poderão tomar providências para que, como uma alternativa à condenação ou pena ou como complemento à pena, tais dependentes sejam submetidos a medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social, em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 20 (BRASIL, 1977).

Outra criação importante do documento, a qual merece fazer alusão, foi a proibição de publicidade relativa às substâncias psicotrópicas para o público em geral, sendo exigido que haja advertências e avisos nos rótulos e folhetos de acompanhamento dessas substâncias, conforme previsto no artigo 10 do tratado:

Cada parte deve exigir, levando em conta quaisquer regulamentos ou

recomendações pertinentes da Organização Mundial da Saúde, o cumprimento de tais instruções para utilização, inclusive cautelas e avisos, a serem opostos sobre as etiquetas, quando isso for praticável, ou, em qualquer caso, na bula que acompanha os pacotes para a distribuição a varejo de substâncias psicotrópicas, que sejam necessárias, em sua opinião, para a segurança do usuário

Cada Parte deve, respeitadas suas disposições constitucionais, proibir a publicidade de tais substâncias para o público em geral. (BRASIL, 1977).

No ano seguinte à publicação da Convenção de 1971, foi assinado um Protocolo emendando à mesma com o interesse de aumentar a prevenção da produção ilícita, do tráfico e do consumo de entorpecentes. Além disso, se previu o carecimento do acesso a tratamento e reabilitação de drogados.

O Protocolo de 1972 foi importante, tendo em vista que, no meio de uma discussão de guerra às drogas e repressão total, o dispositivo levou a possibilidade de utilização de medidas mais amenas, principalmente em relação aos usuários, o que nos tempos atuais serve de embasamento legal aos países que usufruem de uma política alternativa para os usuários, especialmente na possibilidade de tratamento e redução de danos. (BOITEUX, 2009, P.19)

O último dos grandes atos internacionais teve seu ápice na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicoativas, celebrada em Viena em 1988, comumente chamada de Convenção de Viena. Ao contrário do visto na Convenção de 1971, a Convenção de 1988 surge bem mais analítica, e seu texto legal abarca todas as hipóteses exploradas em seguida pela legislação brasileira; fora as questões já previstas pelas convenções anteriores, traz de forma expressa em todo seu corpo textual, a criminalização dos atos ligados à traficância. (PRADO, 2013, P.22)

Constituída por 34 artigos, a nova disposição reforçou vorazmente a obrigação dos países de aplicar sanções aos infratores e de combater todos os aspectos ilegais da produção, posse e tráfico de drogas. (TEIXEIRA, 2017, p.50). Com essa ulterior materialidade, as medidas repressivas dos países do mundo chegam ao seu auge - a ênfase na repressão se percebe pela alteração do título, antes tido nos diplomas como “sobre entorpecentes” ou “sobre substâncias psicotrópicas”, mas agora, “contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas”, - além da normatização dos institutos criminalizadores, aqui previstos de imediato no artigo 3º da Convenção. Assim, seguindo esse modelo de combate, no final de década de 80, parecia que

todos os países signatários seguiam os mesmos ideais, qual seja, o combate às drogas ilícitas de forma repressiva, como um objetivo coletivo global. (BOITEUX, 2009, P. 19) Segundo Rosa Del Olmo (2002, p.67), o Documento de 88 “é sumamente repressivo que visa a desmantelar as organizações de traficantes, através da extradição e confisco de seus ativos, impondo às autoridades dos Estados-partes obrigações específicas ainda não contempladas pelo direito de cada país.”

A sua natureza extremamente repressiva é demonstrada, evidentemente, na utilização de termos agressivos, como “guerra às drogas”; “combate” e “eliminação”. Fica demonstrado que a vontade do combate aos entorpecentes era emocional e irracional, posto que esse sentido foi extraído da Convenção de Viena, a qual se internacionalizou de forma definitiva a política americana de “guerra às drogas”. (BOITEUX, 2009, P.19)

No que diz respeito a questão criminal, a Convenção de 1988 foi tão agressiva, que impôs que os Estados-parte adotassem as medidas que fossem necessárias para enquadramento das atividades ligadas às drogas como ilícitos penais. Tal afirmação pode ser fundamentada levando como base que, pela primeira vez, o porte, a aquisição e o cultivo de drogas para uso pessoal foram tipificados como crime (PRADO, 2013, P.22), além de determinar a proibição e apreensão de equipamentos destinados à prática do tráfico, bem como a criminalização da incitação pública ao consumo de drogas; participação no crime de tráfico; associação; tentativa e cumplicidade. (BOITEUX, 2009, P. 19-20)

Posto isso, é possível perceber que a Convenção de Viena de 1988, tem uma influência direta da política de “*war on drugs*”, aprofundada naqueles anos 80 do século XX, mudando a ênfase do gerenciamento da questão das drogas para a guerra feroz contra o tráfico ilícito de entorpecentes – questão que estava no auge, tendo em vista a forte atuação de Pablo Escobar na Colômbia – nos Estados Unidos – necessitando de atenção e reprimenda de maneira urgente da comunidade internacional.

Nesse sentido, Mariana Teixeira (2017, p.51) explicita de forma clara uma série de obrigações aos Estados, prevista pelo Tratado, no que se refere à incorporação do delito de tráfico de drogas às legislações domésticas dos países. A Convenção trouxe uma lista extensa e detalhada do que deveria ser incorporado:

A produção, o fabrico, a extração, a preparação, a oferta, a venda, distribuição, [...] transporte, importação ou exportação de qualquer estupefaciente ou substância psicotrópica contrária às disposições da Convenção de 1961 ou da Convenção de 1971, bem como o cultivo de papoula do ópio, arbusto de coca ou da planta de cannabis, a fim de produzir narcóticos; a posse ou compra de qualquer estupefaciente ou substância psicotrópica com a finalidade de fazer qualquer das atividades acima, a organização, gestão ou financiamento de qualquer das infrações [enumeradas anteriormente] e lavagem de dinheiro procedente do comércio ilegal de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (BRASIL, 1991).

A Convenção de 1988 trouxe também medidas coercitivas que deveriam ser adotadas pelas autoridades, a exemplo da forma de punição para os crimes de tráfico de drogas e conexos, como lavagem de dinheiro. Por fim, a questão do uso próprio também é abordada na Convenção de 1988, obrigando os Estados a criminalizarem a posse, a compra e o cultivo de entorpecentes ou substâncias psicoativas. (TEIXEIRA, 2017, p.51)

Os compromissos internacionais – Convenções anteriormente mencionadas – foram ratificadas pelo Brasil e começaram a mostrar efeitos, a princípio, pela Constituição Federal. Os primeiros efeitos observados, estão no rol de garantias fundamentais, sendo disposições penais doutrinariamente denominadas de “mandatos constitucionais de criminalização”, como a previsão de um regime jurídico de rigor máximo para o tráfico ilícito de entorpecentes. (PRADO, 2013, P.25)

No ano de 2005, a partir da regulamentação da Política Nacional sobre Drogas pelo Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas, foi possível perceber que o Brasil adotou em seu sistema interno, cinco principais vertentes e focos de atuação, sendo elas (I) a prevenção; (II) o tratamento, recuperação e reinserção social; (III) redução de danos; (IV) redução da oferta; (V) estudos, pesquisas e avaliações, que serão destrinchados oportunamente. (UILLÉ et al., 2015, P.2)

Observado esse breve introito, o(a) leitor(a) terá maiores condições de examinar como que Documentos específicos, bem como a forma brasileira de se portar perante a matéria, moldou as relações jurídicas envolvendo substâncias entorpecentes hodiernamente.

### 2.3.1 Da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 e a sua influência para o mundo

No auge do narcotráfico, nos anos 80, protagonizado por Pablo Escobar e pelo Cartel de Medellin, o tráfico de cocaína alçou ares internacionais. Países como México, Colômbia e Peru tornaram-se grandes produtores da droga, ensejando uma forte distribuição mundial, principalmente para os Estados Unidos, grande consumidor, que já vinha combatendo o uso de entorpecentes em seu território.

Mediante o desenvolvimento histórico e o incremento das políticas de combate às drogas e ao tráfico, o sistema internacional atinge o seu ápice com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, a qual chancelou a política de guerra às drogas adotada pelos tratados internacionais e incitado pela agência de drogas americana. Sendo assim, a Convenção de 1988 possuiu o objetivo de oferecer uma firme resposta punitiva às práticas delitivas.

Para Salo de Carvalho (2010, p.46), o Tratado tem como objetivo reedificar a política de *war on drugs* instaurada pelo governo norte americano no início dos anos 80, de forma a reconhecer que a erradicação do tráfico ilícito de entorpecentes é responsabilidade comum de todos os entes e que, para isso, é necessária uma ação coordenada a nível internacional. Ademais, o documento configura-se imprescindível à intensificação dos meios jurídicos em matéria penal para suprimir as atividades criminosas do tráfico internacional.

Com essa política impetuosa, oriunda da Convenção, Henrique Soares Carneiro (2002, p.18) manifesta que *a posteriori* a guerra às drogas torna-se prerrogativa para invasão do Estado na vida pessoal do cidadão, até mesmo no mais íntimo dos seus ambientes, qual seja, o corpo. O domicílio – asilo inviolável do indivíduo – passa a ser violável em nome da suspeita da posse de drogas, bem como o interior do corpo passa a ser jurisdição química do Estado, tendo em vista que este passa à prerrogativa de ditar, de forma autoritária, as substâncias que podem ou não serem ingeridas pelo indivíduo, excluindo completamente o poder de decisão dos sujeitos, bem como a liberdade e disposição do seu próprio corpo.

Henrique Carneiro ainda fala da existência de um controle “aduaneiro” das fronteiras

da pele, em que a intervenção e a vigilância se sobrepõem à liberdade e direito de cada um. Em razão da ineficiência de práticas no combate ao uso e comércio de drogas, tem-se a ampla possibilidade do *quantum* aqui estabelecido.

No que se refere à influência da Convenção para o mundo, isso se deve ao teor autoritário do Documento e a ampla aceitação pelos países, inclusive na adoção das normas pelos sistemas penais mundiais, a exemplo do Brasil, o qual promulgou a Convenção no ano de 1991; frise-se que este instrumento trouxe medidas categóricas contra o tráfico de drogas, incluindo o combate à lavagem de capitais e o fortalecimento do controle de percussores químicos, além da cooperação na extradição de traficantes de drogas. Essa aceitação mundial do Documento se deu, de grande modo, em razão da ilusória promessa de combate ao tráfico de entorpecentes, o qual, àquela época, assolava o mundo, especialmente a América.

Outra grande influência da Convenção de 1988 para os sistemas penais do mundo foi a uniformização das descrições típicas das ações ilícitas, ampliando os delitos relacionados com drogas, visto que, além da incriminação do tráfico e do uso de drogas, fora instituída a previsão legal da proibição e da apreensão de equipamentos e materiais destinados a uso na produção de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. Percebe-se, assim, a criminalização da incitação pública do uso e consumo de drogas, a punição da participação no crime de tráfico, a associação, tentativa, bem como cumplicidade e assistência para a prática dos delitos. (PERFEITO, 2018, p.52)

À vista disso, o tipo penal de associação para o tráfico nasce da influência da Convenção de 88, sendo uma manobra inteligente da delegação dos EUA, uma vez que os líderes do tráfico dificilmente chegavam perto das drogas. Desse modo, seria impossível condena-los sem a possibilidade de acusá-los de associação.

Para Luciana Boiteux (2009, p.19) a Convenção teve uma influência muito forte na questão criminal dos Estados signatários, haja vista que estes eram obrigados a adotarem as medidas que se verificassem necessárias para tipificar como crime em suas leis internas todas as atividades ligadas à produção, venda, transporte e distribuição das substâncias incluídas nas listas dos tratados de 1961 e 1971. Concluiu-se aduzindo que o documento teve importante papel na ampliação do alcance das chamadas “ofensas relacionadas com drogas”, pois além da incriminação, tipificou os crimes correlatos já postos no parágrafo anterior, e definiu o tráfico ilícito de

entorpecentes nos sistemas penais dos mais diversos países do mundo (BOITEUX, 2009, p. 19).

Especialmente na América Latina, a influência da Convenção de Viena nos sistemas penais nacionais foi notória, perspectiva que ocorreu, essencialmente, em razão da forte pressão estadunidense, a qual acabou por criar legislações penais de exceção nesses locais. Foi a partir daqui, pela primeira vez, que a repressão penal passou a incluir usuários de drogas, acarretando com que pontos da política criminal e dos direitos humanos fossem questionados, em virtude da prisão – medida de repressão – ser estigmatizante e ineficaz. (BOITEUX, 2009, p.20)

Nesse diapasão, seguindo os princípios e características da Convenção de 1988, o modelo de guerra às drogas espalha-se pelo mundo com alto grau de adesão. Cerca de 10 anos após a Convenção de 1988, na Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU, os países signatários decidiram pela continuidade da política proibicionista, assumindo medidas e metas comuns de eliminar o mercado de drogas do mundo até 2008, ou pelo menos reduzir o comércio e consumo significativamente. (PERFEITO, 2018, p.52)

Destarte, é possível perceber que, apesar da falta de sucesso das metas estabelecidas, nenhum país buscou rever as políticas proibicionistas adotadas e as medidas de repressão aplicadas como forma de combater o mercado ilícito de entorpecentes. Apesar de nações como Suíça e Canadá terem apresentado experiências positivas na revisão do modelo proibicionista – perspectiva que fora seguida por países como Portugal, Espanha e Holanda; salientando-se que esta manteve a incriminação do uso em sua lei –, a maioria das nações optou por manter a política fracassada.

Na perspectiva aduzida, vale mencionar *in casu* que a abordagem de redução de danos sustentada pela Europa ganhou espaço frente à política punitiva tradicional dos Estados Unidos desde o final do século XX. Assim, acabou-se por agravar a situação social dos países periféricos, que são duramente acometidos pela exclusão social e desigualdade, a exemplo do Brasil e dos países em desenvolvimento.

### 2.3.2 Da Política Nacional de Drogas

As políticas nacionais sobre drogas se iniciam e se desenvolvem com base nas convenções internacionais – os compromissos internacionais adotados pelo Brasil começaram a mostrar efeitos, a princípio, por meio da Constituição Federal de 1988. Os primeiros efeitos observados estão no rol de garantias fundamentais, sendo disposições penais doutrinariamente denominadas de “mandados constitucionais de criminalização”, a exemplo da previsão de um regime jurídico de rigor máximo para o tráfico ilícito de entorpecentes (PRADO, 2013, p. 25).

No ano de 2005, a partir da regulamentação da Política Nacional sobre Drogas pelo Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas, foi possível perceber que o Brasil adotou em seu sistema interno, cinco principais vertentes e focos de atuação. Consoante Maria Tereza Uille *et al* (2015, p. 02), são eles (i) a prevenção, (ii) o tratamento, (iii) o tratamento, a recuperação e a reinserção social, (iv) a redução de danos, bem como (v) a redução da oferta.

Explicando melhor essas vertentes, fundamenta-se que a prevenção não somente está relacionada com capacitações e intervenções, mas também coma necessidade de aprofundamento das técnicas para a educação preventiva sobre drogas (GOMES et al, 2015, p. 02). Nesse limiar, estipula-se especificamente sobre a técnica metodológica técnica metodológica, como bem enfatizado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) no documento sobre normas internacionais sobre a prevenção do uso de drogas.

Noutro lado, a vertente de tratamento, recuperação e reinserção social, está especialmente ligada às áreas de saúde e serviço social, dando destaque a outra vertente, qual seja a redução de danos. (UILLE GOMES et al., 2015, P.2) Esta consubstanciou-se num método adotado como forma de evitar a conduta repressiva com relação, especificamente, aos usuários de drogas, que no momento da disseminação do proibicionismo, sofriam uma forte perseguição, inclusive com o encarceramento massivo (SALLES, 2015, p. 11).

No Brasil, este tema foi inserido em eixo próprio e diferenciado pela Política Nacional de Drogas, o que gera um certo destaque. No entanto, salienta-se que a doutrina e a legislação não possuem um posicionamento uniforme sobre seu conceito e

abrangência. (GOMES *et al*, p. 03).

A quarta vertente adotada pelo Brasil como forma de política de combate às drogas foi a redução da oferta. Nesta, a discussão fundamenta-se no âmbito da segurança pública, especialmente no que tange a repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, ainda que atue também de forma mais ampla, incluindo a fiscalização e intervenção das atividades lícitas. (GOMES *et al*, 2015, P.3)

Por fim, para Flavia Ziliotto (2015, P.3), o último dos eixos adotados pelo Brasil, qual seja, os estudos, pesquisas e avaliações – que são responsáveis pela elaboração de indicadores, dados, avaliação e monitoramento do resultado acerca dos outros eixos e das drogas –, ainda está em estágio inicial. Por este motivo, deve haver uma melhora significativa para que as políticas públicas adotadas com base nesses indicadores possam surtir efeitos melhores e mais bem consubstanciados em dados científicos.

Logo em seguida à regulamentação da Política Nacional de Drogas pelo CONAD, foi promulgada a nova lei de drogas – Lei Federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 –, a qual, de imediato, no bojo de seu artigo 1º, institui um sistema específico para a política de drogas no Brasil. Esse sistema foi denominado de Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD):

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. (BRASIL, 2006)

Segundo o Decreto Federal nº 5.912 de 2006, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas é composto pelo Conselho Nacional Antidrogas (CONAD), pela Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD), pelos Estados e pelo Poder Executivo Federal. Tais entes possuem como objetivo as atividades de repressão ao uso, tráfico e produção ilegal de entorpecentes, bem como atuam de forma preventiva no indevido uso de substâncias que causem dependência física ou psíquica. (NUCCI, 2014, p. 298).

A Lei Federal nº 11.343/2006, com o intuito de solidificar ainda mais a política nacional sobre drogas, instituiu em seu art. 3º, a finalidade do Sistema Nacional Antidrogas.

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

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

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

§ 1º Entende-se por Sisnad o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo-se nele, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 2006)

Com base no texto legal, é possível perceber que o SISNAD, baseando-se na regulamentação de 2005 do CONAD, ratifica as duas finalidades da política de drogas. Uma encontra-se vinculada à prevenção – que tem como sujeito o consumidor de drogas (dependente ou não) –, ao passo que a outra detém finalidade, repressiva – atuando sobre os sujeitos que produzem sem autorização ou traficam ilicitamente (BIANCHINI, 2013, p. 38).

Ademais, com base no artigo 4º da nova lei de drogas, é possível observar todos os princípios que norteiam a Política Nacional de Drogas.

Art. 4º São princípios do Sisnad:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX – a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do

uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;

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

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

No que se refere aos princípios da política, Alexandre Bizzotto, Andreia Rodrigues e Paulo Queiroz (2010, p.15), destacam o inciso I, o qual versa sobre os direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente a liberdade e autonomia humana. Nesse sentido, os autores declamam ser no mínimo “pitoresco” o dispositivo, tendo em vista o caráter proibicionista do sistema político criminal brasileiro, especificamente em relação ao usuário, e nisso, leia-se também dependentede droga.

O paradoxo existente, nesse sentido, estaria suprimido caso não existisse o tipo penal do artigo 28 da Lei de Drogas, todavia, a sua existência faz-se presumir que a disposição do inciso I do artigo 4º da Lei Federal nº 11.343/06 serve apenas como forma de unificação do pensamento, excluindo as interpretações diversas. A conclusão que se chega é que o exercício da liberdade e da autonomia é mais um discurso de aparência do que uma medida de eficácia. (BIZZOTTO; RODRIGUES; QUEIROZ, 2010, p.15)

Por sua vez, o inciso V do artigo 4º da Lei de Drogas trouxe para à Política Nacional Antidrogas o instituto da responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade, reconhecendo a importância da participação social no SISNAD. Nesse contexto, a doutrina entende que a redação contribui para a implementação de um Estado-Mínimo, sendo que, de certo, é dever do Estado a promoção de políticas – não sendo função do Estado delegar suas responsabilidades à sociedade, a qual poderá colaborar, mas, de forma alguma, assumir os deveres estatais. (BIZZOTTO; RODRIGUES; QUEIROZ, 2010, p. 17)

A Lei de Drogas, trouxe no inciso VII do artigo 4º, a integração nacional e internacional da política de drogas; o caráter transnacional do tráfico e das drogas insurge na necessidade de serem adotadas medidas integradas de combate, perspectiva que é recorrente nos fóruns internacionais. Nesse sentido, ao longo dos anos, inúmeros tratados foram convencionados e ratificados pelo Brasil, os quais vislumbram um vetor comum, que – em detrimento das diferenças culturais, religiosas e econômicas –

acaba provocando um jogo de interesse. (BIZZOTTO; RODRIGUES; QUEIROZ, 2010, p. 18)

Nesse cenário, é importante salientar que as estratégias adotadas provenientes de discussões internacionais devem respeitar a Carta Magna de 1988 e afastar qualquer intercessão externa aos interesses nacionais. De forma similar, os Estados, por meio dos órgãos do SISNAD, devem planejar os seus métodos de atuação, considerando as suas particularidades, de forma que alcancem suas finalidades. (BIZZOTTO; RODRIGUES; QUEIROZ, 2010, p. 19)

O instituto mais atual sobre a Política de Drogas no Brasil é a Política Nacional sobre Drogas (PNAD), criada pelo Decreto Federal nº 9.761/2019, sendo uma política completa e atualizada. Este instituto trouxe em seu texto, especificamente no tópico 2.3 dos pressupostos da PNAD, o reconhecimento das diferenças entre usuário, dependente e traficante, bem como a previsão de um tratamento criminal diferenciado, o qual leva em consideração a natureza, a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação de apreensão, senão vejamos:

## 2. PRESSUPOSTOS DA POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS

2.3. Reconhecer as diferenças entre o usuário, o dependente e o traficante de drogas e tratá-los de forma diferenciada, considerada a natureza, a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação de apreensão, as circunstâncias sociais e pessoais e a conduta e os antecedentes do agente, considerados obrigatoriamente em conjunto pelos agentes públicos incumbidos dessa tarefa, de acordo com a legislação. (BRASIL, 2019)

Posto isso, esse reconhecimento trazido pela nova Política Nacional de Drogas é o entendimento primaz que vem sendo construído na legislação e na doutrina, a fim de tratar de forma diferente o usuário/dependente de droga do traficante – esse tratamento se refere não somente às medidas punitivas (repressivas), mas também ao tratamento preventivo, direcionado à questão da saúde pública -.

Ademais, os pressupostos trazidos pela PNAD dizem respeito principalmente ao trabalho da autoridade policial, indicando elementos que devem ser verificados no caso, para que a partir disso possa ser tomada as medidas cabíveis. Entretanto, é necessário frisar, que as discricionariedades desses pressupostos devem ser analisadas de forma cuidadosa, uma vez que a seletividade do sistema penal pode ensejar uma tipificação equivocada do delito, nesse sentido, é crível se falar em

critérios objetivos que evitem esse poder arbitrário da autoridade competente - ponto central a ser estudado na presente pesquisa -.

### **3 MATERIALIDADES NORMATIVAS DA LEI FEDERAL Nº 11.343/06 APLICADAS AO COMBATE DO TRÁFICO DE ENTORPECENTES NO BRASIL**

A nova Lei de Drogas foi promulgada cerca de trinta anos depois da entrada em vigor da Lei 6.368/76, tendo passado por um longo caminho até sua criação, haja vista a retalhada Lei nº 10.409/2002, a qual teve grande parte de seu texto legal vetado pelo Presidente da República à época. Analisando comparativamente o projeto de lei proposto pelo Executivo e o texto aprovado pelo Congresso, percebe-se que ambos seguem uma linha bastante semelhante, principalmente no que se refere à despenalização do uso (BOITEUX, 2009, p.34).

Veja-se a redação do Projeto de Lei 7134/2022:

Art. 22. Adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo para consumo pessoal, em pequena quantidade, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Medidas de caráter educativo:

I - prestação de serviços à comunidade;

II - comparecimento a programa ou curso educativo;

III - proibição de freqüência a determinados locais;

IV - submissão a tratamento.

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

§ 2º As medidas previstas nos incisos I, II, III e IV do caput serão aplicadas pelo prazo máximo de um ano, tratando-se, porém, de infração do art. 14, § 4º, poderá a medida referida no inciso IV ter a duração da pena privativa de liberdade fixada.

§ 3º As medidas previstas nos incisos I a IV, que não serão consideradas para efeito de reincidência, poderão ser cumuladas entre si.

§ 4º A prestação de serviços à comunidade será cumprida, preferencialmente, em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, todos eles, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários dependentes de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 5º 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. § 6º Na hipótese de desatendimento, pelo agente, das condições relativas à medida a que se refere o inciso IV, poderá o juiz determinar o seu cumprimento compulsório, inclusive com a internação em estabelecimento

apropriado (BRASIL, 2022)

A Lei Federal nº 11.343/2006, também conhecida como nova lei de drogas, apresenta sua estrutura organizada em seis títulos, na seguinte forma (i) disposições preliminares, (ii) sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, (iii) das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas – sendo aqui o momento em que haverá a abordagem dos crimes e das penas -, (iv) da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, (v) e (vi) tratam da cooperação internacional e das disposições finais e transitórias.

À vista disso, pode-se ilustrar que os títulos III e IV são os mais importantes da lei, posto que se extrai a vontade de repressão ao tráfico ilícito de drogas e prevenção/redução de danos dos usuários/dependentes. Acerca do tema, evidente são os comentários de Andrey Borges de Mendonça (2008, p.20)

Com efeito, a lei torna clarividente, desde a ementa, a designação dos títulos e o art. 1º, que o Estado pretende tratar a questão das drogas por ângulos diferenciados de atuação. Por um lado, tem a intenção de prevenir o uso indevido de drogas pela população, disciplinando os meios e as políticas que o Estado adotará para tanto. E por reconhecer que o uso de drogas é disseminado na sociedade, também pretende o Poder Público criar medidas para atender aos usuários e dependentes, bem como reinseri-los no meio social. Por outro lado, sabe-se que é preciso reprimir o tráfico e a produção de drogas por medidas severas, o que implica a necessária dotação de normas jurídicas que dêem lugar à efetividade das medidas a tomar nesse sentido.

Com a presente estrutura e a nova forma de abordagem, a lei evidencia que o legislador, ao criar o dispositivo, buscou abordar a temática *in fine* por diferentes escopos de atuação. É possível perceber o intuito de prevenção do uso de drogas e o cuidado com os usuários e dependentes, entretanto, se observa também o viés repressivo da lei, tendo em vista a criação das normas jurídicas de reprimenda ao tráfico de drogas, veja-se: (ROSA; CARVALHO, 2012, p.336)

## TÍTULO II

### DO SIS TEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

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

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

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

§ 1º Entende-se por Sisnad o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo-se nele, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios

§ 2º O Sisnad atuará em articulação com o Sistema Único de Saúde - SUS, e com o Sistema Único de Assistência Social – SUAS (BRASIL, 2006)

Nesse sentido, Nicolas Perfeito (2018, p.58) propugna que o Brasil estaria em uma encruzilhada legislativa, haja vista possuir tanto um viés de políticas proibicionistas – buscando a extinção total –, quanto de políticas de redução de danos, vislumbrando a redução da demanda de entorpecentes e o respeito à liberdade individual de cada indivíduo.

A nova lei surge como um marco acerca do novo tratamento jurídico ao combate do tráfico de drogas, especialmente no que concerne ao usuário e ao traficante de drogas, haja vista que diferentemente das legislações anteriores, esta adota uma premissa que a pena de privação de liberdade em nada contribui para o problema social do uso indevido de drogas, o qual deve ser analisado sob a perspectiva da saúde pública. Nesse sentido, a *novatio legis* busca trazer medidas destinadas à redução de riscos e danos. (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, p.1141)

Essa abordagem de saúde pública decorre do estudo da função, missão e finalidade do próprio Direito Penal, o qual consiste na proteção dos bens jurídicos fundamentais, visando a garantia de uma convivência pacífica, livre e igualitária pelos indivíduos e pela comunidade (ROSA; CARVALHO, 2012, p.340). Apesar dessa vertente, é inquestionável que a Lei de Drogas ainda é repressiva, sendo possível identificar tal característica através das suas consequências jurídico-penais, como por exemplo a pena mínima de cinco anos de reclusão para o crime de tráfico – somente um ano a menos do que a pena para homicídio simples – trazendo à baila o direito penal do autor como parâmetro para condenações (GOMES, 2016, p.13).

João José Leal (2007, p.142) sustenta que o recrudescimento da repressão ao tráfico – haja vista o aumento da pena mínima do crime – representa uma resposta do Estado em face da insegurança e do medo que impera nos grandes centros urbanos, especialmente nas zonas ou bairros periféricos e marginalizados, os quais são

geralmente tomados e controlados pelo tráfico ilícito de drogas.

Consoante Salo de Carvalho (2010, p.69), essa dupla atuação da Lei Federal nº 11.343/06, acaba por nivelar a resposta penal ao traficante e ao dependente/usuário de drogas, tendo em vista sua forma diferente de tratamento para cada um. Nessa análise, o traficante de drogas seria reprimido veementemente, com penas severas de privação de liberdade e multa, e o usuário seria alvo de penas alternativas descarcerizadoras.

No que se refere ao delito de tráfico de drogas em si, embora a Constituição Federal – através do seu artigo 5º, inciso XLIII – e a Lei de Crimes Hediondos – art. 2º, caput – tragam a expressão “tráfico ilícito de entorpecentes”, a Lei Federal nº 11.343/06 não positiva um crime cujo nome seja “tráfico de drogas”, desse modo, para tipificação do crime em específico, deve-se analisar os núcleos verbais do tipo penal e a interpretação dada pela jurisprudência, o que acarreta muitas vezes em uma seletividade penal.

Salo de Carvalho *et al* (2007, p.147) diz que essa vagueza na estrutura normativa incorre em uma disparidade entre as quantidades de penas previstas, não abarcando um tipo penal intermediário e proporcional, ocasionando a expansão do senso comum punitivo e projeção da subsunção de condutas dúbias nos dezoito verbos nucleares do tipo penal. Nesse sentido, os capítulos vindouros destinar-se-ão à discutir tais materialidades, estabelecendo, por fim, o posicionamento dos Tribunais Superiores, na contemporaneidade, quanto ao caráter distintivo de porte de drogas para consumo pessoal e tráfico de entorpecentes.

### 3.1 DO ARTIGO 33 E DA CORRETA HERMENÊUTICA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Inicialmente, é necessário mencionar que, com a criação da Lei 11.343/06, houve a substituição do termo “substância entorpecente” pela expressão “droga”, uma vez que a Organização Mundial de Saúde considerou a palavra entorpecente imprópria, preferindo a adoção do novo termo. No entanto, para Renato Brasileiro de Lima (2019, p.1142) o termo “drogas” não consiste em um elemento do tipo normativo, ocasionando uma norma penal em branco que deve ser complementada.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2019, p.1142), para que uma substância seja considerada “droga” para fins de aplicação do direito penal, não basta somente que cause dependência física ou psíquica, é necessário constar na Portaria nº 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou então a conduta será atípica. Daniel Nicory do Prado (2013, p.33) afirma que o legislador criou um conceito bastante amplo para a substância que, apesar da menção à lei, não traz uma relação das drogas em si, deixando todo o poder de regulação na mão da autoridade administrativa.

Dessa maneira, faz-se imperioso a análise de como não só a Lei Federal nº 11.343/06 tende a diferenciar o porte para consumo pessoal do tráfico de entorpecentes, como também trazer tópicos sobre a (in)segurança jurídica e as formas que o Poder Judiciário brasileiro vem se comportando perante a matéria. Realizando tal ato, o(a) leitor(a) terá melhores condições de entender o objeto da presente monografia.

### **3.1.1 O artigo 28 e o desenvolvimento de uma postura racionalista quanto ao porte de drogas para consumo pessoal**

O artigo 28 da Lei 11.343 de 2006 explicita que será incurso no tipo de porte de entorpecentes para uso quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Senão, veja-se:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

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

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

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

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

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. (BRASIL, 2006)

O porte de drogas para consumo pessoal é uma inovação da Lei Federal nº 11.343/06 em relação ao usuário de entorpecentes. Em perspectiva contrária ao que ocorreu ao tipo do tráfico – que com o advento da nova Lei de Drogas teve sua pena aumentada –, no porte de drogas para consumo, a pena foi drasticamente suprimida em substituição à linha repressiva adotada pela Lei 6.368/76, restando apenas medidas alternativas de prisão. (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, p.1145)

O novo instituto surge ratificando uma tendência normativa implementada aproximadamente vinte anos antes, qual seja, a da impossibilidade de privação de liberdade do sujeito abordado na posse de drogas destinadas a seu uso (PRADO, 2013, p.44). Nesse sentido, surge o debate acerca da ocorrência ou não da descriminalização, na qual, Luiz Flávio Gomes (2013, p.133) ao afirmar que o fato deixou de ser criminoso em sentido estrito, ficou em posição minoritária, posteriormente adotando uma solução intermediária (infração penal *sui generis*).

Segundo Antônio Baptista Gonçalves (2012, p.46), a Lei Federal nº 11.343/2006, ao estabelecer que o dependente/usuário de drogas não seria mais preso, adentrou na questão da despenalização da conduta e não na sua descriminalização. O autor complementa sustentando que o usuário ao consumir a droga não provoca lesão ao bem jurídico de terceiros, desse modo, fazê-lo ingressar no sistema prisional, por exemplo, representaria uma medida ineficaz para o problema.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal (RE 430105), o artigo 28 surge como forma de despenalização da conduta, cujo traço marcante foi o rompimento da

imposição de sanções privativas de liberdade como medida precípua ou alternativa de toda infração penal. Posto isso, conclui-se que não houve uma descriminalização da posse para uso de entorpecentes, mas apenas uma despenalização – a conduta continua tipificada e considerada ilícita, podendo o agente responder criminalmente.

De tal forma, ao não cominar pena privativa da liberdade, o artigo 28 não implicou *abolitio criminis*, mas simples despenalização, isto é, manteve a criminalização, mas optou por vedar a pena privativa da liberdade (QUEIROZ, 2010). Nesse diapasão, Rogério Cunha (2013, p. 136) sabiamente conceitua a infração como *sui generis* em branco – alude-se como “*sui generis*” por conta de o artigo 28 não tratar de crime nem contravenção, ao passo que “em branco” por conta da necessidade de um complemento normativo.

Dessa forma, leciona Luiz Flávio Gomes (2013, p.133):

Infração *sui generis*: se as penas cominadas para a posse de droga para consumo pessoal são exclusivamente alternativas, não há que se falar em “crime” ou em “contravenção penal”.

O art. 28, conseqüentemente, contempla uma infração *sui generis* (uma terceira categoria, que não se confunde nem com o crime nem com a contravenção penal)

Guilherme Nucci (2014, p.312) indica a presença da lei penal em branco suscitando que a norma carece de complemento para lhe dar sentido e condições de aplicação. Acrescentando, Luiz Flávio Gomes (2013, p.137) ensina que a lei penal em banco demanda um complemento valorativo ou normativo, sendo que, no caso do artigo 28 da nova Lei de Drogas, será necessário o complemento normativo, qual seja, a lista das drogas proibidas prevista pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Um exemplo acerca da necessidade de um complemento normativo é que, mesmo que o sujeito pratique algum dos verbos do tipo, caso a substância – objeto da lei – não seja apreendida ou não possa ter sua constatação realizada, não há de se falar em materialidade do delito. Enseja-se, assim, a absolvição do agente em virtude da atipicidade da conduta; de igual forma ocorre se não houver previsão da substância no rol da ANVISA (GOMES, 2013, p.137).

Em relação aos sujeitos da conduta, na infração penal de porte de droga para consumo pessoal, o sujeito ativo pode ser qualquer p e s s o a , semelhante ao

tipo do tráfico; de igual maneira, o sujeito passivo é a sociedade, no entanto, *in casu*, a “vítima” é a sociedade, haja vista o mal potencial que o consumo pode gerar à coletividade. Nesse sentido, o consumo de droga não é punível em razão da impossibilidade de punição da auto lesão. (NUCCI, 2014, p.312).

No tipo penal em destaque, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, sendo direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença. (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, p.1148)

Em relação ao elemento subjetivo trazido pela norma, o dolo há necessariamente de estar presente, visto que a forma culposa não é punível. (NUCCI, 2014, p.312). O delito de posse para uso de drogas é exclusivamente doloso, abarcando a consciência e a vontade de praticar uma das condutas conscientemente típicas descritas no artigo 28 (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, p.1155).

No que concerne a classificação do tipo penal quanto ao objeto, é possível vislumbrar a droga como objeto material e a saúde pública como objeto jurídico. Em relação à classificação, o tipo penal do artigo 28 pode ser dito como (i) comum – ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa –, (ii) formal – que não exige um resultado naturalístico para consumação e efetiva lesão à saúde de outrem –, (iii) livre – cometido por qualquer meio –, (iv) instantâneo na forma “adquirir”, mas também (v) permanente nas hipóteses de “guardar”, “ter em depósito” e “trazer consigo” (NUCCI, 2014, p.314).

No tocante à tipicidade, Luiz Flávio Gomes (2013, p.137) destaca que a conduta somente será típica caso quem “adquira, tenha em depósito ou traga consigo uma droga”, atue desse modo, sem autorização ou em desconformidade com determinação legal. Ademais, vale mencionar que, para haver caracterização do tipo penal do artigo 28, é imprescindível o consumo pessoal; sem essa elementar, todo o dispositivo legal seria inútil, enquadrando as ações no tipo previsto no artigo 33 da Lei de Drogas. É imprescindível que, ao analisar o caso concreto, o julgador faça um juízo de valor acerca da existência ou não do fato típico.

Para Daniel Nicory do Prado (2013, p.44), a nova Lei de Drogas deu um grande passo ao incluir, nos verbos do tipo, as condutas de “ter em depósito” e “trazer consigo”, erradicando o problema de interpretação e até mesmo eventual enquadramento do sujeito no crime de tráfico de drogas, mesmo que, nos tempos atuais, a interpretação

ainda seja comprometida.

O art. 28 da Lei 11.343/06 traz em seu texto – precisamente nos incisos I, II e III – as penas previstas para o delito de porte para uso pessoal de drogas.

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

**I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade;**

**III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.** (BRASIL, 2006)

Como bem mencionado por Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 1145), o dispositivo 28 da Lei de Drogas adotou um método de combate mais ameno, posto que a repressão deu lugar ao que é conhecido como prevenção; tal perspectiva se deu em virtude de o delito ser considerado uma questão de saúde pública e não de segurança pública.

Num primeiro momento, as sanções impostas aos usuários de drogas seriam medidas socioeducativas, muito em razão do modelo de prevenção adotado (SILVANY, 2013, p. 78), entretanto, ao chegar na Câmara dos Deputados, houve uma modificação do termo e aplicou-se a expressão “penas”. Para Andrey Borges de Mendonça (2008, p.56), a alteração na denominação das sanções impostas no ilícito do artigo 28, se deu, especialmente, em decorrência da interpretação que o termo “medida educativa” poderia gerar, principalmente no que se refere a uma possível descriminalização do porte para consumo de substâncias entorpecentes.

Na antiga lei de entorpecentes, o porte para uso próprio estava sujeito a uma pena privativa de liberdade de 6 meses a 2 anos, bem como ao pagamento de 20 a 50 dias multa. Com a chegada da nova Lei de Drogas, a pena cominada foi consideravelmente alterada por medidas alternativas à prisão, como advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento. (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, p. 1162)

Tendo em vista que a pena cominada ao porte para consumo pessoal é muito mais branda, visto a natureza de redução de danos do delito, é necessário haver um mínimo critério objetivo para diferenciar o tipo do artigo 28 do delito do artigo 33, motivo pelo qual assim nasce a questão da fixação de quantidades mínimas. Em que pese existir

indicações normativas nas Leis Federais nº 6.368/76 e 11.343/06 acerca da importância dos critérios quantitativos, tal diferenciação não ganhou destaque no âmbito nacional. (LIMA *et al*, 2007, p.150)

É possível observar que diversos países europeus adotam o critério quantitativo como elemento primaz da diferenciação das condutas, tal critério é definido não somente pelas autoridades competentes, mas também pela jurisprudência. Camile Eltz de Lima *et al* (2007, p.150) afirma que o intuito de um critério objetivo de quantidade é estabelecer condições de (i) obstruir a incidência repressiva – atipicidade formal ou material/princípio da insignificância –, (ii) presumir o uso pessoal e/ou (iii) majorar sanções – tráfico simples/tráfico privilegiado.

Mariana de Assis Brasil e Weigert *et al* (2007, p.150) traz a exemplo o Código Penal Espanhol, o qual estabelece quatro níveis de referencial para incriminação dos delitos de tráfico e/ou uso, levando em consideração a quantidade de droga, jurisprudência e as diretrizes gerais da parte especial do código. Nesse sentido, o artigo 368 do Código penal Espanhol estabelece critérios como (i) posse de quantidade mínima que induz à presunção de consumo próprio – fato atípico – e (ii) posse de quantidade moderada que indica tráfico de entorpecentes, veja-se:

Artículo 368.

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos. (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)

O artigo 369, 5ª, estabelece a (iii) posse de quantidade de notória importância que ocasiona punição agravada. Se não, veja-se:

Artículo 369.

1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

**5.ª Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.** (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)

Por fim, o quarto critério é a posse de quantidade expressiva de droga, a qual, agregada a outros elementos e circunstâncias. Tal perspectiva define condutas qualificadas – artigo 370, 3º do Código Penal Espanhol –, *in verbis*:

Artículo 370.

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

1.º S

3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

**Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.**

En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito. (ESPANHA, 1995)

À vista disso, Mariana de Assis infere que, de acordo com a doutrina espanhola, entre a conduta atípica de posse para consumo e a forma qualificada de extrema gravidade, são estabelecidos referenciais quantitativos objetivos que não permitem qualquer discricionariedade. Nesse diapasão, José Jamon Soriano (2006, p.206) afirma:

El Tribunal Supremo entiende que la posesión de más de 50 gramos de hachís, es indicativo de su destino a ser difundida la droga, desde los 50 gramos hasta 1000 gramos (1ilo), que es el nivel mínimo a partir del cual se reputa la droga objeto del delito, como de notoria importancia, hay un amplio margen que excluye cualquier zona de coincidencia o dudosa.

Na tradução, percebe-se que as quantidades ficam determinadas da seguinte forma; em relação ao haxixe (resina extraída das folhas da cannabis) (i) até 50 gramas o fato é atípico (posse para consumo pessoal), (ii) entre 50 gramas e 1kg, considera-se posse moderada, caracterizando o tráfico simples, (iii) de 1kg a 2,5kg, a quantidade é de notória importância, incidindo as penas agravadas, (iv) acima de 2,5kg a natureza do delito passa a ser de extrema quantidade, aplicando-se o tráfico privilegiado.

Como forma de escolha dessas quantidades, Mariana de Assis *et al* (2007, p.152) estipula que a definição se dá através do consumo pessoal e comércio de drogas. *In casu*, se faz um cálculo pelas agências sanitárias espanholas acerca do consumo médio diário que necessita um dependente, e triplicado na proporção de três vezes, haja vista uma projeção de consumo de três dias; ou seja, um dependente só pode portar drogas na quantidade correspondente há 3 dias de uso.

Salo de Carvalho *et al* (2007, p.152) esclarece que, no Direito Espanhol, cada tipo de droga possui suas quantidades intermediárias; as acima expostas se referem à maconha, já para a cocaína, há uma exponencial redução da quantidade, vide sua natureza danosa. Nesse sentido, é necessário realizar um juízo de valor e proporção para que seja possível criar um critério objetivo de quantidade e evitar a discricionariedade arbitrária do julgador.

### **3.1.2 A punibilidade de sujeitos de direito pelo artigo 33 da Lei Federal nº 11.343/06 como *ultima ratio***

Isso posto, adentrar-se-á no estudo do artigo 33 da Lei 11.343/06, principal tipo penal da Lei e o de maior incidência no sistema carcerário brasileiro. Trata-se de um crime comum e de perigo abstrato, que para sua consumação basta a realização de algum dos verbos do tipo penal, independentemente de prova, visto que a legislação já previu/presumiu a probabilidade do dano.

Senão, veja-se:

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, à agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

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

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

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

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

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (BRASIL, 2006)

Ao se mencionar essa presunção absoluta, surge a corrente que sustenta a violação de diferentes princípios penais, como o da responsabilidade pessoal; o da culpabilidade e o mais importante, o da presunção de inocência. Todavia, é possível defender que nada disso ocorrerá se o legislador agir dentro dos parâmetros democráticos inerentes a sua função de criação de tipos penais, baseando-se em regras de experiências sólidas e estruturadas. (NUCCI, 2014, p.327)

Na conceituação do delito, Daniel Nicory do Prado (2013, p.70) vai além e diz que o tráfico é um crime comum, doloso, de perigo abstrato, e que em determinados momentos é instantâneo e em outro permanente. No que se refere ao caráter permanente do delito, levantado por Nicory do Prado, Renato Brasileiro de Lima (2019, p.1187) menciona que o artigo 33 da Lei. 11.343/06 prevê algumas condutas permanentes, como a exposição à venda; ter em depósito; transportar; trazer consigo e guardar.

Brasileiro de Lima (2019, p.1186) leciona que:

Os vários núcleos verbais constantes do art. 33 da Lei de Drogas fazem dele um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Assim, mesmo que o

agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade.

No que diz respeito a análise do núcleo do tipo, há dezoito condutas tipificadas no texto legal, que aliadas ao objeto da redação, qual seja, droga, constitui o crime de tráfico de drogas. Nesse sentido, pela multiplicidade de verbos, é razoável afirmar que se trata de um tipo múltiplo, em que a prática de uma das condutas ou de mais de uma delas, representa o mesmo e único tipo penal, devendo o agente responder por um único crime, contudo, eventualmente, caso ocorra um lapso temporal extenso, é possível se falar em concurso de crimes (NUCCI, 2014, p.329).

Ainda em relação às condutas tipificadas, Salo de Carvalho *et al* (2007, p.149) evidencia uma problemática significativa no que tange à diferença entre as ações de “importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, vender e expor à venda” em relação às de “adquirir, oferecer, preparar, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar e entregar de qualquer forma a consumo”, uma vez que, segundo o autor, apesar da gravidade e do diferente tipo de lesão ao bem jurídico, a quantidade de pena imposta é idêntica.

Quanto aos sujeitos do crime de tráfico de drogas, há de se falar em crime comum, uma vez que pode ser praticado por qualquer pessoa, não é exigível uma condição especial do sujeito. Todavia, no tocante ao verbo “prescrever”, aqui, está-se diante de um crime próprio, visto que apenas quem possui a condição de prescrever algo (médico ou dentista) pode ocupar o sujeito ativo do delito (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, p. 1184).

No que concerne à classificação do ilícito penal, não se faz possível falar de um delito material, tendo em vista que neste é necessário um resultado para que o delito seja consumado e no tráfico de drogas não é exigido um resultado, apenas a prática da ação. Sendo assim, pode-se inferir que o ilícito previsto na nova Lei de Drogas é crime de atividade, na modalidade formal, uma vez que o crime estará consumado no momento da prática da ação. (NUCCI, 2014, p.327)

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2014, p.328), há ainda quem alegue que o tráfico de drogas é um crime de dano, tendo em vista que o interesse jurídico tutelado é ferido pela norma. Entretanto, o autor expõe que se essa teoria fosse adotada, o ordenamento estaria diante da teoria do resultado jurídico, isto é, só haveria crime se

houvesse resultado e não sealaria do resultado naturalístico, em que se prevê a punição somente da atividade do agente, independente de modificação no mundo exterior.

Destarte, tendo em vista se tratar de um crime de atividade, a destinação comercial da substância não é imprescindível para o delito, sendo reforçada pela expressão “ainda que gratuitamente”, a qual acompanha os núcleos do tipo, achando-se necessário apenas haver a destinação de droga a terceiros para ensejar o tráfico ilícito de drogas. (PRADO, 2013, p.71)

Para Daniel Nicory do Prado (2013, p.71), a definição acima exposta, em que pese seja genérica e aberta, possui o condão de delimitar o ônus probatório de cada parte no processo penal, evitando sua inversão, fazendo com que cada um comprove o que sustentar, trazendo uma maior equidade nas relações entre agente ativo e passivo da ação.

Nesse sentido o artigo 33 não busca fazer uma referência específica da intencionalidade da ação; caracterizando o crime independentemente da intenção de comércio ilícito ou da mercancia em si. (CARVALHO et al, 2007, p.149) Com efeito, além da desnecessidade da mercancia, é espantosa a relação dos elementos objetivos do tipo, entre o artigo 33 e o artigo 28 da nova lei, restando perceptível uma absoluta correlação dos verbos dos artigos em comento, se diferenciando somente na finalidade da ação, qual seja, o consumo pessoal.

Noutro lado, como circunstâncias indicativas do crime do artigo 33 da Lei 11.343/2006, não basta apenas analisar a quantidade de droga apreendida, faz-se necessário realizar um estudo de caso, principalmente no que se refere: (i) ao local e condição que se desenvolveu a ação delituosa, (ii) às circunstâncias em que o suposto autor do fato foi preso, (iii) a conduta do agente, (iv) qualificação do sujeito e (v) os antecedentes criminais. Nesse diapasão já se decidiu:

Os fatores quantidade e qualidade da droga podem induzir tráfico ou uso próprio, na conformidade de diversos outros fatores (RT 524/403. Cf. NUCCI, 2006, p.770)

Certo que não se classifica o traficante pela quantidade exagerada do tóxico. Mas no caso em tela, não há fugir tratar-se de traficante de cocaína: a quantidade, 320,123g, a condição pessoal do réu, a ausente capacidade econômica para vinculação ao uso, as condições de sua prisão, a ausência total de provas a seu favor, ocupação de ônibus intermunicipal carregando a

elevada quantidade da droga demonstram ser ele traficante (RT 691/297. Cf. NUCCI, 2006, p.770)

Para mais, Daniel Nicory do Prado (2013, p.71) traz uma análise de dois trechos da letra da lei que merecem destaque, primeiro, a lei penal em branco no termo “droga”, cujo complemento deve advir do rol taxativo do Poder Executivo e segundo, na expressão “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, uma vez que a prescrição de droga pode ser permitida, a exemplo de um tratamento experimental.

Rogério Sanches Cunha (2013, p.163), no que se refere à norma penal em branco da Lei de Drogas, tece severa crítica ao sistema adotado, haja vista sustentar como melhor opção uma análise do caso em concreto, junto à uma comprovação, através de laudo específico, acerca do poder de dependência da substância, com o fim de existir uma proteção frente a novas e desconhecidas substâncias.

No que tange às penalidades, o artigo 33 possui duas penas cominadas, sendo elas privativa de liberdade e pecuniária; a pena privativa de liberdade do delito de tráfico varia de cinco a quinze anos de reclusão, possuindo significativa reprimenda até em seu patamar mínimo, já a pena pecuniária varia de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa, possuindo um grau muito mais elevado do que as penas de multa do Código Penal.

A partir disso, Daniel Nicory do Prado (2013, p.72) infere mais uma incoerência para a Lei de Drogas, haja visto que a destinação comercial não é exigida para caracterização do crime, mas notoriamente o proveito econômico foi levado em consideração ao cominar a pena de multa.

De outra forma, o legislador trouxe também para o instituto a espécie do tráfico privilegiado, possibilitando uma redução de um sexto a dois terços, desde que o sujeito cumpra alguns requisitos, veja-se:

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.

**§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente**

**seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.** (BRASIL, 2006)

A previsão é saudável, trazendo um benefício ao infrator que está iniciando na prática criminosa, permitindo uma individualização da pena, com medidas adequadas e proporcionais, em um viés mais preventivo do que repressivo. (MARCÃO, 2015, p.100)

Dessa maneira, pode-se inferir, que de fato a nova Lei de Drogas surgiu com um viés muito mais voltado à prevenção e a questão da preocupação com a saúde pública, uma vez que seus dispositivos a todo momento falam da cultura prevencionista, tendo a repressão – artigos 33 e seguintes - como *última ratio* numa cultura de punição e encarceramento.

Nesse diapasão, utilizando-se do ideal preventivo da Lei de Drogas, principalmente no que tange à redução da pena do infrator, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto da Relatora Ministra Rosa Weber, entendeu pela incidência da minorante, veja-se:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE. PATAMAR DE REDUÇÃO. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. 2. Considerados a primariedade, os bons antecedentes ostentados pelo paciente, a ausência de envolvimento, ou de maior responsabilidade com organização criminosa, ou de dedicação ao crime, impõe-se o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. 3. Quanto ao patamar de redução, proporcional e razoável a fixação da minorante no patamar de 2/3 (dois terços), uma vez inexistentes circunstâncias ou fatos desabonadores ensejadores de aplicação de fração diversa. 4. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF, HC 154.810/MG, 1ª T, rel. Min. Rosa Weber, j. 24-08-2020, DJe nº 221, de 04-09-2020)

Noutro giro, a decisão da segunda turma do Supremo Tribunal Federal, entendeu pela necessidade de um ato decisório adequadamente motivado para que haja a exacerbação da pena-base, haja vista a necessária relação de proporcionalidade e equilíbrio entre a punição estatal e o interesse individual, ratificando mais uma vez o viés prevencionista da legislação:

E M E N T A: RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” – CONDENAÇÃO PELO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA-BASE (NOVE ANOS E SEIS MESES) FIXADA MUITO ALÉM DO GRAU MÍNIMO (CINCO ANOS) PREVISTO PARA O CRIME TIPIFICADO NO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA – ILEGITIMIDADE DA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA PENAL – CONFIGURAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO – RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO, EM PARTE. – Nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo. Isso, contudo, não autoriza o magistrado sentenciante a proceder a uma especial exacerbação da pena-base, exceto se o fizer em ato decisório adequadamente motivado, que satisfaça, de modo pleno, a exigência de fundamentação substancial evidenciadora da necessária relação de proporcionalidade e de equilíbrio entre a pretensão estatal de máxima punição e o interesse individual de mínima expiação, tudo em ordem a inibir soluções arbitrárias ditadas pela só e exclusiva vontade do juiz (STF, RHC 122.469/MS, 2ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, j. 16-09-2014, DJe n. 213, de 30-10-2014)

De igual forma, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento da Suprema Corte, sustentou pela necessidade de atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade dos parâmetros da lei para majoração da reprimenda, no intuito de reprová-lo crime e manter o fim preventivista. Senão Vejamos:

O julgador é dotado de discricionariedade, no tocante ao quantum de majoração da reprimenda, dentro dos parâmetros fixados na lei, devendo sempre se balizar pela proporcionalidade e razoabilidade, assim como pela suficiência da medida, a fim de reprová-lo crime e reprimir o crime, de modo a conferir plena aplicabilidade ao princípio da individualização da pena" (STJ, HC 216.776/TO, 6ª T., rel. Min. Assusete Magalhães, j. 14-5-2013, DJe de 4-8-2014).

Dessarte, percebe-se que é entendimento consolidado que o julgador ao analisar o caso concreto e aplicar as sanções, apesar da sua discricionariedade, deve se atentar aos limites jurisprudencialmente consolidados e caso queira exacerbar a punição do indivíduo, deve fazer de forma muito bem fundamentada, uma vez que a legislação, utiliza a repressão de fato, como último recurso de aplicação.

Isso posto, a fim de esclarecer melhor como se dá a distinção para tipificação do artigo 28 (viés preventivo) e do artigo 33 (viés repressivo), demonstrar-se-á o posicionamento das cortes superiores.

### 3.2 O POSICIONAMENTO DAS CORTES SUPERIORES QUANTO AO CARÁTER DISTINTIVO DE PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL E TRÁFICO DE ENTORPECENTES

O critério de distinção entre as condutas mencionadas, inicialmente, segundo o §2º do artigo 28 da Lei 11.343/06, será a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente infrator. Todavia, a grande questão é que esses critérios são meramente subjetivos, principalmente no que toca a quantidade da substância apreendida e o local em que houve a apreensão.

Em relação à quantidade, o Brasil não possui um critério objetivo que traga uma segurança à legislação e para o agente, ficando toda a perspectiva na esfera da seletividade do julgador. De igual maneira, o local da ação comumente se dá em favelas e periferias, ou em locais próximos à “boca de fumos”, o que enseja que, mesmo que o indivíduo seja de fato consumidor, visto às condições determinantes, seja enquadrado como traficante.

A questão acerca de critérios objetivos para diferenciar legalmente usuários de drogas e traficantes ganham importância diante do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 no Supremo Tribunal Federal, o qual analisa a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. (IGARAPÉ, 2015)

Segundo a nota técnica do Instituto Igarapé (2015), por não existir um critério objetivo de quantidade, sem indicação clara de parâmetros que diferenciem as condutas do artigo 28 e do artigo 33 da nova Lei de Drogas, acaba-se por ensejar uma insegurança notória na aplicação da lei. Posto isso, caso a inconstitucionalidade do porte de droga para uso pessoal seja reconhecida, será extremamente necessário que haja o estabelecimento de parâmetros objetivos a partir dos quais às autoridades levem em consideração no momento de abordagem e apreensão do agente.

Essa necessidade já foi reconhecida pelo STF no Habeas Corpus nº 176.422/SP:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE POSSE DE

DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. 1. Verificada excepcionalidade apta a autorizar a intervenção antecipada desta CORTE, supera-se o óbice da Súmula 691 do STF. 2. A pequena quantidade de maconha apreendida (6g) e as circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação indicam, sem precisar examinar a fundo a matéria fática, que a solução adequada ao caso é a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, nos termos da sentença de primeira instância. 3. Consoante antigo julgado desta CORTE, é questão de direito definir o campo da livre apreciação das provas, para anular decisão calcada em dados meramente subjetivos, fruto de convicção íntima, haurida de elementos probatórios indiretos (HC 40.609, Rel. Min. EVANDRO LINS, Tribunal Pleno, DJ de 3/9/1964). 4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Desse modo pode-se observar que o Supremo Tribunal Federal levou em consideração as circunstâncias previstas no § 2º do artigo 28 – quais sejam, natureza e quantidade da substância entorpecente, bem como as circunstâncias e condições da ação – para que se pudesse realizar a desclassificação da conduta do acusado. Leva-se em consideração claramente a postura preventiva da legislação e a pouca quantidade de maconha apreendida.

Não obstante o STF tenha se utilizado dos critérios subjetivos do artigo 28, no Habeas Corpus 127.986/RS, afirmou que a política de drogas brasileira necessita de uma forte mudança e complementação, principalmente no que se refere aos critérios objetivos de distinção. Segue *ipsis litteris* abaixo:

12. A teratologia do caso, em que um investigado se encontra preso cautelarmente há quase sete meses sem justificativa idônea, suscita uma reflexão mais profunda sobre a atual política de drogas. A forte repressão às drogas, a criminalização do consumo da maconha e a ausência de critérios legais objetivos para diferenciar o usuário e o pequeno e o grande traficante têm produzido consequências mais negativas sobre as comunidades diretamente dominadas pelas organizações criminosas e sobre a sociedade em geral, do que aquelas produzidas pela droga sobre os usuários. Essa política tem importado em criminalização da pobreza, em aumento do poder do tráfico e em superlotação dos presídios, sem gerar benefícios reais para a redução da criminalidade e o aumento da segurança pública.

13. Em verdade, a política designada de “guerra às drogas”, inclusive à maconha, liderada pelos Estados Unidos, é hoje considerada um fracasso por diversos organismos e entidades internacionais. Relatórios emitidos pela Comissão HIV e Direito, Organização dos Estados Americanos – OEA e Comissão de Combate às Drogas na África Ocidental, apenas para citar alguns, afirmam a necessidade de mudanças no enfrentamento do problema, com foco na repressão dos verdadeiros responsáveis pela traficância, e não nos usuários, mulas e pequenos traficantes. Em linha com essas recomendações, diversos Estados norte americanos, alguns países da Europa, como Portugal, e até países da América Latina, como o Uruguai, já trilharam caminhos diversos para o tratamento da questão das drogas.

14. Também no Brasil talvez seja o momento de se pensar em uma correção de rumos. O simples fato de o tráfico de entorpecentes representar o tipo penal responsável por colocar o maior número de pessoas atrás das grades (cerca de 26% da população carcerária total), sem qualquer perspectiva de eliminação ou redução do tráfico de drogas, já indica que a atual política não tem sido eficaz. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

De igual modo o Ministro Sebastião Reis Júnior, em julgamento no Superior Tribunal de Justiça, decidiu:

**EMENTA - PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL COM FULCRO NA ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DEFENSIVO ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 302 E 303, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR NULIDADE DAS PROVAS. ENTRADA DOS POLICIAIS NO IMÓVEL APÓS AUTORIZAÇÃO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO PELO PORTE DE 0,589G DE MACONHA E 1,015g DE CRACK. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE CRITÉRIO QUANTITATIVO. PRECEDENTES DO SUPREMO. PROPOSTA DE ATUALIZAÇÃO DA LEI DE DROGAS PELA COMISSÃO DO STJ. CRITÉRIO OBJETIVO. LIMITE DE 10g. ATIPICIDADE DA CONDUTA. (BRASIL, 2015)**

No relatório o Ministro foi categórico ao dizer que:

O Supremo Tribunal Federal tem apontado no sentido da fixação de um limite quantitativo de drogas que desconfigure a necessidade do encarceramento, sendo 10g (gramas) de cocaína/crack, com base em estudo firmado por diversos especialistas e adaptado à realidade brasileira.

Na espécie, o acusado foi condenado pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 700 dias-multa. Consta dos autos que o acusado foi preso em flagrante por ter em depósito 0,589g de maconha e 1,015g de crack.

Em conclusão, o Ministério Público Federal requer o desprovimento do recurso. Subsidiariamente, requer a concessão da ordem de habeas corpus, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta, com base em critério objetivo, ante a pouca quantidade de droga em posse do acusado (0,589g de maconha e 1,015g de crack), ou, ainda, a desclassificação para o delito de porte para uso pessoal, do art. 28 da Lei 11.343/06. (BRASIL, 2015)

Para mais, faz-se imperioso trazer o parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, a qual inferiu:

Não obstante previsão da Lei 6.368/1976 e da Lei 11.343/2006, a falta do estabelecimento de uma quantidade fixa como critério de diferenciação entre

uso o comércio de drogas tem gerado discrepâncias na interpretação do enquadramento legal, especialmente, quanto ao crime de uso previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Quanto ao tema, se deveria haver uma quantidade fixa de droga que poderia ser considerada como para uso próprio, verifica-se um certo consenso sobre a necessidade de que a fixação de quantidades deveria partir do Legislativo.

Entretanto, diante do caso concreto, mesmo quando o delito é classificado como tráfico, a quantidade de droga, o tipo da droga, a falta de antecedentes do acusado e as condições da apreensão, acabam sendo considerados para a concessão de liberdade provisória, para a dosimetria e para o regime inicial de pena.

Fato é que a ausência de um critério quantitativo, associado a previsões subjetivas dos policiais e dos delegados, faz com que cada delegado estabeleça um critério próprio para o que é tráfico ou porte para uso, a depender normalmente das "circunstâncias sociais", prevista pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 -o que normalmente é reproduzido pela acusação e pelo Juiz no curso processual. (BRASIL, 2016)

Outrossim, embora o STF e o STJ entendam pela aplicação de um critério quantitativo como parâmetro, bem como haja a necessidade de uma objetivação do critério distintivo, é possível perceber que muitas vezes as cortes superiores possuem decisões dissonantes frente à pessoa do acusado. Isso é, o julgador leva em consideração as condições pessoais do acusado, como cor da pele, poder aquisitivo dentre outros, trazendo à baila uma seletividade penal e insegurança jurídica.

Observados no presente capítulo a insegurança jurídica derivada da ausência de critérios objetivos e razoáveis à concreta diferenciação criminal, o(a) leitor(a) possui condições de, *a posteriori*, entender como que o fenômeno vai de encontro a perspectiva do garantismo penal. Desta maneira, far-se-á mais claro e intuitivo o *quantum* dissertado no objeto monográfico *in fine* dissertado.

#### **4 A SELETIVIDADE PENAL E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DA LEITURA JUDICIAL QUANTITATIVA À LUZ DO GARANTISMO PENAL**

A legislação, quando criada, é pensada para incidir sobre toda a sociedade de forma igualitária, não importando as características pessoais de cada indivíduo, contudo, a Lei Federal nº 11.343/2006, especialmente os artigos 28 e 33, atingem de forma heterogênea as diversas classes sociais. Para Orlando Zaccone (2004, p.184) o poder punitivo estatal se dá através de um processo seletivo de criminalização que se desenvolve em duas etapas, sendo chamadas de primária e secundária.

A criminalização primária é exercida através do Poder Legislativo ao sancionar uma lei que permite a punição de determinadas pessoas, já a criminalização secundária é o cumprimento dessas ações punitivas, exercida pelas agências de cumprimento (policiais, promotores, juízes, advogados) contra pessoas concretas. (ZACCONE, 2004, p.184)

Isso posto, pode-se dizer que a seletividade punitiva ocorre na criminalização secundária, visto que é aqui que as agências de cumprimento colocam em prática os dispositivos previstos na Lei. Dessa forma, em razão de ser impossível que os órgãos de controle e fiscalização tenham domínio sobre todos os indivíduos da sociedade, é feito uma seletividade para que parte da obrigação seja cumprida.

No que se refere à seletividade no tráfico de drogas, Orlando Zaccone (2004, p.184) traz a análise criminológica denominada de “cifra oculta da criminalidade”, isto é, uma parcela de delitos cometidos na sociedade que nunca chegam ao conhecimento das autoridades competentes. Lola Anyiar de Castro (1983, p. 68) ao explicar a “cifra oculta”, distingue a criminalidade legal da aparente e da real, sustentando que a primeira seria aquela posta nos registros oficiais e presentes nas estatísticas; a criminalidade aparente é a que é conhecida pelas agências de cumprimento, mesmo não estando presentes nas estatísticas por diversos motivos; por fim, a criminalidade real, é a quantidade de crimes realmente cometidos, mas que nunca serão conhecidos pelos órgãos de controle e pela sociedade – são as famigeradas “cifras obscuras”.

Segundo Augusto Thompson (1998, p.60), o fenômeno das cifras ocultas da criminalidade se dá em razão de quatro fatores determinantes, sendo eles (i) a visibilidade da infração (ii) a adequação do autor ao estereótipo do criminoso

construído pela ideologia prevalente, (iii) incapacidade do agente de se beneficiar da corrupção ou prevaricação e (iv) a vulnerabilidade à violência. Trazendo esses fatores à prática, percebe-se que é muito mais fácil que os órgãos de controle atuem em favelas e periferias, agindo de maneira repressiva e combativa, uma vez que são nesses lugares que os agentes facilmente possuem visibilidade da infração – o tráfico ocorre nas ruas –, há uma forte adequação do indivíduo ao estereótipo de criminoso, dado o estigma encruado na sociedade; dificilmente haverá capacidade de corrupção aos agentes da lei; e a vulnerabilidade social é tangente.

Dessa forma, ao observar-se a população carcerária do Brasil, facilmente se constatará que a seletividade por meio da criminalização secundária é real. (MACHADO, 2016, p.422) Nesse sentido, Vera Regina Andrade (2003, p.52) infere:

A clientela do sistema penal é composta, “regularmente, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais [...] é resultado de um processo de criminalização altamente seletivo e desigual de “pessoas” dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos.

Posto isso, a nova Lei de Drogas, ao trazer mudanças expressivas na distinção e tratamento entre o usuário e o traficante de drogas, ensejou em uma seletividade dos agentes de controle frente ao enquadramento dos indivíduos. Pelo texto do parágrafo 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, deve-se analisar a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

Nesse diapasão, destaca-se a seletividade da norma no que se refere às circunstâncias sociais e pessoais do agente. Segundo Nara Machado (2016, p.424), apesar de a lei determinar que o magistrado faça a distinção entre o usuário e o traficante, na prática é a polícia que efetua a abordagem e consequente prisão; desse modo, a diferenciação – seleção – já começa a ser feita na abordagem do indivíduo.

Nara Machado (2016, p.430) leciona que:

Pode parecer, a princípio, que a nova legislação trouxe benefícios para aqueles que são apenas usuários, pois o consumo de drogas não pode mais conduzir ninguém ao cárcere. Entretanto, quando verificamos os mecanismos de criação de estereótipos de “traficantes”, de controle punitivo das classes sociais mais baixas, consideradas perigosas, e de repressão bélica ao tráfico de drogas, percebemos que aqueles considerados “perigosos”, mesmo que

estejam apenas fazendo uso de droga ilícita, serão submetidos à pena de prisão.

À vista disso, percebe-se que a justiça brasileira, em grande parte das vezes, pune com rigor um usuário de drogas, levando em consideração os estereótipos criados pela sociedade. Segundo Nara Cypriano (2016, p.431), na realidade brasileira o traficante é retratado como jovem negro e morador de favela, posto ser esta a visão que a mídia passa e coloca na mente da sociedade que se estes são os traficantes, o tráfico só ocorrerá nos locais em que eles habitam.

Esse pensamento cria outro problema social, qual seja, a repressão de drogas nas comunidades uma vez que o tráfico “só ocorre nas favelas” vide o pensamento da sociedade, havendo um verdadeiro genocídio nessas localidades em razão da militarização e guerra às drogas. Vera Malaguti Batista (2003, p.432) expõe que:

O processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social, aprofundando seu caráter genocida. O número de mortos na “guerra do tráfico” está em todas as bancas. A violência policial é imediatamente legitimada se a vítima é um suposto traficante.

Destarte, é notório que a perseguição às classes baixas e vulneráveis da sociedade na intenção de enquadrar esses indivíduos como traficantes é contumaz, ensejando de fato uma perseguição e genocídio ao povo periférico.

Voltando à análise do dispositivo legal que estabelece os critérios de diferenciação, resta incontroversa a seletividade, visto que o julgador leva em consideração o local em que foi feita a apreensão e as condições do sujeito encontrado com as substâncias ilícitas. Sendo assim, em razão dessas condicionantes e amparado pela própria lei, o Estado não possui dúvidas que os responsáveis pelo tráfico de drogas no Brasil são as camadas mais pobres da sociedade.

À luz da problemática da falta de um critério objetivo que evite uma seletividade e discricionariedade arbitrária do julgador, Nara Machado (2016, p.432) exemplifica que:

Se uma pessoa da classe média, num bairro também de classe média, for encontrada com determinada quantidade de droga, poderá ser facilmente identificada como usuário (e portanto não será submetida à prisão) do que um pobre, com a mesma quantidade de droga em seu bairro carente.

Corroborando com o que foi posto acima, Orlando Zaccone (2004, p.433) cita experiência:

Um delegado do meu concurso, lotado na 14 DP (Leblon), autuou, em flagrante, dois jovens residentes na zona sul pela conduta descrita para usuário, porte de droga para uso próprio, por estarem transportando, em um veículo importado, 280 gramas de maconha (...), o que equivaleria a 280 “baseados” (...) o fato de os rapazes serem estudantes universitários e terem emprego fixo, além de folha de antecedentes criminais limpa, era indiciário de que o depoimento deles, segundo o qual traziam a droga para uso próprio era pertinente.

Logo, verifica-se a seletividade das autoridades policiais no enquadramento dos artigos 28 e 33 da nova Lei de Drogas em razão da pessoa do acusado, privilegiando alguns e perseguindo outros. Tais fatos ratificam a visão de Vera Batista (2003, p.134):

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permitem-nos afirmar que o problema do sistema penal não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa.

Portanto, em que pese as cortes superiores já estarem adotando um critério quantitativo na distinção, por não ser algo objetivo e vinculado, as interpretações das autoridades de controle incorrem na insegurança ao garantismo penal à vista da sua seletividade. Segundo Rodrigo Fernando Novelli (2014, p.120) o Garantismo Penal é a segurança dos cidadãos para que em um Estado democrático de direito, onde o poder emana do ordenamento jurídico, as leis sejam efetivamente cumpridas, proporcionando uma maior liberdade e menor punição aos cidadãos.

Luigi Ferrajoli (2010, p.787) define:

“Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

Isso posto, conclui-se que o garantismo penal é uma mínima intervenção do Estado no sistema normativo punitivo, tendo como escopo principal a validade e efetividade da norma, impondo ao Estado a busca pela finalidade da norma penal. Portanto, pode-se inferir que ao não existir um critério quantitativo objetivo – seja absoluto ou relativo – de distinção entre usuário e traficante, além de ensejar uma discricionariedade e seletividade do sistema jurídico penal, acaba por ir de encontro à mínima intervenção do Estado no sistema punitivo, violando o garantismo penal.

#### 4.1 APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS QUANTITATIVO E QUALITATIVO DE DETERMINABILIDADE À LUZ DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

O intuito de se estabelecer, jurisprudencial ou legalmente os critérios de determinabilidade que propiciem a diferenciação do tráfico do consumo pessoal advém de uma tentativa de facilitar a tênue diferenciação, bem como com o intuito de dirimir os erros judiciários, as prisões e acusações arbitrárias e a seletividade jurídico-penal que intrinsecamente ocorre nos casos. (CARDOSO, 2019)

Sendo assim, ao se trabalhar com um limite quantitativo, cria-se uma presunção, no sentido em que o sujeito flagrado com uma quantidade de substâncias ilícitas maior que a permitida é traficante, e se tiver dentro do limite previsto, se enquadrará apenas como usuário. Entretanto, a imposição de um limite, ensejaria muitas vezes que os traficantes distribuíssem as drogas a fim de sempre ficar aquém do máximo permitido.

Nesse sentido, Luiz Eduardo Cardoso (2019) afirma que esses limites não haveriam de ser absolutos, de modo que, eventualmente, um sujeito flagrado com uma quantidade de entorpecentes inferior ao limite legalmente previsto, dadas as circunstâncias e peculiaridades do caso, poderia ser enquadrado como traficante. Da mesma forma, o acusado apreendido com substâncias acima do limite permitido, em último caso, poderia ser condenado apenas pelo crime de porte para consumo.

Há de se verificar, no entanto, que, em que pese o ideal de critério quantitativo não seja absoluto, a seletividade penal estaria cabalmente suprimida, uma vez que os agentes de fiscalização não iriam aplicar as circunstâncias do § 2º do artigo 28 da Lei de Drogas de forma arbitrária e isolada. Seria necessário haver, *in casu*, provas materiais que pudessem ser facilmente valoradas no sentido de enquadrar o sujeito

como traficante, no contrário, manteria a tipificação do porte para consumo pessoal.

Quanto ao tema, Luiz Eduardo Cardoso (2019) leciona:

Quanto ao diagnóstico subjacente à proposta, trata-se da percepção de que o nível de prova de que o Poder Judiciário tem se utilizado para proferir juízos condenatórios em relação ao crime de tráfico de drogas está muito aquém do adequado. Já os possíveis efeitos negativos decorrentes da adoção de um diferenciador quantitativo decorrem da conjectura de que todos aqueles capturados em posse de quantidade de drogas superior ao limite jurisprudencial seriam presumivelmente considerados traficantes – já que haveria presunção nesse sentido –, ao passo que, por se tratar de uma presunção relativa – que, portanto, pode ser ilidida –, nada garantiria que aqueles flagrados com quantidades inferiores efetivamente seriam considerados meros usuários.

À vista do exposto, na tentativa de se evitar presunções absolutas arbitrárias, e com o intuito de proporcionar a possibilidade de o acusado comprovar, não somente em ambiência judicial, mas também durante a abordagem policial e na instrução na delegacia o que alega, é que o critério quantitativo de diferenciação não haveria de ser absoluto. Como exemplo de um modelo a ser seguido, pode-se mencionar a política adotada pelo Código Penal Espanhol – mencionado no tópico 3.1.1 desta pesquisa –, o qual propõe intervalos de limites, levando em consideração quantidades de uso diário de um indivíduo.

Desse modo, o indivíduo, ao portar uma quantidade de substância dentro do limite legal, não estaria sujeito à dura repressão das autoridades policiais, bem como a seletividade desses agentes, que contumazmente escolhem quem irá responder por tráfico e quem irá responder por porte.

Vale mencionar ainda que havendo um critério objetivo de determinabilidade quantitativa, o *labelling approach* – etiquetamento social – mencionado no capítulo dois desse trabalho, passa a ser dirimido, ao passo que a lei não utilizará mais de critérios subjetivos como local e condição do agente para que o sujeito seja punido. Desse modo, a fiscalização e punição ficaria muito mais restrita à quantidade de droga apreendida, não podendo a autoridade policial dispor livremente do seu poder discricionário.

No que se refere ao critério qualitativo de determinabilidade, este será aplicado pelo Poder Judiciário no momento do julgamento. O aspecto qualitativo está ligado não somente à aplicação de minorantes àqueles enquadrados como traficantes, mas

também na aplicação da desclassificação do artigo 33 para o artigo 28 da Lei Federal nº 11.343/2006.

Nesse sentido, haja vista que o sistema penal possui grande dificuldade de apreciar algumas condicionantes da matéria em razão da subjetividade destas, o aspecto qualitativo, por ser algo objetivo, surge como forma de ajudar e atuar junto ao critério quantitativo na tipificação do crime ao agente.

A exemplo desses critérios qualitativos, tem-se a primariedade e os bons antecedentes. Nesse diapasão Luciana Boiteux (2009, p.101) leciona:

Os dois primeiros quesitos (primariedade e bons antecedentes), consistentes em circunstâncias aplicadas na dosimetria da pena, são objetiva e facilmente aferíveis. A jurisprudência e a doutrina, nos últimos anos, consolidaram a definição específica de cada uma dessas circunstâncias, de modo a contemplar um rol extenso de situações que podem ou não configurar a reincidência – contrapolo da primariedade – e os maus antecedentes, nos seguintes termos:

a) Reincidência: na dosimetria da pena, é valorada como circunstância agravante, exasperando a pena privativa de liberdade imposta ao réu. O Cód. Penal, no art. 63, define reincidência como a hipótese em que “o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”, ressalvada “a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação” e desconsiderados os crimes militares próprios e políticos.

b) Maus antecedentes: “fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos”. Inquéritos policiais, processos criminais em andamento, absolvições por insuficiência de provas, prescrições abstratas retroativas e intercorrentes não são considerados maus antecedentes, sob pena de violação à garantia da presunção de inocência. Nesse sentido, praticamente se incluem apenas as condenações criminais que não constituem reincidência

Deste modo, a fim de se evitar o encarceramento seletivo, o critério quantitativo, aliado ao critério qualitativo, propicia uma bela filtragem a fim de que os usuários de drogas/dependentes respondam por tal infração enquanto os traficantes, estes sim, sejam punidos criminalmente.

Em uma visão hipotético-prática, existindo os dois critérios mencionados, ao proceder em uma abordagem em que o sujeito esteja trazendo consigo substância entorpecente, de imediato o agente fiscalizador deve pesar a substância para que possa verificar se se encontra dentro dos limites legais. Não estando dentro dos limites

e desde que não seja uma quantidade absurda de drogas, o fiscal da lei deve proceder a checagem dos aspectos qualitativos – primariedade e bons antecedentes – para que possa ser verificado se aquele sujeito vive para a prática criminosa, devendo ser enquadrado no artigo 33 ou de fato se trata somente de um usuário.

Deste modo, conclui-se que, apesar de os critérios serem objetivos, estes não são absolutos, devendo haver uma relativização para que a justiça maior seja feita. No entanto, frise-se que mesmo havendo essa relativização, a seletividade e o etiquetamento estariam muito mais suprimidos, visto que o sistema não iria possuir toda a discricionariedade que atualmente possui e a questão do *standard* e ônus probatório ainda estaria resguardado.

Em relação ao *standard* probatório, convém lembrar que este se faz presente em cada processo e fase processual, principalmente no processo penal, havendo diversos padrões de convencimento a serem observados pelos juízes, de modo que possa ser considerada provada e fundada a alegação. O Direito Penal, em razão de ser considerado a última *ratio*, bem como em decorrência do princípio do *in dubio pro reo*, necessita de um robusto e rigoroso lastro probatório para que se formule um juízo condenatório a fim de não restar qualquer dúvida acerca da culpabilidade do réu, evitando assim qualquer tipo de punição equivocada.

No caso em alusão, em razão da subjetividade e discricionariedade do agente da lei, ganha destaque na seara das provas o que é chamado de presunção probatória. Consoante Luiz Eduardo Dias Cardoso (2019), as presunções probatórias, especialmente no que tange às presunções de caráter relativo, faz-se necessário mencionar que a sua aplicação tem como intuito precípua a imposição de um ônus probatório superior ao ordinário a alguma das partes, elevando-se o nível de exigência da prova para que a alegação seja corroborada.

Nesse diapasão, Luiz Cardoso (2019) leciona acerca da elevação do nível da prova e os motivos desse enrijecimento:

Embora mais tipicamente utilizadas no direito processual civil, as presunções não são estranhas ao processo penal. Na verdade, um dos mais relevantes preceitos do processo penal é exatamente a presunção de inocência, que permite que se imponha à acusação o dever de comprovar a culpa do réu acima de qualquer dúvida razoável – o que representa um ônus probatório superior ao ordinário, materializado no *standard* da preponderância de evidências. Trata-se, é claro, de uma presunção relativa, que pode ser

derruída por meio da produção de prova além de qualquer dúvida razoável.

Posto isso, considerando que não há um critério objetivo robusto para distinção de usuário e traficante, a aplicação até mesmo do critério quantitativo – vez que não há uma quantidade estipulada – enseja uma adoção da presunção relativa. Desse modo, como as presunções incorrem para um *standard* probatório com um maior grau de rigorosidade, a aplicação da presunção relativa ensejaria imputar ao acusador – nesse caso o Ministério Público – que detém o ônus da prova na ação penal – o encargo de produzir e entregar um nível de convencimento ao juiz acima do corriqueiro, sem deixar qualquer dúvida razoável da culpabilidade do sujeito. (CARDOSO, 2019)

Acerca da Lei nº 11.343/2006 e dos parâmetros de tipificação da conduta, Renato Brasileiro de Lima (2019, p.1158) afirma:

Maldosamente, o legislador estabelece os parâmetros de tipificação da conduta do porte de drogas para consumo pessoal, e não do tráfico de drogas, e o faz no próprio art. 28, e não no art. 33 da Lei de Drogas, o que poderia levar o intérprete a acreditar (equivocadamente) que, não restando provado que a droga era destinada ao consumo pessoal, o correto enquadramento típico deveria ser o de tráfico de drogas. Fica a impressão, assim, de que ao acusado caberia a prova do consumo pessoal, sob pena de ser condenado pelo crime de tráfico de drogas.

Esclarecendo essa impressão de uma pseudo inversão do ônus da prova, Brasileiro de Lima (2019, p.1158) estipula:

Essa interpretação, todavia, vem de encontro à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade, como preferem alguns). Por força dessa regra, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não sobre este de provar sua inocência. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*.

À vista disso, é possível pensar a aplicação de critérios quantitativos-objetivos como uma medida de dar maior segurança jurídica ao processo e às partes. Diz-se isso por conta de que, em razão da seletividade e discricionariedade atinente ao tema, é facilmente percebido que o aumento do nível do *standard* probatório não é respeitado, bem como não é respeitado os princípios penais.

Dessarte, em razão da incorreta utilização do *standard* e do ônus probatório a fim de

trazer uma maior segurança jurídica na distinção dos tipos penais, dada a sua tênue tipificação, resta como possibilidade de maior garantia e efetivação a descriminalização do porte para consumo próprio, no intuito de ser penalizado apenas àqueles que cometem a traficância de fato.

#### 4.2 A EFETIVA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL COMO FATOR DE MAIOR OBJETIVAÇÃO NA LEI DE ENTORPECENTES

Inicialmente, cabe conceituar a descriminalização a fim de que possa ser entendido e distinguido do instituto da despenalização – o que ocorreu com o porte de drogas para consumo próprio. Nesse sentido, Louk Hulsman (1973, p.07) entende por descriminalização o ato que, em relação ao sistema punitivo, tira deste a competência de aplicar sanções sobre um comportamento, podendo ser aplicada pelo legislativo através das leis ou pelo judiciário através do ato interpretativo do juiz.

Desse modo, pode-se observar que existem duas espécies de descriminalização, quais sejam a legislativa e a judicial. Não obstante o autor sustente essas duas espécies, percebe-se que a descriminalização no sentido literal da palavra só ocorre quando há a extinção da ilicitude da conduta pela lei, vez que a descriminalização judicial nada mais é do que a conhecida despenalização.

Posto isso, adentrar-se-á na descriminalização legislativa do porte de drogas para uso pessoal na Lei 11.343/2006. Em referência à descriminalização legislativa, Salo de Carvalho (2010, p.109) diz:

A descriminalização legislativa, forma mais adequada de retirada de determinadas condutas da esfera do controle social formal, comporta três processos distintos: (1) *descriminalização legislativa em sentido estrito*, na qual se opera a abrogação da lei ou do tipo penal incriminador (*abolitio criminis*); (2) *descriminalização parcial, substitutiva ou setorial*, cujo processo é o de (2.1) transferência da infração penal para outro ramo do direito – v.g direito administrativo sancionador -, mantendo-se sua ilicitude jurídica, porém não penal e/ou de (2.2) alteração dos critérios sancionatórios, como a modificação nos critérios da tipicidade, flexibilização das penas ou de sua execução, criação de regras diferenciadas de extinção de punibilidade entre outros (*reformatio legis in mellius*).

Em relação ao processo de descriminalização do artigo 28 da Lei de Drogas, em que pese os autores e as cortes superiores tenham dado o nome de despenalização, no campo teórico, o termo correto seria descriminalização de fato, isto é, a conduta não é retirada do âmbito penal, entretanto, o comportamento passa a ser tolerado. Segundo Gicovate Postaloff (1982, p.65), a sociedade passa a aceitar e tolerar comportamentos, ensejando não aplicação da lei penal ou porque a população não se importa com a conduta ou porque as próprias vítimas não se importam com o sistema penal.

À vista disso, pode-se concluir que a descriminalização legislativa em *strictu sensu*, isto é, aquela que ocorre o *abolitio criminis*, comumente é precedida pela descriminalização de fato (despenalização). Sendo assim, é possível antecipar que, brevemente, o ordenamento jurídico brasileiro adotará uma postura no sentido de abolir/extinguir o crime de porte para uso pessoal da legislação nacional.

Todavia, no tocante a esse processo, Salo de Carvalho (2010, p.109) afirma que a sua ocorrência não acontece da noite por dia, sendo de difícil tratativa, isso porque, ao se criminalizar uma conduta, esta se entranha no âmbito criminoso, fazendo com que seja difícil a sua retirada mesmo não havendo a efetiva punição. É a partir desse entendimento que, quando se fala em legalização das drogas, ainda paira a dúvida acerca da extinção ou não da narcotraficância, visto que as drogas é a principal fonte do submundo do crime.

A exemplo de condutas que foram descriminalizadas em sentido estrito na história do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se mencionar a edição da Lei Federal nº 11.605/05, a qual aboliu os delitos de sedução (art.217), rapto violento ou mediante fraude (art.219), rapto consensual (art.220), concurso de rapto com outro crime (art.222) e o mais conhecido crime de adultério (art.240). Todavia, é notado facilmente que todos estes crimes não estavam enraizados na rede de crime, não ocasionando quaisquer problemas com a sua retirada.

Noutro giro, é possível perceber também que a tendência mundial é pela descriminalização, na América Latina – à exceção do Brasil, Suriname e Guianas, o uso da maconha foi liberado. Nos Estados Unidos, cerca de 54% dos estados, ou seja, mais da metade, já descriminalizaram o porte de drogas para consumo próprio, sendo que em 4 estados (Oregon, Washington, Alaska e Colorado) fora legalizada a comercialização.

Acerca dessa tendência, o próprio Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso inferiu:

Em Portugal, há mais de uma década, descriminalizou-se o porte de drogas para o consumo pessoal. No caso da maconha, presume-se não se tratar de tráfico o porte de até 25 gramas. Após este período, constatou-se que (i) o consumo em geral não disparou (houve até diminuição entre os jovens); (ii) houve um aumento de toxicodependentes em tratamento; e (iii) houve redução da infecção de usuários de drogas pela peça vírus HIV. (RE 635.659, pg 06, 2015, voto do Ministro Luís Roberto Barroso).

Posto isso, percebe-se que, após a descriminalização o consumo não acarretou grande preocupação de parte da população – o que houve foi justamente o efeito contrário, a diminuição do consumo. Em relação aos dependentes em tratamento, o viés de saúde pública que a lei aborda é fato incitador para que os usuários procurem ajuda do sistema de saúde, logo, em que pese tenha havido o aumento nos tratamentos, este dado não pode ser considerado negativo, mas sim com efeito positivo.

Em relação ao posicionamento da Suprema Corte Brasileira, tramita no STF o Recurso Extraordinário nº 635.659, o qual avalia exatamente a questão de descriminalização legislativa do porte de drogas para uso pessoal. No voto do processo, O Ministro Luís Roberto Barroso, que trouxe o exemplo de Portugal acima, proferiu as seguintes palavras:

É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo, mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. (RE 635.659, pg 16, 2015, voto do Ministro Luís Roberto Barroso).

Destarte, é possível perceber que o Brasil caminha para uma descriminalização, incorrendo numa menor demanda de encarceramento e na desafogação do sistema prisional brasileiro. Outrossim, assim como defendido em diversos momentos neste trabalho, o critério quantitativo-objetivo também é abordado no voto do Ministro, o qual

estipula uma quantidade de 25 gramas de Maconha para distinção de tráfico de drogas do porte para consumo.

Para mais, frise-se o voto do Ministro Gilmar Mendes:

Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para: 1 – Declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa; (RE 635.659, pg 54-55, 2015, voto do Ministro Gilmar Mendes).

Atentando-se à fala do Ministro Gilmar Mendes, percebe-se que este falou acerca da descriminalização, contudo, advertindo acerca da manutenção das medidas previstas, como medida administrativa, fazendo alusão à descriminalização setorial exposta por Salo de Carvalho no início do capítulo. Conforme todo o exposto, resta comprovado que a descriminalização é uma alternativa que deve ser imposta com brevidade no Direito brasileiro, haja vista o julgamento do RE nº 635.659, sendo considerada uma ótima forma para a melhor distinção do usuário e do traficante de drogas, aliado ao critério quantitativo objetivo, de forma a trazer uma maior segurança jurídica ao Direito Penal e à sociedade.

## 5 CONCLUSÃO

Em síntese de tudo que foi exposto no trabalho de pesquisa, é possível concluir que apesar da medida desencarceradora trazida pela Lei nº 11.343/2006 ao porte de drogas para consumo pessoal, a Política de Drogas brasileira segue com o seu viés proibicionista, haja vista a criminalização principalmente do artigo 28.

O Estado, personificado pelos agentes da lei, atuam de forma repressiva e combativa, lutando contra as drogas de maneira tão agressiva que acabam por pegar àqueles indivíduos que não possuem qualquer ligação com a criminalidade – apenas fazem uso de entorpecentes – e os colocam como verdadeiros narcotraficantes, aplicando a estes a sanção mais severa do direito penal, qual seja, a pena privativa de liberdade.

Essa atuação repressiva do Estado decorre das políticas internacionais adotadas durante o século XIX, onde foi incutido na comunidade internacional a política de *war on drugs*. Após o avanço do tempo, embora alguns países tenham adotado políticas mais brandas e flexíveis, grande parte dos países continuaram com o viés proibicionista, ensejando problemas internos muito maiores, como o crime organizado.

Em face do surgimento do crime organizado e do seu *modus operandi*, foi imbuído na sociedade a estigmatização – etiquetamento – daqueles que possivelmente eram criminosos, tendo como características a cor de pele, raça e condição socioeconômica. Posto isso, na luta incessante do Estado contra a criminalidade, *in casu*, o tráfico de drogas, qualquer pessoa que estivesse ligada às drogas, mesmo que apenas no consumo, se possuísse as características etiquetadas como potencial criminoso, seria enquadrada no tipo penal do artigo 33 ao invés da desclassificação da conduta para o artigo 28.

Desse modo, o presente trabalho buscou debater formas concretas de diferenciação das condutas, de forma que retirasse um pouco das mãos dos agentes fiscalizadores o poder de classificação da conduta, permitindo que o caso se “auto-classificasse” por assim dizer. Com efeito, foi-se abordado o critério quantitativo de distinção, uma vez que é o mais objetivo dos critérios previstos, sendo uma forma de limitar seguramente a discricionariedade e interpretação do agente policial e da justiça que aborda e julga os supostos criminosos.

No estudo acerca da execução do critério quantitativo, principalmente em comparação

com outros países que estão mais à frente do Brasil acerca do tema, percebeu-se que uma das soluções mais viáveis para garantir a segurança jurídica da política é a previsão de um intervalo de quantidade mensurável de entorpecentes, levando em consideração a natureza da substância e a quantidade de uso diário de um dependente.

Havendo a previsão normativa de uma quantidade de entorpecentes, o agente controlador estaria vinculado à essa quantidade não podendo arbitrariamente enquadrar um sujeito no crime mais grave apenas por sua mera vontade, entretanto, cabe mencionar que apesar dessa vinculação, a quantidade não seria um parâmetro absoluto, podendo ser relativizado a fim de aplicar uma maior segurança jurídica ao caso.

Lado outro, esta relativização estaria aliada à imposição de um ônus probatório superior ao comumente aplicado, haja vista que um sujeito encontrado com uma quantidade de entorpecentes permitida e que houvesse vários outros fatores que indicassem a traficância, deveria a acusação promover a comprovação da conduta do artigo 33 de forma inquestionável, de modo que não restasse qualquer dúvida razoável acerca da culpabilidade do agente.

Outrossim, é abordada também a questão da descriminalização legislativa do porte para consumo pessoal de drogas, onde de fato a conduta deixa de ser considerada criminosa. Tal tendência mundial demonstra que o consumo de substâncias entorpecentes não aumenta, o tratamento para dependentes se fortalece, além da seletividade penal e o encarceramento desenfreado ser veementemente combatido.

Ademais, discute-se o posicionamento da Suprema Corte Brasileira no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659m onde é analisada a questão da descriminalização no Brasil, além de verificar, com base nos votos dos Ministros, a propensão da medida proibicionista ser rechaçada.

Por fim, conclui-se com a análise de que a descriminalização, aliado ao critério quantitativo objetivo, pode ser uma excelente forma de sanar o problema da distinção entre usuário e traficante de drogas, além de diminuir a condenação de sujeitos com determinadas características e a absolvição de outros em razão de poder aquisitivo e classe social. Necessário atentar-se que, a descriminalização sem o critério objetivo poderia ensejar um efeito contrário do pretendido, uma vez que, como a conduta

deixaria de ser tráfico, os agentes fiscalizadores poderiam vir a tratar tudo com tráfico, tendo uma presunção absoluta sobre o tema, acarretando uma seletividade penal ainda mais forte e notória.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – teoria geral do Direito Penal**. 1 vol. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

BETONI, Camila. Guerra às Drogas. **Portal InfoEscola**, 2022. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociedade/guerra-as-drogas/>. Acesso em: 30 maio 2022.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Drogas comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

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

BOITEUX, Luciana. **Série Pensando o Direito**. 2009. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando\\_Direito3.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf). Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº 154, 26 jun. 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jun. 1991. Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº 154, de 16 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jun. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0154.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm). Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20042006/2006/decreto/d5912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/decreto/d5912.htm). Acesso em: 30 maio 2022

BRASIL. Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5912.htm). Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1964/D54216.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1964/D54216.html). Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 27 ago. 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1964/D54216.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1964/D54216.html). Acesso em: 22 out. 2022.

BRASIL. Decreto nº 76.248, de 12 de Setembro de 1975. Promulga o Protocolo de Emendas à Convenção Única sobre Entorpecentes, 1961. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 12 set. 1975. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1975/D76248.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1975/D76248.html). Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 14 mar. 1977. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 abr. 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-9-761-de-11-de-abril-de-2019-71137316>. Acesso em: 30 maio 2022

BRASIL. Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 abr. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm). Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.409 de 11 de Janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10409.htm). Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de

drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 6.368 de 21 de Outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 21 out. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm). Acesso em: 20 out. 2022

BRASIL. Projeto de Lei nº 7134, de 2002. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=66174>. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. Resolução nº 3, de 27 de outubro de 2005, do Conselho Nacional Antidrogas. Aprova a Política Nacional Sobre Drogas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 out. 2005. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/leislacao/?id=101642>. Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1781503/MA. Órgão julgador: Segunda Turma. Agravante: Domingos Silva de Sousa. Agravado: Ministério Público do Estado do Maranhão Data de julgamento: 15 jun. 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=178.1503&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 216.776/TO. Órgão julgador: Sexta Turma. Impetrante: Riths Moreira Aguiar. Paciente: Whitlemar Oliveira Queiroz J. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravado em Habeas Corpus nº 176.422/SP. Órgão julgador: Primeira Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 20 nov. 2019. Data de publicação: 04 dez. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416414/false>. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.986/RS. Órgão julgador: Primeira Turma. Paciente: Rafael Rodrigues Menezes. Impetrante: Vladimir de Amorim Silveira. Coator: Relator do HC nº 322.061 do Superior Tribunal de Justiça. Data de julgamento: 12 maio 2015. Data de publicação: 14 maio 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/5/art20150512-09.pdf>. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 154.810/MG. Órgão julgador: Segunda Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Matheus Filipe dos Santos. Relator: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 24 ago. 2020. Data de publicação: 04 set. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur430856/false>. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 430105 QO/RJ. Órgão julgador: Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Juízo de Direito do X Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Intimado: Marcelo Azevedo da Silva. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data de julgamento: 13 fev. 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90996/false>. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635.659/SP. Órgão julgador: 1ª Turma. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Data de julgamento: 08 dez. 2011. Data de publicação: 09 mar. 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral3421/false>. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 122.469/MS. Órgão julgador: Segunda Turma. Recorrente: Silas Alaor Gonzales de Figueiredo. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Data de julgamento: 16 set. 2014. Data de publicação: 30 out. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282223/false>. Acesso em: 26 out. 2022.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. O critério quantitativo na distinção entre traficantes e usuários de drogas. **Portal Consultor Penal**, 20 nov. 2019. Disponível em: <https://consultorpenal.com.br/criterio-quantitativo-trafficantes-usuarios-drogas/>. Acesso em: 28 out. 2022.

CARNEIRO, Henrique Soares. As necessidades humanas e o proibicionismo das drogas no século XX. **Revista Outubro**, São Paulo, v. 06, jun./2002. Disponível em: [https://www.academia.edu/974783/As\\_necessidades\\_humanas\\_eo\\_proibicionismo\\_das\\_drogas\\_no\\_s%C3%A9culo\\_XX](https://www.academia.edu/974783/As_necessidades_humanas_eo_proibicionismo_das_drogas_no_s%C3%A9culo_XX). Acesso em: 20 out. 2022.

CARNEIRO, Henrique. As necessidades humanas e o proibicionismo das drogas no século XX. **Revista Outubro**, São Paulo, n. 06,p. 115-128, abr./2002.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de; BRASIL, Mariana de Assis; WEIGERT, Camile Eltz de Lima. A configuração da tipicidade do tráfico na nova lei de drogas e as hipóteses de consumo compartilhado. **Revista Jurídica**, São Paulo, a. 55, nº 352, fev./2007

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983. Disponível em: <https://criminologiacabana.files.wordpress.com/2015/08/lola-aniyar-de-castro-criminologia-da-reac3a7c3a30-social.pdf>. Acesso em: 27 out. 2022.

ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. **Diário Oficial**, 23 nov. 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em 26 out. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GANEM, Pedro Magalhães. A seletividade penal e a elaboração das leis. **Portal JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/448556919/a-seletividade-penal-e-a-elaboracao-das-leis>. Acesso em: 20 out. 2022.

GOMES, Maria Tereza Uille; GIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro; KANAYAMA, Rodrigo Luís; CARVALHO, Hellen Oliveira; ZILIOTTO, Flávia Palmieri Oliveira. Política sobre Drogas e a Política Criminal Brasileira. 2015. Disponível em: [https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos\\_restritos/files/migrados/File/nupecrim/RelatorioPreliminar\\_Politica\\_sobre\\_drogas\\_e\\_criminal\\_brasileira.pdf](https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/nupecrim/RelatorioPreliminar_Politica_sobre_drogas_e_criminal_brasileira.pdf). Acesso em: 30 maio 2022.

GOMES, Maria Tereza Uille; GIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro; KANAYAMA, Rodrigo Luís; CARVALHO, Hellen Oliveira; *et al.* **Política sobre Drogas e a Política Criminal Brasileira**. 2015. Disponível em: [https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos\\_restritos/files/migrados/File/nupecrim/RelatorioPreliminar\\_Politica\\_sobre\\_drogas\\_e\\_criminal\\_brasileira.pdf](https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/nupecrim/RelatorioPreliminar_Politica_sobre_drogas_e_criminal_brasileira.pdf). Acesso em: 30 maio 2022.

GONÇALVES, Antônio Baptista. A descriminalização do usuário de drogas e do pequeno traficante – a justiça restaurativa. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, a. 15, vol. 30, jul-dez./2012.

GROSNER, Marina Quezado. **A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**: o tratamento da criminalização secundária por decisões em *habeas corpus*. São Paulo: IBCCRIM, 2008. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/515>. Acesso em: 18 out. 2022.

HENMAM, Anthony; PESSOA JR., Osvaldo. **Coletânea de textos sobre a maconha**. São Paulo: Editora Ground, 1986.

HULSMAN, Louk. Descriminalização. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 09-10, abr./1973.

INSTITUTO IGARAPÉ. Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas – cenários para o Brasil. **Portal do Instituto Igarapé**, 09 ago. 2015. Disponível em: <https://igarape.org.br/criterios-objetivos-de-distincao-entre-usuarios-e-trafficantes-de-drogas-cenarios-para-o-brasil/>. Acesso em: 26 out. 2022.

JUNIOR, Miguel Reale. **Drogas: aspectos penais e criminológicos – funções manifestas e latentes da política de war on drugs.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tomadas ilícitas.** Vol. 3. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LEAL, João José. Tráfico de drogas e controle penal: nova política criminal e aumento da pena mínima para o crime de tráfico ilícito de drogas. **Revista Jurídica**, São Paulo, a. 55, nº 352, fev./2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** Vol. Único. 7 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

MACHADO, Leonardo (Coord.). **10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais.** Disponível em: [https://www.leonardomarcondesmachado.com.br/\\_files/ugd/3cf564\\_81e84ff69f99442fa655c41c00921571.pdf](https://www.leonardomarcondesmachado.com.br/_files/ugd/3cf564_81e84ff69f99442fa655c41c00921571.pdf). Acesso em: 22 out. 2022.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário e traficante de drogas: a seletividade penal na lei n. 11.343/2006 – 10 anos da lei de drogas.** Belo Horizonte: Editora D'placido, 2016.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, Lei de Drogas – Anotada e Interpretada.** 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas Comentada.** 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 16, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: [https://www.unigran.br/dourados/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf](https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf). Acesso em: 29 out. 2022.

NOVO, Benigno Nuñez. A teoria tridimensional do Direito. **Empório do Direito**, 08 fev. 2020. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-teoria-tridimensional-do-direito>. Acesso em: 08 out. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** Vol. 1. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014

OLIVEIRA, Marcos Flávio Mércio de. **O proibicionismo sob o neoliberalismo: guerra às drogas e hegemonia burguesa no Brasil.** 2020. 168f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/11486/3/Tese%20-%20Marcos%20Fl%C3%A1vio%20M%C3%A9rcio%20de%20Oliveira%20-%202020.pdf>. Acesso em: 18 out. 2022.

OLMO, Rosa Del. A legislação no contexto das intervenções sobre drogas. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, a. 7, n. 12, jun./2002

ORTEGA, Flávia. Teoria do etiquetamento social. **Portal JusBrasil**, 31 out. 2015. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/322548543/teoria-do-etiquetamento-social>. Acesso em: 20 out. 2022.

PERFEITO, Nicolas. **A influência das Convenções Internacionais e do proibicionismo na política de drogas incorporada pela legislação penal brasileira**. 2018. 85f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/187981/TCC%20-%20Nicolas%20PerfeitoFINAL.pdf?sequence=1>. Acesso em 25 out. 2022.

POSTALOFF, Miriam Gicovate. **Los Procesos de Descriminalización**. Caracas: Editora Universidad Nacional de Venezuela, 1982.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao controle penal das drogas ilícitas**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. 8 tir. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Thiago. Tráfico, guerra e proibição. *In*: LABATE, Beatriz *et al.* (Org.). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: EDUFBA/Ministério da Cultura, 2008.

RODRIGUES, Thiago. **Tráfico, guerra, proibição**. Salvador: EDUFBA, 2008.

Rosa Del Olmo. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

ROSA, Gérson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal: paternalismo jurídico ou proteção da saúde pública? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 923, set./2012.

RUTHE, Aline. Guerra às drogas: origem, características e consequências! **Portal Politize!**, 15 mar. 2022. Disponível em: <https://www.politize.com.br/guerra-as-drogas/>. Acesso em: 20 out. 2022.

SALLES, Marcos H. Política de combate às drogas: como tudo começou. **Portal Politize**, 10 jun. 2015. Disponível em: <https://www.politize.com.br/politica-de-combate-as-drogas-como-tudo-comecou/>. Acesso em: 30 maio 2022.

SANTOS, Helivania. Sardinha dos Drogas. **Mundo Educação**, 10 abr. 2022. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/drogas#:~:text=As%20drogas%20s%C3%A3o%20utilizadas%20pelo,s%C3%A3o%20usadas%20de%20forma%20recreativa>.

Acesso em: 30 maio 2022.

SANTOS, Jhonathan Marques. Os reflexos da teoria do *labelling approach* (etiquetamento social) na ressocialização de presos. **Revista da ESA/OAB de Goiás**, 2020. Disponível em: [https://esa.oabgo.org.br/esa/artigos-esa/direito-penal/os-reflexos-da-teoria-do-labelling-approach-etiquetamento-social-na-ressocializacao-de-presos/#:~:text=93%2C%202012\)%2C%20a%20teoria,indiv%C3%ADduos%20se%20tornassem%20criminosos%20habituais](https://esa.oabgo.org.br/esa/artigos-esa/direito-penal/os-reflexos-da-teoria-do-labelling-approach-etiquetamento-social-na-ressocializacao-de-presos/#:~:text=93%2C%202012)%2C%20a%20teoria,indiv%C3%ADduos%20se%20tornassem%20criminosos%20habituais). Acesso em: 18 out. 2022.

TEIXEIRA, Mariana Fernandes. **Os acordos internacionais e as políticas públicas de controle do uso de drogas no Brasil**. 2017. 80f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/184949/Monografia%20da%20Mariana%20Fernandes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 out. 2022.

TERRY, Charles E. **The American Journal of Public Health**. 1915. Disponível em: <https://ajph.aphapublications.org/doi/pdf/10.2105/AJPH.5.6.518>. Acesso em: 20 out. 2022.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos: o crime e o criminoso**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1998.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Drugs (psychoactive)**. Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/drugs-psychoactive#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/drugs-psychoactive#tab=tab_1). Acesso em: 30 maio 2022.

ZACCONE, Orlando. Sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. **Discursos sediciosos, crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, a. 9, n. 14, jun./2004.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.