



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS  
Curso de Direito

**THIAGO GOYANNA PARENTE**

**NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E  
33 DA LEI 11.343/2006 FRENTE À VIOLAÇÕES DE  
PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A INEFICAZ  
“GUERRA ÀS DROGAS”**

**Brasília  
2017**

**THIAGO GOYANNA PARENTE**

**NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E  
33 DA LEI 11.343/2006 FRENTE À VIOLAÇÕES DE  
PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A INEFICAZ  
“GUERRA ÀS DROGAS”**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em  
Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Renato Zerbini Ribeiro Leão

**Brasília  
2017**

Parente, Thiago Goyanna.

Necessidade de Reformulação dos Artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006 Frente à Violações de Princípios e Direitos Fundamentais: A Ineficaz “Guerra às Drogas”.

(91 fls.)

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

**THIAGO GOYANNA PARENTE**

**NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DOS ARTIGOS 28 E  
33 DA LEI 11.343/2006 FRENTE À VIOLAÇÕES DE  
PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A INEFICAZ  
“GUERRA ÀS DROGAS”**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado  
em Direito do Centro Universitário de  
Brasília

Orientador: Professor Renato Zerbini  
Ribeiro Leão

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

**Banca Examinadora**

---

**Renato Zerbini Ribeiro Leão**  
Orientador

---

**Examinador**

---

**Examinador**

"... a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinônimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo..."

SARAMAGO, José.

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer primeiramente à minha família por sempre me apoiar e me mostrar a vida com os melhores olhos possíveis. É de bom alvitre ressaltar também minha gratidão à meu pai e minha mãe pois sempre depositaram confiança, prestigiaram a minha capacidade de vencer e deveras me serviram de bons exemplos. Por fim, desejo agradecer à Deus por todas as conquistas, por me guiar nessa jornada árdua que é a vida e sou muito grato à todas as dificuldades que enfrentei pois se não fosse por elas, eu não teria saído do lugar.

## RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo abordar a necessidade de reformulação dos artigos 28 e 33 da lei de drogas (11.343/06) e da política proibitiva de drogas, que culminou na criação do usuário e do traficante e suas mazelas consequentes, adotando, para tanto, teorias penais, e levantamentos de questões controvertidas de dispositivos da própria lei de drogas.

São exibidas diversas falhas e injustiças diante da discricionariedade dessa lei, além de apontar o desrespeito às normas jurídicas quando das diversas violações de princípios e direitos e a inconstitucionalidade dos referidos artigos, passa-se a demonstrar então com base em fatos e dados, as consequências do proibicionismo e suas falhas.

Nessa monografia, são elucidadas diversas propostas que visam à redução dos números de encarcerados no país, tendo em vista que um dos índices mais altos de prisão advém do tráfico de drogas e do usuário de drogas, este, muitas vezes confundido com o traficante acaba preso em meio à diversos outros infratores de crimes muito piores. Sendo assim, podemos pensar em formas mais eficientes de se combater o tráfico de entorpecentes e conseqüentemente o usuário de drogas, reduzindo a superlotação dos presídios e a diminuição de gasto do dinheiro público com um preso decorrente desses tipos penais.

**Palavras-chave:** Drogas. Política Proibitiva das Drogas. Lei nº 11.343/2006. Tráfico e Uso de Drogas. Violações. Princípios e Direitos Fundamentais. Discricionariedade. Critérios de Diferenciação. Direito Penal do Inimigo. Encarceramento. Proibicionismo. Política Proibitiva das Drogas.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 POLÍTICA PROIBITIVA DAS DROGAS.....	13
1.1 Abordagem Histórica .....	14
1.2 O Conceito de Droga .....	18
1.3 Drogas e o Direito Penal do Inimigo.....	20
2 A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	24
2.1 O Uso e Porte de Drogas e seus Princípios Violados.....	29
2.2 Do Tráfico de Drogas, seu “Desmedido Rigor Penal” e Alternativas para Anular a Venda de Entorpecentes.....	39
3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO, PORTE E O TRÁFICO DE DROGAS. ....	54
3.1 Noções de Critérios Subjetivos e Objetivos para as Decisões. ....	57
3.2 A importância da Discricionariedade e Exclusão da Arbitrariedade. ....	67
4 O ENCARCEIRAMENTO EM MASSA .....	72
4.1 Estatísticas de Encarceramento no Brasil.....	76
5 CONCLUSÃO .....	81
6 REFERÊNCIAS.....	84



## INTRODUÇÃO

Atualmente, um dos maiores argumentos a favor da legalização das drogas, como o estudo e as pesquisas mostram, é que o proibicionismo não resolve o problema, pois as pessoas usam drogas mesmo que sejam proibidas. O verdadeiro problema é que muitas pessoas estão morrendo mais com a guerra às drogas do que pelo uso em si de tais substâncias. Essa guerra, além de matar famílias inteiras, inocentes, traficantes e policiais, deixa muitos outros também inválidos, tanto fisicamente quanto psicologicamente.

Tendo por base um pouco da história do proibicionismo e da nova lei especial brasileira em matéria de drogas, já fica apontada a direção que devem seguir as reflexões em torno desse tema. As reflexões presentes nesse projeto devem colocar em pauta o repúdio à repressão e a afirmação da liberdade, revelando os riscos, os danos e os enganos globalmente produzidos pelo proibicionismo, questionando o discurso criminalizador que oculta fatos, demoniza substâncias e pessoas, molda opiniões conformistas e imobilizadoras, censura e desinforma, distorcendo a razão de todos.<sup>1</sup>

Cabe ressaltar que o “sistemático desrespeito à princípios e normas inscritos nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas, que caracteriza a nova lei brasileira, que caracteriza as proibicionistas convenções internacionais e as demais legislações internas criminalizadoras da produção, do comércio e do consumo das drogas tornadas ilícitas, já demonstra que os riscos e danos relacionados a tais substâncias não provêm delas mesmas. Os riscos e danos provêm sim do proibicionismo. Em matéria de drogas, o perigo não está em sua circulação, mas sim na proibição, que, expandindo o poder punitivo, superpovoando prisões e negando direitos fundamentais, acaba por aproximar democracias de Estados Totalitários não resolvendo o problema fundamental.”<sup>2</sup>

Será relevante na análise desse estudo, partir de uma relação entre o

---

<sup>1</sup> KARAM, Maria Lucia. *A lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*, Boletim Ibccrim, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, 2006.

<sup>2</sup> Karam, Maria Lúcia. *Proibição às drogas e violação de direitos fundamentais*. Disponível em: [http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72\\_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185). Acesso em: 02 de março de 2017.

traficante e o usuário de drogas e suas características elencadas na lei 11.343/06, sempre voltando esta análise para as mais diversas violações e inconstitucionalidades contidas nos mais diversos artigos dessa lei, necessitando de uma reformulação urgente para não mais injustiçar ou punir com o desmedido rigor penal dessa lei.

É válido considerarmos como introdução nesse estudo, o ilustre voto do Ministro Lewandowski. Este apresenta dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen) do Ministério da Justiça que demonstram que, das 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade (homens e mulheres), 28% (174.216 presos) estão presas por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. “Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% das mulheres em situação de privação de liberdade estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico”, afirmou o ministro<sup>3</sup>, ressaltando que hoje o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, levando em conta o número de mulheres presas.

Iniciaremos esse trabalho primeiramente levando em conta a política proibitiva das drogas, abordando o contexto histórico das drogas e suas proibições.

Veremos também o conceito de droga no direito penal brasileiro e todo o contexto nacional e internacional das drogas, as diversas consequências do encarceramento, a discricionariedade dos magistrados ao julgarem os crimes de uso e tráfico, além de uma análise mais aprofundada sobre os critérios de diferenciação que delimitam tanto os crimes de uso e porte como o de tráfico de drogas, ambos, respectivamente elencados em seus artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006.

Após a apresentação do conceito de drogas, seu contexto e abordagem histórica sobre a proibição do seu uso no mundo e no Brasil, é feito um estudo detalhado sobre os crimes de tráfico e de uso, mencionando o desmedido rigor penal dessa lei e diversos princípios que diariamente são violados nos julgados recorrentes e injustos, e, também serão feitas pequenas comparações entre a antiga lei de drogas (Lei nº 6368/1976) e a atual Lei 11.343/2006, buscando refletir sobre a atual lei.

---

<sup>3</sup> BRASIL. *Voto do Min. Lewandowsky, HC 118.552*. Cit. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Trficoprivilegiado.pdf>. Acesso em: 03/04/2017.

É feito um breve estudo sobre o poder do julgador em julgar casos sem que tenham parâmetros objetivos, utilizando-se do poder discricionário que, muitas vezes vai auxiliar o juiz, porém, usado de forma incorreta, causará uma forma de decisão arbitrária e assim diversas injustiças.

A problemática que este trabalho aborda, diz respeito aos diversos princípios que são violados todos os dias nos julgados que incidem a atual lei de drogas, a não determinação de parâmetros objetivos causa injustiça e decisões incorretas que acabam por aumentar a população carcerária, superpovoando as prisões e reafirmando a dimensão, o colapso e as mais diversas consequências do encarceramento em massa.

Algumas questões são levantadas nesse trabalho, como: A figura do traficante é uma consequência da política proibicionista? Quais os efeitos que o problema do tráfico traz para toda a sociedade? Quais serão as consequências da descriminalização das drogas no poder dos narcotraficantes? O nosso sistema penal funciona de forma totalmente correta? Os parâmetros objetivos são fundamentais para a decisão do juiz? Descriminalizar aumenta o consumo? Como o julgador diferencia traficante de usuário? Qual a relação que a Violência, Corrupção, Homicídios tem com o tráfico de drogas?

A importância deste trabalho é mostrar as mais diversas falhas existentes na lei 11.343/2006 que versa sobre drogas. Demonstrar a subjetividade dos parâmetros de diferenciação nas conduta de tráfico ou uso e porte, a necessidade de reformulação desses institutos e versar sobre como o uso do poder discricionário de um magistrado é importante na diferenciação. O trabalho busca também demonstrar que as falhas no sistema e o próprio poder do julgador pode causar o mau uso da discricionariedade nas decisões judiciais, sobretudo no que diz respeito à segurança jurídica.

A metodologia utilizada nesse trabalho foi a de pesquisas em sítios na internet que criticam o sistema penal brasileiro, jurisprudências de diversos tribunais como Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal, Tribunais Regionais e também foram utilizadas pesquisas bibliográficas, artigos científicos, trazendo sábios conceitos de diversos doutrinadores que versam sobre as drogas e sua respectiva lei, expondo brechas, falhas, dentre diversas outras questões que devem ser alteradas visando um sistema mais eficiente.

O trabalho em questão está estruturado em quatro capítulos. O primeiro diz respeito à parte da política proibitiva das drogas, com sua abordagem histórica, seguindo pelo conceito de droga, o contexto da droga no Brasil e, finalizando o capítulo, um breve relato sobre as drogas e o direito penal do inimigo.

O segundo capítulo está estruturado com base na criminalização das condutas do uso e do tráfico e, em um segundo momento voltando toda a problematização desse capítulo para as mais diversas violações de princípios constitucionais e direitos fundamentais.

O terceiro capítulo faz menção aos parâmetros objetivos e subjetivos utilizados para decisões no que incide o artigo 28 e 33 da lei 11.343/2006 e no que concerne a arbitrariedade ou discricionariedade do juiz.

O quarto capítulo vai versar sobre o Encarceiramento em massa decorrente do uso e do tráfico de drogas, as mais diversas consequências do encarceramento e, por fim, as estatísticas do encarceramento no Brasil embasando-se em diversas pesquisas e informações de estatísticas por parte do governo.

## 1 POLÍTICA PROIBITIVA DAS DROGAS

No respectivo capítulo, a perspectiva foi no sentido de observância de um desdobramento histórico das drogas, exibindo como elas eram tratadas por diversas culturas, e, a proibição das drogas, observando as características das diretrizes criminalizadoras que motivaram as drogas e consideraram ilícito o uso de determinadas substâncias.

Inúmeras Convenções e Conferências em todo o mundo, além de políticas proibitivas como a forte influência dos EUA no processo de criminalização das drogas, intitulando-as como inimigo da sociedade, culminaram com a repressão tanto do uso quanto da venda, e as motivações ideológicas dos EUA só fizeram com que aumentasse drasticamente a repressão às drogas, o que levou a influenciar todo o mundo ao processo de proibição. Foram trazidas ainda a esta demanda, questões intrínsecas ligadas ao normativismo, moralismo e o conservadorismo que age por trás do proibicionismo mascarando diversos problemas ligados à repressão.

Durante o capítulo, foi feita uma breve análise a respeito das Drogas e do Direito Penal do Inimigo que muitas vezes estigmatiza a conduta de uma pessoa buscando uma punição a qualquer custo.

A criminalização gera suas consequências, o sistema penal trata com desdenho os presos em decorrência do tráfico. Estes, já somam altos números nas penitenciárias, tratando como único subterfúgio para uma sociedade do século 21 segregar um indivíduo por uma conduta considerada pelo estado como proibida e assim exercer de forma eficaz o seu controle social.

A política proibicionista das drogas demonstra uma crescente contradição ao atual diploma legal, de um lado, penas mais severas não resolveram o problema de um indivíduo não atuar no crime, e conseqüentemente das penitenciárias descongestionarem, de outro, nos mostra as notórias sequelas que esse sistema causa a um sujeito, pois, em verdade, quando é imposta uma pena privativa de liberdade a esse indivíduo, o mesmo, fica taxado na sociedade, sofrendo diversas discriminações, além do próprio rótulo de preso, ou se for liberto, ex-presidiário.

## 1.1 Abordagem Histórica

Historicamente, a modificação de comportamento, humor e emoção por meio de drogas têm sido prática comum. Dessa forma: “todas as sociedades, em larga escala, diferenciaram de alguma maneira, o uso médico e o abuso ‘não-médico’ de drogas, e eventualmente fizeram com essa distinção as fundações morais e legais do sistema internacional de controle de drogas”.<sup>4</sup>

“A questão do uso de drogas pode ser considerado universal, uma vez que são pouquíssimas as culturas que não se utilizam de alucinógenos”<sup>5</sup>. Essas culturas atribuíram um papel importante em experiências religiosas. Na região brasileira do Acre por exemplo, plantas psicoativas compõem rituais indígenas, como é o caso do uso do cipó Ayahuasca na confecção de um chá alucinógeno que até hoje ainda é utilizado pela comunidade do Santo Daime<sup>6</sup>.

Nas Américas, no período colonial, as plantas psicoativas já eram muito difundidas e utilizadas pelas populações indígenas em seus cultos.

Podemos partir de uma reflexão histórica a respeito das drogas e do combate e repressão à elas. Diversas substâncias eram utilizadas em civilizações antigas, dentre algumas dessas substâncias, podemos destacar a origem da maconha em civilizações antigas, o ópio, ayahuasca e diversas outras plantas que serviram e servem hoje em dia como matéria prima para a produção ou uso direto. As drogas sempre estiveram presentes no seio da sociedade, sejam elas lícitas ou ilícitas. O que as diferencia no direito penal é que as drogas lícitas não são puníveis pelo seu uso, e as ilícitas, são punidas.

O álcool por exemplo, era aproveitado desde o início de nossa história, começando como bebidas fermentadas de pouco percentual alcoólico. Quando os árabes introduziram a nova técnica de destilação na Europa, durante a Idade Média, os alquimistas acreditavam que este era considerado como um remédio que

---

<sup>4</sup> COURTWRIGHT, David T. *Forces of Habit: drugs and the making of the modern world*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 4.

<sup>5</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. *Uma leitura antropológica do uso de drogas*. In: *Fascículos de Ciências Penais*. Edição especial. *Drogas: abordagem interdisciplinar*. V. 3, n. 2, abr./mai./jun., 1990, p. 60.

<sup>6</sup> *O chá de ayahuasca é permitido atualmente no Brasil, mas seu uso é controverso em outros países*. Cf. SÁ, Domingos Bernardo Gialluisi da Silva. *Ayahuasca : a consciência da expansão*. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v.1, n.2, p. 145-174, 1996.

continha efeito terapêutico e combatia diversos tipos de doenças.<sup>7</sup>

Há relatos de que o ópio, a maconha, o haxixe, o tabaco tinham como finalidade efeitos terapêuticos e relaxantes e ainda serviram para criar alucinações. Na América Latina, havia o tradicional uso da Cocaína (Hoje em dia o Brasil é o segundo maior consumidor de Cocaína do mundo).<sup>8</sup>

Com o advento das ciências farmacêuticas no início do século XX, foi possível descobrir algumas drogas sintéticas. O pesquisador e químico Albert Hofman, em 1943, ficou conhecido como o primeiro homem a ingerir a substância intitulada como ácido lisérgico, popularmente referido como “LSD”.

Com a colonização e, sob forte influência da igreja católica nas decisões, as drogas passaram a ser consideradas perigosas. A questão da religiosidade fomentou a proibição no mundo moderno, a igreja católica pregava um ideal de relevante conservadorismo frente a um paradigma de sobriedade e abstinência.

É importante ressaltar o comércio internacional de substâncias hoje consideradas como ilícitas. Algumas drogas hoje mundialmente proibidas eram mercadorias difundidas, comercializadas e integradas às economias dos países, como o ópio no país chinês.

Ocorre que, foi propriamente a associação de interesses econômicos de quem importava e exportava que desencadeou um novo regime das drogas no mundo moderno. Álcool e tabaco por exemplo, drogas estimulantes e difundidas por toda a população mundial, drogas de alta importância estratégica comercial internacional, além de “aceitas” pelo cristianismo.

O ópio, por sua vez, retomou seu papel de principal medicamento na Europa, enquanto se manteve a proibição do uso de alucinógenos (característica intrínseca dos cultos indígenas americanos). Como se percebe, é neste momento que se afirma o primeiro paradigma de controle das drogas, com base em motivações principalmente econômicas, culturais e religiosas, mas não propriamente com base na saúde pública.

Determinar a origem histórica da legislação de proibição de drogas é

---

<sup>7</sup>A história do Alambique e da Destilação. Disponível em: <http://www.ahistoria.com.br/alambique-e-da-destilacao/>. Acesso em: 17/06/17

<sup>8</sup> ONU: Brasil é segundo maior consumidor de cocaína do mundo. Disponível em: [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2016/03/02/internas\\_polbraeco,520288/onu-brasil-e-segundo-maior-consumidor-de-cocaina-do-mundo.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2016/03/02/internas_polbraeco,520288/onu-brasil-e-segundo-maior-consumidor-de-cocaina-do-mundo.shtml). Acesso em: 20/08.2017.

praticamente impossível, isso pelo fato de que processo que voltou a conceber como ilícitas determinadas substâncias apresentou-se como “moralizador e normalizador”. O que está ao alcance, entretanto, é a possibilidade de captação de elementos punitivos que surgiram em determinados momentos da história que implicariam, posteriormente, na estruturação de todo o arcabouço proibicionista que temos atualmente.<sup>9</sup>

Para entendermos a situação atual da “guerra às drogas” no Brasil, devemos remontar nosso pensamento a algumas Leis, Conferências e Convenções Internacionais que influenciaram o proibicionismo e a “ânsia repressora”<sup>10</sup> do Estado para com o usuário/traficante de drogas.

Podemos remeter ao começo do século XX onde se iniciou um verdadeiro corte às drogas por parte de algumas Conferências e Convenções sendo uma delas a Conferência de Xangai, cuja causa principal fora os danos que o opio causou à sociedade da China<sup>11</sup>. Outras Conferências também influenciaram o Brasil na formulação de leis repressoras à droga, são elas: a Conferência Internacional do Ópio em Haia, a Conferência de Bangkok, e, a Conferência de Genebra, que tentou regulamentar o tráfico internacional de entorpecentes.

Porém, essa tendência proibicionista não advém somente dessas diretrizes criminalizadoras, ela existe desde os tempos coloniais. Antes da independência do Brasil, as Ordenações Filipinas tinham forte influência dentro do direito no Brasil, e, essas Ordenações já previam uma criminalização para quem usasse ou vendesse substâncias tóxicas.<sup>12</sup>

Posteriormente, no projeto interno, temos o código de 1890 que criminalizava a conduta de “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização”, e, com ineficácia dessas normas criminalizadoras, tem-se diversos decretos editados até a promulgação da lei penal de 1940.

Contudo, as grandes consolidações de um modelo criminalizador das drogas se deram após a segunda guerra mundial, onde a ONU constatou que o

---

<sup>9</sup> CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10

<sup>10</sup> Nesse sentido, KARAM, Maria Lucia. *A lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*, Boletim Ibccrim, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, 2006.

<sup>11</sup> GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Tóxicos: prevenção – repressão*. 14<sup>ª</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

<sup>12</sup> FILHO, Vicente Greco. *Tóxicos: prevenção-repressão. Comentários à Lei 11.343/2006 - Lei de Drogas*. São Paulo: Saraiva, 2011.



índice de drogas teria aumentado muito em decorrência da Guerra e, posto isso, decidiu promover diversas Convenções, sendo uma das mais importantes a Convenção Única de Nova Iorque.

O Governo Norte-Americano foi de crucial relevância para o processo de criminalização das drogas no Brasil. No contexto internacional, uma das estratégias do governo americano, na época em que era governado pelo presidente Nixon, foi a de levar o público a ter uma opinião drástica contra as drogas e assim eleger as drogas (principalmente a cocaína e heroína) como um inimigo da população.<sup>13</sup>

Com a constante entrada de drogas no Estado Americano, o inimigo (que antes era interno) passou a ser os outros países, principalmente os países Latino-Americanos que eram conhecidos por serem os maiores produtores e fabricantes de cocaína, sendo assim, os Estados Unidos da América resolveram tornar mais severas suas penas com relação aos delitos relativos às drogas e aos estrangeiros como produtores.<sup>14</sup>

É cabível relatar que a manutenção do combate as drogas tem sua origem em aspectos econômicos, sociais, religiosos e culturais, apesar de que atualmente nossa política proibicionista tem como embasamento o pretexto da saúde pública. Não há como se deixar de averiguar o contexto que leva, na atualidade, a existência de drogas proibidas, de consumo clandestino, por um lado, e, de substâncias “terapêuticas” legais por outro lado, fabricadas pelas grandes indústrias multinacionais, cuja diferenciação é feita por critérios políticos, sociológicos e sofre a influência de diversas condutas que elencam quais drogas são admissíveis e têm suas “qualidades” e quais não são.<sup>15</sup>

Depois de ter sido feito historicamente as origens do controle das drogas ilícitas, faremos um estudo com maiores detalhes, por meio da análise de suas políticas públicas de controle do comércio e de consumo de substâncias entorpecentes.

Adotando os princípios da Convenção Única de Nova Iorque, o Brasil em 1964 promulgou o Decreto nº 54.216/64 o qual estabeleceu severas políticas

---

<sup>13</sup> CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 70.

<sup>14</sup> CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

<sup>15</sup> ESCOHOTADO, A. *Historia de las drogas*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

contra o tráfico<sup>16</sup>. Logo em seguida, em 1976, foi promulgada no Brasil a Lei nº 6.368/76 para tentar dar maior amplitude ao tema, ocorre que o procedimento dessa lei ficou ultrapassado e no ano de 2002 foi criada uma nova lei (Lei nº 10.409/02) com o intuito de revogar a Lei nº 6.368/76, porém, o título dessa lei continha diversos equívocos, levando o presidente a vetá-la<sup>17</sup>.

Durante certo período, tiveram que ser utilizados alguns procedimentos adequados da Lei nº 10.409/02 juntamente com a Lei nº 6.368/76, ficando estabelecido o vigor da Lei nº 6.368/76 até o início da vigência da atual lei de drogas, Lei nº 11.343/2006.

Pode-se dizer que a Lei nº 11.343/2006 preencheu certas lacunas que ocorriam nas outras leis, principalmente no entendimento do que são drogas, entorpecentes, tóxicos e narcóticos, porém nenhuma mudança substancial de descriminalizar ou legalizar, simplesmente essa lei trouxe uma forma de não carcerização no que concerne ao tratamento dado pelo art. 28, continuando a violar diversos princípios constitucionais e a perdurar com diversas brechas processuais.

Publicada em 2006, A Lei 11.343/06 “Lei de Drogas” rescindiu as anteriores e todo o tema é abordado por ela. Essa lei trouxe inúmeras questões controvertidas que podem causar inúmeras interpretações à cerca do tema e isso tudo acabou gerando questões relacionadas ao princípio da extra-atividade.

## 1.2 O Conceito de Droga

Relativamente às drogas, diversas discussões e controvérsias ocorreram no que concerne à sua problemática, tanto por parte de especialistas quanto por toda a população. Tal problemática não é exclusiva do direito interno e é considerada como um dos principais conflitos na nossa sociedade atual.

As Legislações anteriores adotavam o termo “substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica”, deixando claro uma brecha nesse texto, visto que, nem toda substância causa dependência física ou psíquica, e, assim, criou-se um dilema se outras substâncias entorpecentes estariam proibidas. A lei atual optou pelo termo droga para sanar esses dilemas, porém, sem muito êxito

---

<sup>16</sup> FILHO, Vicente Greco. *Tóxicos: prevenção-repressão. Comentários à Lei 11.343/2006 - Lei de Drogas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>17</sup> Nucci, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais comentadas - 5ª Edição ver. Atual. e ampl.* – São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

conforme veremos adiante.

No que concerne ao entendimento do que são drogas, entorpecentes, tóxicos e narcóticos, nos ensina Geraldo da Silva<sup>18</sup>:

“O vocábulo droga é de origem persa, e significa demônio. Segundo a organização Mundial de Saúde, droga é toda substância que, introduzida no organismo vivo, pode modificar uma ou mais de suas funções. Já tóxico é toda droga capaz de provocar, após introduzida no organismo vivo, reações graves. Entorpecente é toda droga capaz de provocar entorpecimento ou torpor. Narcótico, por sua vez, é a droga opiácea que, introduzida no organismo vivo, é capaz de provocar sedação e analgesia.”

Os institutos que aderiram a proibição e a política de guerra às drogas sujeitaram a sociedade a uma arbitrária seleção do que é droga e do que não é. Se a própria Organização Mundial da Saúde diz que “droga é toda substância que, introduzida no organismo vivo, pode modificar uma ou mais de suas funções”, as drogas lícitas (álcool, tabaco, cafeína, etc) também alteram “uma ou mais funções”, e causam dependência física e psíquica, muitas vezes, gerando danos muito maiores que outras drogas ilícitas, sendo este dispositivo uma violação ao princípio da isonomia, visto que, todos são iguais perante a lei, e aqueles que estão comerciando, produzindo, consumindo drogas legais, estão isentos de penalidades, pela força arbitrária da lei, não agindo esta com nenhum tipo de proporcionalidade.<sup>19</sup>

Tendo como base essa definição é possível perceber o quanto é amplo o conceito da palavra “drogas”. Compreendendo assim, tanto substâncias lícitas, quanto as ilícitas.

Maria Lúcia Karam elucida sobre o tema:

[...] definições um pouco mais precisas, sendo comumente aceito o conceito de droga como toda substância que, atuando sobre o sistema nervoso central, provoque alterações das funções motoras, do raciocínio, do comportamento, da persecução ou do estado de ânimo do indivíduo, podendo produzir, através de seu uso continuado, um estado de dependência física ou psíquica.

[...] pode-se entender por dependência psíquica o impulso psicológico que leva ao uso contínuo da substância, para provocar prazer ou evitar o mal-estar provocado por sua falta, caracterizando-se a dependência física pelo estado fisiológico, manifestado por sintomas dolorosos, conhecidos como síndrome de abstinência, decorrente da interrupção da ingestão regular da substância em questão, também devendo se destacar o fenômeno da tolerância,

---

<sup>18</sup> SILVA, Geraldo da. *Leis Penais Especiais Anotadas*, 2010. P. 866.

<sup>19</sup> KARAM, Maria Lucia. *Dez anos da Lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”*. Revista *Liberdades*. Edição nº 22 maio/agosto de 2016. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

entendido como o estado de adaptação orgânica, caracterizado pela necessidade de utilização de doses cada vez maiores de uma droga, para manutenção do efeito inicial.”<sup>20</sup>

Vejamos o Conceito de droga no Art. 1º, parágrafo único da Lei nº 11.343/2006:

“Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.”<sup>21</sup>

Posto isso, cabe ressaltar que ficou a cargo da ANVISA listar todas as substâncias proibidas, meio que o fez pela da Portaria 344/98.<sup>22</sup>

No Brasil considera-se a palavra droga, tanto para indicar medicamentos, quanto para citar no ordenamento jurídico substâncias consideradas como ilícitas.

Fica claro que a dependência causada pela droga ao nosso corpo não define se uma substância é lícita ou ilícita, já que a droga tem a classificação como substância permitida ou proibida e muitas vezes a lícita causa dependência e danos mais gravosos que algumas drogas ilícitas.

### 1.3 Drogas e o Direito Penal do Inimigo

Partindo para uma análise mais crítica e teórica à cerca do nosso assunto, cabe ressaltar nesse estudo a figura do traficante como inimigo da sociedade. A Teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida pelo doutrinador Günther Jakobs está voltada para enquadrar o indivíduo que não se adequa às normas impostas pelo sistema normativo jurídico cometendo infrações penais consideradas perigosas e, face à esse desvio de conduta, é classificado como um inimigo perante à sociedade por não oferecer “uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”.<sup>23</sup>

“Na visão do doutrinador, existem dois tipos de criminosos, sendo que o primeiro é o criminoso cidadão, que pratica um delito por um fator qualquer, e o segundo é o criminoso inimigo, aquele que atenta diretamente contra o Estado,

---

<sup>20</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. Ed. Niterói: Lumen, 1993, p. 26

<sup>21</sup> BRASIL. Art. 1º, parágrafo único, da Lei de Drogas de 2006 – Lei 11.343/2006. 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: 01/03/2017

<sup>22</sup>

<sup>23</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 42.

separando-se de maneira inalterável do direito e, assim, não seria justificável oferecer as garantias processuais e constitucionais.”<sup>24</sup>

De forma ilustre, Rousseau rebate o pensamento de Jakobs dizendo que:

“A guerra não é pois uma relação de homens, porém de Estado com Estado; só acidentalmente nela são inimigos os particulares, não como homens ou mesmo cidadãos, mas como soldados; não como membros da pátria, mas como defensores dela. Todo Estado, enfim, só pode ter por inimigo outros Estados, e não homens, visto que entre coisas de diversa natureza não há verdadeira relação.”<sup>25</sup>

Para Moura e Vargas temos como principais características do direito penal do inimigo:

“A antecipação de punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato; desproporcionalidade das penas; restrição de garantias penais e processuais e determinadas relegações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.”<sup>26</sup>

“Dessa forma, podemos deduzir que, para Rousseau, ao contrário de Jakobs, não pode haver um inimigo do Estado enquanto criminoso apenas for, não importando qual crime o tenha praticado, mas apenas o será quando este for agente nacional ou de outro Estado, com a finalidade de destruir a soberania deste. Diversamente de Jakobs, que para ele, o agente é considerado inimigo por ameaçar o sistema. O direito penal do inimigo muda o caráter do direito penal do fato para o direito penal do autor, privilegiando o autor que comete o delito em detrimento do crime em si, o que engloba de fato os traficantes e todo o tratamento penal dado à esta figura.”<sup>27</sup>

A Teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida pelo doutrinador Günther Jakobs, é destinada aos que violam as normas do ordenamento jurídico e do contrato social, não oferecendo garantias de uma vida em sociedade, estes, são considerados, na teoria em questão, como os inimigos.

Da separação dos que se distoam do Estado de direito e perdem suas garantias processuais e todos os direitos inerentes ao cidadão, fica visível também a

---

<sup>24</sup> MOURA; Aline Cristine Boska de; VARGAS; Ana Paula Ovçar. *Direito Penal do Inimigo e a Legislação Brasileira*. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20170601130904.pdf>. Acesso em: 20/06/2017.

<sup>25</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret. 2006.

<sup>26</sup> MOURA; Aline Cristine Boska de; VARGAS; Ana Paula Ovçar. *Direito Penal do Inimigo e a Legislação Brasileira*. Disponível em: <http://www.feati.edu.br/revistaelectronica/downloads/numero7/artigodireitopenalinimigo.pdf>. 2009.p.4.

<sup>27</sup> SOUZA, Rodrigo Darela. *Drogas, por que legalizar? A interferência do Direito Penal na questão das drogas*. Disponível em: <http://emporiodireito.com.br/drogas-por-que-legalizar-parte-1/>. Acesso em 25/05/2017.

imagem do cidadão, como um sujeito que também transgride as regras mas mantém sua característica de pessoa e todas suas seguranças jurídicas pelo fato de não cometer crime considerados graves.

O inimigo em questão diz respeito aos indivíduos que de forma livre, espontânea e reiteradamente decidiram por abandonar o estado de direito, exercendo atividades consideradas extremamente graves, como a estrutura de crime organizado, tráfico de drogas e o terrorismo. Muitas vezes na história, relativamente recente, o próprio usuário de drogas também foi estigmatizado e tratado como inimigo da sociedade.

Dentro do conceito de inimigo apontado pela teoria, há a ideia de que as garantias processuais do indivíduo estão deturpadas pela imagem de inimigo e que essa relativização processual resulta em uma verdadeira corrida contra o inimigo, onde há uma exclusão dos parâmetros normais de processo, meio de mascarar totalmente toda a eficácia do ordenamento jurídico, resultando em grave ameaça contra o direito do indivíduo.

O direito penal do inimigo rebuscado para efetivar decisões com base somente na periculosidade ou em características do autor, sem dar ênfase ao devido fato delituoso, fere diversos princípios elencados em nossa carta magna, como o princípio do “*Due Process of Law*”, da Ampla Defesa e do Contraditório, no momento em que trata os crimes do art. 33 como crimes de potenciais gravíssimos, inferindo-se ser os praticantes desse crime como os inimigos da sociedade.

Corroborando com tudo já asseverado, há de se fazer uma breve comparação e um pequeno entrelaçamento de dois institutos criminológicos e a figura do traficante: A teoria do “*Labelling Approach*”<sup>28</sup> e a do “Direito Penal do Inimigo”. Essas duas teorias se relacionam no momento em que há uma seleção de indivíduos tidos como criminosos pelas características do meio o qual está inserido, e não pela conduta criminosa, atribuindo assim rótulos para os indivíduos tidos como inimigos da sociedade (no caso em questão os traficantes), e atribuindo penas desmedidas e parâmetros não objetivos para julgamento.

Para complemento, bem asseverou Vera Regina de Andrade:

[...] o processo de criação de leis penais que define os bens jurídicos protegidos (criminalização primária), as condutas tipificadas como crime e a qualidade e quantidade de pena (que

---

<sup>28</sup>BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. P. 11. Acesso em 14/05/2017.

frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos), obedece a uma primeira lógica da desigualdade que, mistificada pelo chamado caráter fragmentário do Direito Penal pré-seleciona, até certo ponto, os indivíduos criminalizáveis. E tal diz respeito, simultaneamente, aos conteúdos e não conteúdos da lei penal.”<sup>29</sup>

Cabe ressaltar trecho de um artigo relacionado à atual política de punição indiscriminada que não mais pode vigorar, de Matheus Magnus Santos Iemini, advogado criminalista:

“A punição indiscriminada do autor cria instabilidade jurídica, ao ponto de o indivíduo, sabedor que não importa se sua conduta será mínima ou máxima, será punido com todo rigor da lei, cria um movimento adverso à pacificação social, qual seja, a desconfiança na prática da Justiça.”<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> ANDRADE, Vera Regina de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 278.

<sup>30</sup> *Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7619](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619). Acesso em: 12/06/2017

## 2 A CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Algum tempo atrás, havia uma mínima criminalização das drogas consideradas como ilícitas, tendo o significado propriamente de “drogas” na metade do século XIX e, sendo utilizados diversos termos diferentes para se referir às drogas. Nessa época, havia algumas drogas que eram liberadas para uso e na maioria das vezes elas apareciam com o objetivo de medicar as pessoas, ou seja, eram utilizadas por terem efeitos terapêuticos como no caso do ópio, da maconha, da heroína, cocaína.

A criminalização das drogas como já mencionamos, começou a ocorrer no final do século XIX e tem como base os diversos tratados e convenções proibicionista, porém, o estopim inicial de guerra às drogas ocorreu por parte dos Estados Unidos, o país responsável por dar início à idéia de drogas como inimigo da sociedade, quando criou sua política criminal para combater o inimigo.<sup>31</sup>

Independentemente do caráter maléfico que muitos atribuem ao crime, a questão é que o direito penal para cada sociedade varia de acordo com seus costumes e influências e nenhuma conduta deve ser considerada naturalmente criminosa, a sociedade e o legislador que elencam quais são os atos que devem ser tipificados como um crime e quais não.

Diversas ações ainda são vistas como crimes muito mais pelos hábitos de uma sociedade que pela legitimidade do sistema e controle penal. Devemos indagar se realmente a criminalização contribui para um sistema penal mais eficaz e se esta seria a melhor forma de diminuição no consumo de drogas.

Vejamos o brilhante conhecimento de José Nabuco Filho à respeito do tema:

“Há anos a política criminal se baseia na repressão e há anos que o estado brasileiro gasta fortunas na manutenção dessa guerra, sem que se obtenha proveito algum. A verdade é que a atual política não é eficaz na diminuição do uso — raríssimas as sociedades que não usaram substâncias estupefacientes — e, como efeito colateral, gera diversos crimes secundários, como tráfico de armas, corrupção e homicídios, entre outros. Esses crimes derivam diretamente da proibição, pois ninguém precisa de fuzil para transportar cigarro ou

---

<sup>31</sup>GOMES, Luiz Flávio. *DROGAS: EUA PERDERAM MAIS UMA GUERRA*. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/drogas-eua-perderam-mais-uma-guerra/>. Acesso em : 22/06/2017



bebida alcoólica. O fracasso da prisão como meio de combate é tão evidente que a legislação tem sempre aumentado as penas. O Código penal de 1940 previa pena de 1 a 5 anos; em 1976, passou para 3 a 15; desde 2006, é de 5 a 15 anos. Atualmente, há um projeto de lei, de autoria do deputado Osmar Terra (PMDB-RS) que, com o substitutivo apresentado, prevê a pena mínima de 8 anos para o tráfico. Uma sandice, pois é superior à pena mínima do homicídio simples (6 anos). Ao invés de se aumentar a dose, é preciso reconhecer que o remédio da detenção é um estrepitoso fiasco. Obviamente, a saída é a prevenção, através de campanhas educativas, e não a prisão e estigmatização do usuário. E isso é possível. O Conselho Federal de Psicologia, em estudo sobre o projeto de Osmar Terra, expõe o caso do cigarro no Brasil. Em 1989, 35% da população fumava; atualmente, são 15,2%. Mesmo nos EUA, que possuem a maior população carcerária do mundo, vários estados, como o Colorado, estão optando por medidas alternativas à prisão para pequenos traficantes. Bastante interessante é a experiência de Portugal onde, desde 2001, não é crime a posse de pequenas quantidades. Percebeu-se, naquele país, que a criminalização dificultava um tratamento adequado ao dependente, pois a proibição contém uma forte carga moralista.<sup>32</sup>

O consumo de drogas significa somente uma lesão a si mesmo, ou seja, não pode ser punido por não ser uma conduta socialmente lesiva a terceiros. Diversas outras drogas legais em nosso país são mais prejudiciais à saúde e a população é adepta disso. O consumo de álcool é um ótimo exemplo, pois o alcoolismo causa danos graves à saúde.

De igual forma ocorre com o consumo de cigarro que causa grande dependência química e física e é extremamente prejudicial à saúde. Nesses dois exemplos, a criminalização da venda e do consumo é ignorada por diversas razões, uma delas é a existência de um negócio bilionário por trás dessas drogas.

Diferentemente do que a sociedade vê como normal, a proibição tem raízes em questões econômicas e políticas, não decorre exclusivamente da preocupação com a saúde e segurança pública.

A problematização já aparece desde o início nas confusões normativas, divergências jurisprudenciais e doutrinárias, que acabam por massacrar diversas pessoas que não deveriam ser penalizadas por normas violadoras de princípios e totalmente incondizentes com os princípios elencados na Carta Magna Brasileira. Vale ressaltar a divergência de diversos julgados, no que concerne principalmente à constitucionalidade ou não do artigo 28 e no que concerne ao tratamento abusivo e

---

<sup>32</sup>FILHO, José Nabuco. *O caminho é a descriminalização das drogas*. Disponível em: <http://www.diariodocentrodomundo.com.br/o-caminho-e-a-descriminalizacao-das-drogas/>. Acesso: 20/06/17

discricionário dado à figura do traficante elencada no artigo 33.

Exposta um pouco da problemática elencada anteriormente a respeito das violações de princípios e a inconstitucionalidade dos referidos artigos, passa-se a demonstrar então com base em fatos e dados, as consequências do proibicionismo e seus defeitos.

Introduz esse tema com brilhantismo, a ilustre jurista Maria Lúcia Karam:

“As apreensões realizadas em operações policiais, que se faziam em quilos e, agora, se fazem em toneladas, além de revelarem a expansão da produção e do comércio, ao reduzirem momentaneamente a oferta, acabam por proporcionar uma imediata supervalorização das mercadorias, assim criando maiores incentivos econômicos e financeiros para o prosseguimento daquelas atividades econômicas ilegais. Eventuais êxitos repressivos muitas vezes também acabam por incentivar produtores, comerciantes e consumidores a buscar outras substâncias, podendo conduzir – como, de fato, têm conduzido – à chegada ao mercado ilegal de novos produtos mais lucrativos e/ou mais potentes em seus efeitos primários (efeitos derivados da própria natureza da substância). Esse é o caso do crack. Mas, não apenas. Muito antes, o ópio, que costumava ser fumado ou bebido, acabou sendo substituído pela heroína injetável. Durante a proibição do álcool nos Estados Unidos da América, no período de 1920 a 1933, o comércio de cerveja e vinho perdeu espaço para vendas de outras bebidas alcoólicas mais fortes, mais concentradas, lucrativas e perigosas, como uísque e gin. O fracasso da proibição, além de ser evidente, seria facilmente previsível. Drogas são usadas desde a origem da história da humanidade. Milhões de pessoas em todo o mundo fizeram e fazem uso delas. A realidade tem mostrado que, por maior que seja a repressão, esse quadro não muda: sempre há e haverá quem queira usar essas substâncias. E, havendo quem queira comprar, sempre haverá pessoas querendo correr o risco de produzir e vender.”<sup>33</sup>

Como dito por D’elia Filho:

“[...] as reais funções sociais desenvolvidas pelas recentes políticas criminais no trato das substâncias psicoativas só poderão ser desvendadas através de uma análise crítica e histórica, afastando os estereótipos médicos, moral e criminoso”.<sup>34</sup>

Segundo o Economista Liberal Americano Milton Friedman, laureado com prêmio nobel:

“[...] a proibição foi encerrada em 1933, quando eu tinha 21 anos de idade, então eu era um adolescente durante a maior parte do período de proibição. Alcool era facilmente encontrado, o contrabando era

<sup>33</sup> KARAM, Maria Lucia. *Dez anos da Lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”*. Revista *Liberdades*, edição nº 22 maio/agosto de 2016.

<sup>34</sup> D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Reavan, 2007. P. 78.

comum. Qualquer ideia de que a proibição evitava o consumo de álcool é absurda. Haviam bares clandestinos por toda parte. Mas mais do que isso. Nós tínhamos essa cena do Al Capone, dos sequestros, das guerras entre gangues. Qualquer um que tivesse olhos podia ver que a proibição era um mau negócio, e que fazia mais mal do que bem[...]"<sup>35</sup>

Como bem interpretado de forma histórica, a proibição das bebidas alcoólicas não produziu nenhuma mudança na criminalidade e no consumo de álcool. Aonde há demanda, há oferta. O que há de se decidir é se a oferta será controlada pelo estado ou pelos bandidos.

Como a criminalização afeta a saúde pública ?

“A criminalização distancia as pessoas que usam drogas dos sistemas de saúde e de assistência social: o estado que busca cuidado é o mesmo estado que pune. A possibilidade de um processo penal marginaliza os usuários de drogas ilícitas tanto simbólica quanto concretamente. Quando é tratado como um crime, o uso de drogas é visto prioritariamente como questão policial (Gallassi et al, 2017 – In Submission)”<sup>36</sup>

A criminalização também inviabiliza o uso medicinal de substâncias proscritas, como a maconha, no tratamento de doenças, das quais seu uso mostrasse como a melhor possibilidade terapêutica, sendo obstáculo para a realização de pesquisas científicas, inclusive para aferir a prevalência de uso na população.<sup>37</sup>

É de bom alvitre ressaltar um artigo científico segundo a renomada revista *The Lancet*<sup>38</sup> e traduzido por GALLASSI<sup>39</sup>:

“Políticas destinadas a proibir ou suprimir fortemente as drogas apresentam um aparente paradoxo. Os formuladores de políticas dizem que elas são necessárias para preservar a saúde e segurança públicas. Ainda assim, elas fazem aumentar, direta ou indiretamente, a violência letal, doenças, discriminação, migração forçada, a injustiça e o enfraquecimento do direito do povo à saúde”

<sup>35</sup> FRIEDMAN, Milton. *Why Drugs Should Be Legalized*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nLsCCOLZxkY>. Acesso em 10/07/2017.

<sup>36</sup> *Políticas Públicas e Assistência à Dependência: 10 Anos da Lei de Drogas: Resultados e Perspectivas em uma Visão Multidisciplinar*. Abril de 2017. Disponível em: [http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Andrea\\_Gallassi.pdf](http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Andrea_Gallassi.pdf). Acesso em: 20/07/2017.

<sup>37</sup> *idem*

<sup>38</sup> *Public health and International Drug Policy*. Disponível em: [http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(16\)00619-X.pdf](http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(16)00619-X.pdf). Acesso em: 12/09/2017.

<sup>39</sup> *Políticas Públicas e Assistência à Dependência: 10 Anos da Lei de Drogas: Resultados e Perspectivas em uma Visão Multidisciplinar*. Abril de 2017. Disponível em: [http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Andrea\\_Gallassi.pdf](http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Andrea_Gallassi.pdf). Acesso em: 20/07/2017.

E ainda, segundo o “The BMJ”<sup>40</sup>, traduzido por GALLASSI<sup>41</sup>:

“A ideologia de um “mundo sem drogas” encoraja uma prática de saúde orientada pela mesma ideologia. [As políticas de controle de drogas] impedem a realização de pesquisas sobre o uso medicinal da cannabis e de outras drogas proibidas, mesmo com evidências já provadas cientificamente de potencial benefício.”

O Escritório para Drogas e Crimes (UNODC) estimou que de 162 a 329 milhões de pessoas entre 15 e 64 anos teriam usado uma substância proibida pelo menos uma vez no ano de 2013. Este, e relatórios anteriores, sempre destacando o fato de a maconha continuar sendo a droga ilícita mais utilizada, revelam ainda, o constante crescimento no número de novas substâncias psicoativas em geral conhecidas como *legal highs*, isto é, substâncias que vêm sendo introduzidas no mercado mundial em tempos recentes, não incluídas nas listas das convenções internacionais (e dificilmente incluíveis, especialmente devido à velocidade com que surgem e têm alterada sua composição), as quais, em sua maioria, como os canabinóides sintéticos, imitam os efeitos das drogas proibidas catalogadas naquelas listas. Em 2009, o número dessas substâncias quimicamente modificadas identificadas pelo UNODC era de 166; em dezembro de 2014, esse número chegava a 541.<sup>42</sup>

Mormente ao momento histórico vivido pelo nosso país e devido à superlotação de presídios, é cediço que devemos caminhar rumo à uma maior descarcerização, principalmente no que se refere aos traficantes e usuários, estes, representam 26% dos presos até junho de 2013<sup>43</sup>

Todo esse enredo deveria ser diferente mas não é. Exclusivamente porque a política antidrogas atual é de um fracasso gigantesco. Necessitamos urgentemente reformular nossas leis antidrogas no país e deixar de lado a política proibicionista de luta contra as drogas, buscando outros meios de lidar com esse

---

<sup>40</sup> *The war on drugs has failed: doctors should lead calls for drug policy reform*. 14 de Novembro 2016. Disponível em: <http://www.bmj.com/content/355/bmj.i6067>. Acesso em: 09/09/2017.

<sup>41</sup> *Políticas Públicas e Assistência à Dependência: 10 Anos da Lei de Drogas: Resultados e Perspectivas em uma Visão Multidisciplinar*. Abril de 2017. Disponível em: [http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Andrea\\_Gallassi.pdf](http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Andrea_Gallassi.pdf). Acesso em: 20/07/2017.

<sup>42</sup> *Relatórios do Secretariado do UNODC para as 59.ª, 57.ª e 56.ª Sessões da Comissão de Drogas Narcóticas (CND): “World situation with regard to drug abuse”*. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/session/cnd-documents-index.html>. Acesso em: 28 outubro de 2016.

<sup>43</sup> *Se Cadeia Resolvesse, o Brasil seria exemplar*. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html> Acesso em: 23 de novembro de 2016.

tema como no caso de uma descriminalização das drogas, esse sim talvez seria um passo adequado na manutenção e controle das drogas.

## 2.1 O Uso e Porte de Drogas e seus Princípios Violados.

Convém iniciarmos essa parte do estudo com o que dispõe o artigo 16 da Lei nº 6.368/76:

“Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.”<sup>44</sup>

Em comparação com o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 que disciplina:

“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.

---

<sup>44</sup>BRASIL. Art. 16 da Lei de Drogas de 1976 - Lei 6368/76 . Disponível em :

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11265998/artigo-16-da-lei-n-6368-de-21-de-outubro-de-1976>

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”<sup>45</sup>

No panorama atual da América Latina, apenas o Brasil, o Suriname e as Guianas criminalizam o porte de drogas para uso pessoal, diante disso, de pronto podemos ter uma noção da morosidade em que estamos inseridos na questão das drogas.<sup>46</sup>

É de se perceber desde logo que foi acrescentado ao artigo 28 a expressão “ter em depósito e transportar” substância que cause dependência psíquica, e, as penas que foram determinadas no novo diploma legal, são penas de medidas alternativas, onde visam a reinserção do usuário na sociedade.

Fernando Capez elucida sobre o tema:

“Ao contrário da revogada Lei nº 6.368/76, a nova lei não utiliza mais a expressão “substância entorpecente que determine dependência química ou psíquica”, mas, sim, o termo mais amplo “droga”. De acordo com o art. 1º, parágrafo único, “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em Lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Público da União”.<sup>47</sup>

Em se tratando do usuário de drogas, o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 revogou o artigo 16 da Lei nº 6.368/76. Nossa atual Lei 11.343/06 mantém a criminalização da posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, apenas afastando a cominação de pena privativa de liberdade, para prever penas de advertência, prestação de serviços à comunidade, comparecimento a programa ou curso educativo e, em caso de descumprimento, admoestação e multa, não trazendo assim nenhuma mudança substancialmente importante para a sociedade.

Com relação a esse tema, o engenhoso Fernando Capez torna claro ao se pronunciar:

“Criou duas novas figuras típicas: transportar e ter em depósito. Substituiu a expressão substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica por drogas; não mais existe a previsão de pena privativa de liberdade para o usuário; passou a

---

<sup>45</sup>BRASIL. Art. 28 da Lei de Drogas de 2006 – Lei 11.343/06 – 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: 16 de novembro de 2016.

<sup>46</sup> Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas/MJ, Diretoria de Projetos Estratégicos e Assuntos Internacionais. Junho/2015. *Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

<sup>47</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 10. Ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2006. V.1. p. 683.

prever as penas de advertência, prestação de serviço à comunidade e medidas educativas; tipificou a conduta daquele que, para consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.”<sup>48</sup>

Especificamente com relação ao usuário, a Lei nº. 11.343/06 disciplina em seu art. 48, que o artigo 28 será abrangido pela Lei nº. 9099/95, por versar sobre assunto de crime de menor potencial ofensivo.

Vejamos o Artigo 48:

“Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei no 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.”<sup>49</sup>

Nesse sentido, Maria Lúcia Karam :

“dada a pena máxima de detenção de 2 anos prevista na Lei 6.368/76, a indevidamente criminalizada posse para uso pessoal já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo”<sup>50</sup>

A respeito da natureza jurídica deste artigo, sempre ocorreu uma discussão se houve uma descriminalização, despenalização, “*abolitio criminis*” ou

<sup>48</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 10. Ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2006. V.1. p. 683.

<sup>49</sup> BRASIL. Art. 48 da Lei de Drogas de 2006 – Lei 11.343/2006. 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)

<sup>50</sup> KARAM, Maria Lucia. *A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*. Boletim Ibccrim, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, 2006.

uma infração “*sui generis*”. Porém, o STF se manifestou em 2007, afirmando que a conduta descrita no artigo 28 trata-se de despenalização, mantendo-se então a conduta como criminosa. Foi através do Recurso Extraordinário 430.105 (STF, 1.<sup>a</sup> Turma, RE-QO 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.13.02.2007, DJe 26.04.2007<sup>51</sup>, que pronunciou-se o Supremo nesse sentido.

Sobre o tema, a Egrégia Corte Catarinense também manifestou seu entendimento sobre a conduta do usuário de drogas:

“ART. 28 DA LEI 11.343/06. POSSE DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO É CRIME O FATO DEFINIDO COMO TAL PELA NORMA APONTADA. RECURSO DESPROVIDO. (...) A LEI N. 11.343/06 NÃO DESCRIMINALIZOU A POSSE ILEGAL DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. CONFERIU-LHE APENAS TRATAMENTO DIVERSO DO QUE LHE DAVA O DIPLOMA ANTERIOR, COMINANDO SANÇÕES MAIS BRANDAS DO QUE AS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.”<sup>52</sup>

Há de se ressaltar que hoje em dia há uma discussão no STF, a respeito do RE 635.659 sobre a descriminalização do porte de drogas.

Dada a natureza jurídica do fato, conclui-se que o art. 28 não se trata de crime ou contravenção penal, haja vista não mais prever qualquer hipótese de reclusão, detenção ou mesmo prisão simples, neste sentido Luís Flávio Gomes é categórico ao afirmar:

“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”, conseqüentemente, o art. 28 contempla uma infração *sui generis* (uma terceira categoria, que não se confunde nem com o crime nem com a contravenção penal)”<sup>53</sup>

Nesse contexto fático, há que se ressaltar uma suposta violação ao princípio da intervenção mínima do direito penal já que pelo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve se abster de intervir em condutas irrelevantes e só atuar quando completamente necessário, mantendo-se subsidiário e fragmentário.

O princípio da intervenção mínima tem um papel fundamental em um Estado Democrático de Direito, pois evita que os autores dos denominados “crimes

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO 430.105. 1.<sup>a</sup> Turma, RE-QO 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence*, j. 13.02.2007, DJe 26.04.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566t>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

<sup>52</sup> BRASIL. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado. *Recurso de agravo*. Processo: 70021978283. Relator: Desembargador Sérgio Paladino. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br> acesso em: 25 de outubro de 2016.

<sup>53</sup> GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de, *Nova Lei de Drogas Comentada*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.108/113.



de bagatela” sejam enviados aos presídios tão somente porque sua conduta estava descrita em um tipo penal. A observância do potencial lesivo da conduta para a aplicação da pena pode ser vista como respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Importante salientar que existem posicionamentos que afirmam ser a despenalização, uma resposta penal deletosa, com penas alternativas, segundo o art. 5º, XLVI, alínea “d” da CF/88, e que é o posicionamento do STF no julgado de 2007.

Vejamos o art. 5º de nossa Carta Magna:

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

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;”<sup>54</sup>

Se houve uma despenalização como bem asseverou o STF no crime descrito no artigo 28 da Lei de Drogas, não há possibilidade de aplicação de qualquer pena. Ora, o próprio inciso 5º XLVI indica outras formas de “pena”. Logo, equivoca-se o STF afirmando que houve despenalização. Poderia então alegar, no máximo, uma descarceirização.

Complicado é entender a posição do STF de manter a conduta como criminosa e com sintoma de despenalização do artigo tendo em vista que tal dispositivo trata-se de pena restritiva de direitos, e, a prestação social alternativa é uma matéria de pena restritiva de direitos, por força do art. 43 do Código Penal.

Não ocorreu então uma despenalização, isso porque a prestação social alternativa é uma espécie de pena conforme art. 32 c/c com o art. 46 do Código Penal. Importante observar também que o art. 46 do Código Penal demanda condenação superior à seis meses para esta modalidade de pena, meio inverossímil, pois o art. 28 não prevê nenhuma pena.

Como elencado com sábias palavras por Cristiano Maronna:

“[...] Como o art. 28 não prevê nem mesmo a prisão, mesmo que

---

<sup>54</sup> BRASIL. *Constituição Federal. 1988. Art. 5º, XLVI, alínea “d”*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20/10/2017.

condenado, a pessoa não será presa. Eles sentem que estão enxugando gelo. Para um policial não prender um usuário, é quase que uma *capitis diminutio*. Qual a consequência disso? Como regra, qualquer prisão é enquadrada como tráfico ainda que não seja.”<sup>55</sup>

Como dito anteriormente, a lei não elencou exatamente o que é droga deixando para a ANVISA tal obrigação. Posto isso, trata-se de uma norma penal em branco, preenchida por um ato administrativo, portanto infra legal, e por ser infra legal é uma norma penal em branco heterogênea. A portaria número 344/98 da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, Ministério da Saúde, define o que são drogas.

Percebe-se nesse sentido que o pensamento da maioria dos penalistas é de que o objeto jurídico protegido pela norma do art. 28 da nova Lei de Drogas é a saúde pública, Nesse sentido já dizia Guilherme de Souza Nucci: “16. Objetos material e jurídico: o objeto material é a droga. O objeto jurídico é a saúde pública.”<sup>56</sup>

Concernente ao crime tipificado no artigo 28 da nova lei, esta, se ampliou em relação à lei 6.368/76, incluindo quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou leva consigo droga para consumo pessoal, tendo por base a ideia de que a referida conduta traz consigo um inerente risco social, colocando em perigo a saúde pública no sentido de que o usuário ou dependente, mesmo que a transporte ou realize qualquer das condutas com o objetivo do consumo próprio, está sempre psicologicamente e fisicamente predisposto a disseminar o vício a outrem.

Entende esta inconstitucional lei e seus referidos artigos que a lesão social deste usuário é menor e menos marcante do que aquele que pratica o crime de tráfico, por exemplo, o que explica o porquê da “pena” mais branda.

Há de se fazer um questionamento muito relevante em relação à ampliação do artigo 28 da nova lei, tendo em vista que se ao trazer drogas consigo, o usuário estará automaticamente espalhando o vício das “drogas” à outra pessoa, porém, esse deve ser então o mesmo pensamento para quem se utiliza de drogas lícitas (álcool, tabaco, cafeína), estes também estarão influenciando a saúde pública tornando totalmente prejudicada essa lógica aferida ao usuário do artigo 28.

É de se constatar que acreditar que o usuário necessariamente levará

---

<sup>55</sup> MARONNA, Cristiano. *IBCCRIM - Seminário 10 anos da Lei de Drogas 1º dia Painel I Expositor Cristiano Maronna*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8BgBxlalpsc>. Acesso em: 02/09/2017.

<sup>56</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais – comentadas*. 5 ed. São Paulo: Editora RT, 2010.p. 344.

consigo outras pessoas a consumirem drogas, o coloca em patamar semelhante ao traficante, pois aquele, consumindo ou não a droga, acreditar que levaria outras pessoas a consumirem. Essa interpretação consubstanciaria a figura típica do art. 33 da referida lei de drogas (tráfico), tornando incoerente a justificativa de criminalização do artigo 28 e causando uma confusão sobre qual figura será aplicada em cada caso.

Com tudo explicitado pode-se entender, obviamente, que atrás do pretendido bem jurídico: Saúde Pública, o que de fato subsiste no delito de drogas é uma tutela da moral, o que não é permitido em matéria penal por violação ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Assim, a saúde pública fica camuflada pela tutela da moral, de modo que a confusão do que pode ser ou não considerado lícito ou ilícito em matéria de drogas, do que é considerado tráfico ou uso é muito desconexo, justamente porque não se tem delineado claramente o bem jurídico tutelado pela norma, claramente pelo fato de que o que realmente há é uma tutela da moral. Por isso, tal desorganização.

Aliás, se realmente houvesse preocupação com a saúde pública, não haveria de manter a proibição, tendo em vista os malefícios que a proibição traz à saúde pública como um todo. É também, algo inconsistente diferenciar usuário e traficante, tendo em conta que, se todo usuário leva alguém a consumir drogas consigo, pratica este, portanto, o delito de tráfico, o que torna absolutamente incoerente a posição defendida pela constitucionalidade do artigo com tal premissa.

Apesar de haver alguns critérios, ao meu ver ineficazes, para definir se o agente é usuário ou traficante, existe uma incerteza, uma verdadeira confusão, pois vai depender do grau de análise e subjetividade de cada juiz no caso concreto, o que dá margem para haver classificações diferentes em situações muito semelhantes. Luís Gomes explica a diferenciação:

“Há dois sistemas legais para decidir se o agente é usuário ou traficante: a) sistema de quantificação legal – fixa-se nesse caso o quantum diário para consumo pessoal; b) sistema de reconhecimento judicial ou policial – cabe ao juiz ou a autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico. A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deverá fazer a distinção entre o usuário e o traficante.”<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 161.

Deduz-se que esta subjetividade desencadeia alguns indivíduos a serem considerados traficantes e, em casos extremamente iguais, haver classificação como usuários, tornando desconexa a tipificação, pois existe falta de critérios objetivos. Isso decorre, em última análise, do fato da manutenção da moral se sobrepôr no delito de drogas, porém evidentemente acobertada sob o aspecto de saúde pública.

Os favoráveis à inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.343 certificam que, sobretudo, a saúde, o corpo e a liberdade do ser humano devem ser preservadas e, portanto, nenhuma norma penal será legítima no momento em que interferir na intimidade, nas opções pessoais ou impuser padrões de comportamento aos sujeitos.<sup>58</sup>

Alexandre Bizzoto *et al* sustentam dessa forma:

“O art. 28, que criminaliza a posse de droga para consumo, é inconstitucional, porque o indivíduo é senhor de seu próprio destino, corpo e saúde, razão pela qual lhe compete decidir sobre o que é melhor (e pior) para si mesmo. Assim, por força do princípio da lesividade, só pode constituir infração penal uma conduta que implique violação a interesse, à liberdade ou a bem jurídico de terceiro, razão pela qual ações que encerrem apenas má disposição de direito ou interesse próprio não podem ser objeto do direito penal, a exemplo da autolesão, do suicídio tentado ou do dano à coisa própria. John Stuart Mill escreveu, a propósito, que o “indivíduo não responde perante a sociedade pelas ações que não digam respeito aos interesses de ninguém, a não ser ele próprio. Conselho, ensino, persuasão, esquiva da parte de outras pessoas, se para o bem próprio a julgam necessária, são as únicas medidas pelas quais a sociedade pode legitimamente exprimir desagrado ou desaprovação da conduta do indivíduo.”<sup>59</sup>

Nesse contexto, na conduta de posse de drogas para consumo pessoal não existe um perigo direto, concreto e imediato a outras pessoas, de modo a ofender princípios penais e constitucionais.

O tema é de difícil resolução tendo em vista as diversas contradições sobre a matéria de fato, cabe ressaltar que alguns países da Europa e América Latina já descriminalizaram o porte de drogas para uso pessoal: Alemanha, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Eslovênia, Espanha,

---

<sup>58</sup> Bizzoto, Alexandre. et al.( apud ARAUJO, Vinicius Marcondes de, 2012). Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-da-criminaliza%C3%A7%C3%A3o-do-usu%C3%A1rio-de-drogas>. Acesso em: 05/03/2017.

<sup>59</sup> Bizzoto, Alexandre, Rodrigues, Andréia de Brito e Queiroz, Paulo, *Comentários Críticos à Lei de Drogas*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

Holanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, México, Paraguai, Peru, Portugal, República Tcheca, Uruguai.

Com relação à situação da maconha nos EUA, segundo GALLASSI<sup>60</sup>, na última eleição foi feito um plebiscito em cinco estados, sobre o que a população Norte Americana pensava sobre o uso recreativo de maconha, e, dos cinco estados consultados, somente o Arizona não foi maioria para dizer que aceitava o uso recreativo da maconha, outros estados como o Mayne, Califórnia, opinaram pelo uso recreativo, e deixaram o modelo de proibição de lado para rever a abordagem com relação à essa substância. Então, dos 50 estados dos EUA mais o distrito de Columbia, atualmente os EUA tem 25 estados que autorizam o uso recreativo e/ou medicinal de maconha, 15 estados que só autorizam o uso medicinal de maconha e 9 estados que autorizam somente o uso do canabidiol. Em resumo, os EUA têm 50 Estados e somente 7 Estados restringem o uso da maconha para qualquer tipo de finalidade, seja medicinal ou recreativo e outros.

Temos que ter em vista uma situação muito peculiar para então darmos continuidade à resolução dessa matéria, sendo muito importante ressaltar uma questão que ocorre todos os dias com diversas pessoas. Situação essa voltada para a reflexão da problematização de fato e publicada pelo Globo:

“M. foi presa em 2012 com 1 grama de maconha. Foi condenada por tráfico a uma pena de 6 anos e nove meses de prisão e pagamento de 680 dias-multa. A decisão foi mantida em segunda instância. Em março, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou seu habeas corpus. Ela só foi solta em abril, após mais de três anos de cárcere, por decisão do ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF)”.<sup>61</sup>

Há que se pautar também outra questão problemática e que em pleno século XXI ainda são utilizados recursos públicos e judiciais e punições desproporcionais para situações insignificantes, vejamos essa situação transcrita no HC 373.364:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. ORDEM CONCEDIDA.”<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> GALLASSI, Andrea. *Seminário 10 anos da Lei de Drogas - 1º dia - Painel II - Expositora Andrea Donatti Gallassi. ENFAM*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=esKp2UQrd0k>. Acesso em 10/09/2017.

<sup>61</sup> *Comércio formal de maconha movimentaria R\$ 5,7 bilhões no Brasil*. Matéria publicada e disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/comercio-formal-de-maconha-movimentaria-57-bilhoes-no-brasil-19468621>> Acesso em: 25 de novembro de 2016.

<sup>62</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2017. HABEAS CORPUS 373.364. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em:

Nesse Habeas Corpus, por unanimidade de votos, a 6º Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) derrogou decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que havia condenado um indivíduo a sete anos de prisão por tráfico.

De acordo com os autos, o acusado foi preso em 2015 e portava 0,7 grama de crack. Considerando que o acusado já estava preso preventivamente por cinco meses, o Juiz de 1º grau, ao desclassificar a conduta para porte de drogas para uso pessoal exclusivo, extinguiu a punibilidade. Porém, O TJRS entendeu que o porte da droga era suficiente para caracterizar o delito de tráfico de drogas e assim, reparou a sentença.

Esse caso é inadmissível e é só mais um dos exemplos absurdos que os tribunais enfrentam diariamente e que literalmente jogam seus recursos e sua disponibilidade por água abaixo ao julgar fatos ínfimos, resultando também na morosidade por ainda dispender tempo com esse tipo de situação.

Uma das coisas mais tristes que acontecem todos os dias e que de vez em quando vemos nas mídias sociais, redes de comunicação é que pessoas inocentes morrem em decorrência da guerra ao tráfico, o usuário de drogas fez sua escolha , a criança que foi vítima de uma bala perdida na favela não fez escolha. Ela está morta por conta do usuário ou da guerra ao tráfico?

Usuários não são perigosos, mas, ao adentrarem uma prisão muitas vezes enquadrados como traficantes, pela convivência com a vida do crime dentro da prisão, se tornam criminosos que realmente vão apresentar um perigo para a sociedade.

Dos diversos obstáculos apontados, é cediço observarmos que será de extrema dificuldade conciliar os diversos institutos apontados para constitucionalidade ou não desses artigos, mas é de bom alvitre perceber que essas dificuldades e violabilidades podem sim ser sanadas por meio de um direito penal menos interferente na vida pessoal, e mais atuante nos temas que são sim de relevância real, principalmente na questão do usuário que, haja vista causar menor periculosidade por seus atos deveria ter sua despenalização literalmente decretada.

Observa-se que a aplicação falha da lei é apontada como a causa da

superlotação dos presídios na última década. Presos por tráfico de drogas já superam os de todos outros crimes no país, segundo dados do Ministério da Justiça.

## **2.2 Do Tráfico de Drogas, seu “Desmedido Rigor Penal” e Alternativas para Anular a Venda de Entorpecentes.**

O maior rigor da política do proibicionismo das drogas tem sua origem por volta da década de 70, quando o Brasil, adotando os princípios e regras da Convenção Única de Entorpecentes, liderada pela Organização das Nações Unidas (ONU), cria a lei 5.726/71, intitulada lei Antitóxicos.

A Convenção, influenciada pelo modelo dos Estados Unidos da América, tratou o contexto das drogas de forma incongruente, mostrando características conservadoras e imperialistas, acabando por dizimar culturas que há milênios faziam seus cultos e cerimônias.

Luciana Boiteaux disserta sobre o tema:

“[...] a radicalização do controle internacional de drogas, que passou a buscar a total erradicação do consumo e da produção de determinadas substâncias, inclusive algumas que eram consumidas há milênios por tribos nativas da América Latina, como é o caso de folha de coca no Peru e na Bolívia. Pretendia-se, então, impor uma valoração negativa sobre uma cultura ancestral, sem levar em consideração a diversidade cultural dos povos, proibição esta que perdura até hoje, contra a qual vem se opondo o governo da Bolívia em especial, diante da violação aos direitos humanos das comunidades nativas da região.”<sup>63</sup>

Anos adiante do marco inicial da guerra às drogas e, nesse momento do estudo, como ponto de partida, é de imensa importância elucidar uma situação atual e peculiar que é a dos massacres ocorridos nos presídios do Amazonas, Paraíba, Roraima, Maceió, São Paulo, Rio Grande do Norte, Santa Catarina e Curitiba, totalizando números assustadores e ultrapassando o massacre do carandiru: 133 mortes.<sup>64</sup>

Mas o que isso tem a ver com o tráfico de drogas? A corrida pela disputa de poder, dinheiro, pontos de drogas, de novos territórios para expansão do narcotráfico em território nacional e internacional, pode ser considerado como o

---

<sup>63</sup> BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ella Volkmer de Castilho (Coord.). *Tráfico e Constituição*. Série Pensando o Direito no 1/2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 27

<sup>64</sup> *Mortes em presídios do país em 2017 já superam o massacre do Carandiru*. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>. Acesso em: 03/04.2017

principal motivo que levou ao embate de duas facções amplamente conhecidas no Brasil: O Primeiro Comando da Capital (PCC), Comando Vermelho (CV) e Família do Norte (FDN - Facção aliada ao CV).

Segundo Jornal “O Globo”:

“Dois fatores desencadearam a guerra entre PCC e CV, segundo especialistas e integrantes do Ministério Público e das polícias ouvidos pelo G1. O primeiro deles foi a morte, durante uma emboscada, do traficante Jorge Rafaat Toumani, em junho de 2016 na cidade de Pedro Juan Caballero, fronteira com o Mato Grosso do Sul. Ele era considerado pelos Estados Unidos como um dos barões do tráfico internacional de drogas e armas na fronteira e informes obtidos pela polícia apontariam atuação do PCC no ataque. O segundo fator foi um rompimento bilateral das facções após apoio do CV a grupos rivais do PCC em vários estados [...]”<sup>65</sup>

Ao ponderarmos a realidade social do tráfico de drogas no Brasil, é substancial a análise crítica, no que concerne a aplicação jurídica da nova Lei de drogas. Evidencia-se que a nova lei de drogas (Lei nº. 11.343/06) tem mudanças significativas em sua adaptação, comparado ao texto que o precede. Dentre as diversas alterações, o aumento da pena mínima no seu art. 33 (tráfico) merece o devido enfoque.

O tráfico de drogas está elencado no artigo 33 da Lei nº. 11.343/06, o qual revogou o antigo artigo 12 da lei nº 6368/76.

Vejamos a redação do artigo 12 da lei nº 6368/76:

“Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

<sup>65</sup> ENTENDA: o que a disputa nacional entre facções tem a ver com a barbárie no presídio do Amazonas.

Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/entenda-o-que-a-disputa-nacional-entre-faccoes-tem-a-ver-com-a-barbarie-no-presidio-do-amazonas.ghtml>. Acesso em: 03/09/2017



§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.”<sup>66</sup>

Em comparativo com o artigo 33 da da Lei nº. 11.343/06 que demonstra o seguinte texto legal:

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

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

§ 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.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

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. (Vide Resolução nº 5,

<sup>66</sup> BRASIL. Art. 12 da Lei de Drogas de 1976 - Lei 6368/76. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11266308/artigo-12-da-lei-n-6368-de-21-de-dezembro-de-2000> . Acesso em 21 de junho de 2017.

de 2012).”<sup>67</sup>

Além das mudanças discutidas acima, o artigo 33 também incluiu em seu texto a expressão “ainda que gratuitamente”.

Cabe também indicar trecho do doutrinador Carvalho a título de exemplificação:

“[...] alguns interrogantes seriam pertinentes, como, p.ex. se as condutas fornecer ainda que gratuitamente ou entregar a consumo possuem o mesmo grau de lesividade daquelas relativas à exportação, importação ou venda de entorpecentes? Se não seria excessiva punição (quantidade e qualidade de pena) isonômica destas condutas? Se não seria razoável estabelecer tratamento penal, processual e punitivo diferenciado? A inevitável resposta positiva evidencia a ruptura com o princípio constitucional, estabelecendo a necessidade de elaboração de ferramentas doutrinárias e jurisprudenciais corretivas.”<sup>68</sup>

Analisando de forma mais profunda essas alterações no que concerne ao traficante de drogas, pode-se dizer que a lei 11.343/06 foi muito mais rígida que as anteriores, no momento em que majorou a pena mínima para 5 anos, onde nas legislações anteriores era de 3 anos. O desmedido rigor penal desta lei também se insere nas qualificadoras, que, quase sempre, vão ser utilizadas nesse tipo penal.<sup>69</sup>

De fato, essa majoração incapacita a aplicação de penas e medidas alternativas e acaba por ter como única resposta a segregação do indivíduo que é condenado.

A lei 11.343/06, em seus diversos artigos muitas vezes desnecessários, elenca uma série de punições, Cristiano Ávila Maronna bem caracterizou o tema em questão:

“A lei 11.343 não tem apenas a figura do uso e do tráfico de drogas. Entre o branco do uso e o preto do tráfico, há, se não cinquenta tons de cinza, pelo menos algumas outras possibilidades. Por exemplo: O § 2º do art. 33 traz um crime de médio potencial ofensivo que admite a suspensão condicional do processo, que é um dos meios de instigação ou auxílio à alguém a uso de drogas, lembrando que esse dispositivo foi usado por muitos Tribunais de Justiça para suprimir a marcha da maconha. Até que o STF de forma sabia decidiu que discutir a reforma da legislação não equivale a fazer apologia ao

---

<sup>67</sup>BRASIL. Art. 33 da Lei de Drogas de 2006 – Lei 11.343/2006. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10867208/artigo-33-da-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006>. Acesso em 23 de junho de 2017.

<sup>68</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 5ª Edição: Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p.210

<sup>69</sup> KARAM, Maria Lucia. *A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*. Boletim Ibccrim, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, 2006.

crime, mas, esse exemplo, é uma prova inconteste do quão interdito esse debate é. O simples fato de se discutir esse tema já cria um risco de criminalização.”<sup>70</sup>

Temos de perceber, desde logo, que esta lei viola diversos princípios constitucionais. Em um primeiro momento, vemos no artigo 33 a conduta do legislador em criminalizar antecipadamente as condutas de um traficante, seja criminalizando a autonomia de atos preparatórios, seja não englobando este crime como tentativa ou consumação. Essa criminalização antecipada afeta o princípio da lesividade da conduta proibida que está contida de forma expressa no “*due process of law*”.

Há também, a presunção de tráfico de drogas para os criminosos qualificados nesse artigo: A pessoa flagrada com drogas ilegais passa a ter o ônus de provar que traficante não o é.<sup>71</sup> A Regra da aplicação prática da lei de drogas é presumir o tráfico, ou seja, com base na lei podemos concluir que todas as pessoas que forem flagradas com drogas são possivelmente traficantes e aqueles que conseguirem provas que não o são subsidiariamente terão que ser enquadrados no art. 28 da lei de drogas.

Andou bem no assunto Cristiano Maronna em entrevista para o Estadão:

“[...] O maior problema da lei é o fato de que a pessoa flagrada com droga passa ter o ônus de provar que não é traficante. O que contraria a regra constitucional que diz que as pessoas devem ser presumidas inocentes e que quem tem o ônus de provar a acusação é o Ministério Público. No caso da Lei de Drogas acontece uma inversão do ônus da prova que viola a Constituição.”<sup>72</sup>

E o Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes em voto proferido no RE 635.659:

“A presunção de não culpabilidade – art. 5º, LVII, da CF – não tolera que a finalidade diversa do consumo pessoal seja legalmente presumida. [...] Dessa forma, a melhor leitura é de que o tipo penal do tráfico de drogas pressupõe, de forma implícita, a finalidade diversa do consumo pessoal. Sua demonstração é ônus da

---

<sup>70</sup> MARONNA, Cristiano. *IBCCRIM - Seminário 10 anos da Lei de Drogas 1º dia Painel | Expositor Cristiano Maronna*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8BgBxlalpsc>. Acesso em: 02/09/2017.

<sup>71</sup> NUCCI, Guilherme. *Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade: as antíteses do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/presuncao-de-culpa-pena-antecipada-e-paradigma-da-ilegalidade-antiteses-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 19/06/2016.

<sup>72</sup> MARONNA, Cristiano. ‘*O estímulo é a própria proibição*’, alerta Cristiano Maronna. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-estimulo-e-a-propria-probicao-alerta-cristiano-maronna/>. Acesso em: 20/01/2017.

acusação.”<sup>73</sup>

Resta também prejudicado neste contexto fático, o princípio da proporcionalidade, este, fora ferido no momento em que o legislador igualou o fornecimento gratuito ao tráfico de drogas. Ora, se fornecer gratuitamente drogas é mais prejudicial do que consumir, estamos indiretamente fadados ao consumo acelerado de drogas de todo o tipo, desde lícitas à ilícitas.

Podemos também perceber que existe um ataque direto à tal princípio, pois, no art. 33, ao dizer “fornecer ainda que gratuitamente ou entregar a consumo” mostra-se desproporcional a pena em relação a quem vende, exporta, importa etc. Há um tratamento igual para o traficante contumaz, que faz disso sua profissão, e ao que comete um tráfico casual, ocasionando um tratamento igual a uma situação totalmente desigual.<sup>74</sup>

À cerca do tema, aduz Carvalho :

“O princípio da proporcionalidade se desenvolve a partir da ideia do devido processo legal, estabelecendo controle dos atos abusivos do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Segundo Paulo Bonavides há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre os meios e fim é particularmente evidente, manifesta.”<sup>75</sup>

Há, portanto, na proporcionalidade, uma intersecção entre dois princípios clássicos: o da proporcionalidade e o da ofensividade, de modo que a ofensa ao bem jurídico deve guardar a devida proporcionalidade com a pena cominada.<sup>76</sup>

Nesse sentido, o art. 33 da Lei 11.343/2006 mudou de forma importante a fixação da pena que passou a ser sancionada com pena mínima de cinco anos de reclusão, representando um aumento de 2/3, se considerado o nível mais baixo da sanção anteriormente cominada que era de três anos. A pena máxima ficou em quinze anos de reclusão, tendo havido, portanto, uma redução do interstício de sanções. De logo, cumpre referir que há alteração no mínimo da pena e regime

---

<sup>73</sup> BRASIL. Voto do Ministro Gilmar Mendes. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659*. SÃO PAULO. 20/08/2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 20/04/2016.

<sup>74</sup> Rodrigo Darela de Souza. *Drogas, por que legalizar? A interferência do Direito Penal na questão das drogas*. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos3/drogas-legalizar-interferencia-direito-penal/drogas-legalizar-interferencia-direito-penal3.shtml>. Acesso em 20/01/2017.

<sup>75</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 5ª Edição: Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p.208.

<sup>76</sup> CARVALHO, Salo de. *Op.Cit.*

inicial de cumprimento, já que todos os que são condenados a uma pena superior a quatro anos de reclusão iniciarão seu cumprimento em regime semiaberto, a respeito do que dispõe o artigo 33, § 2º, b, do CP. Além disso, o art. 33 prevê que o infrator será penalizado com no mínimo 500 e no máximo 1500 dias-multa, aumentando de forma substancial as multas.

“O legislador pretendeu certamente asfixiar o tráfico também por meio de sanções financeiras, o que obedece à lógica de apenar pecuniariamente as condutas criminosas que propiciam lucro elevado aos agentes. É interessante frisar que com a majoração da multa cominada em abstrato ganha ainda mais relevo a discussão acerca da competência para a execução desta pena, e, principalmente, da aplicação dos limites à execução consoante prescritos na legislação fiscal”.<sup>77</sup>

A Lei 11.343/06 repete a Lei 6.368/76 ao prever a “associação” específica para o “tráfico” de drogas qualificadas de ilícitas e ostenta como inovação a tipificação do crime com as figuras autônomas do financiamento ou custeio do “tráfico”.

Conforme entendimento notório sobre o tema, nos ensina Maria Lúcia Karam:

“A violação ao princípio da proporcionalidade aqui se revela não apenas na figura da associação, que, como todos os tradicionais tipos de crimes de conspiração, quadrilha e outros assemelhados, criminalizam meros atos preparatórios, mas também, sob outro aspecto, na previsão como tipos autônomos do financiamento ou do custeio, que, inseridos no âmbito do próprio tipo do “tráfico”, poderiam, no máximo, funcionar como circunstâncias agravantes da pena àquele cominada. A violação ao princípio da proporcionalidade se revela também nas penas delirantemente altas, previstas para essa indevidamente criada figura autônoma: reclusão de 8 a 20 anos, a pena mínima sendo assim superior à prevista para um homicídio. A ânsia repressora é tal que a Lei 11.343/06, ignorando a vedação do bis in idem, ainda inclui os mesmos financiamento ou custeio dentre as qualificadoras do “tráfico”. O desmedido rigor penal volta a se manifestar na Lei 11.343/06 que, indo além da vedação à graça e à anistia, imposta por cláusula de penalização deslocadamente incluída na Constituição Federal, também veda o indulto, a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade ou sua conversão em pena restritiva de direitos e, reproduzindo dispositivo introduzido no Código Penal pela Lei 8.072/90, impõe o cumprimento de dois terços da pena para o livramento condicional, vedando-o para “reincidentes específicos”.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. *Drogas: aspectos penais e processuais penais (Lei. 11.343/2006)*. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 52-53.

<sup>78</sup> KARAM, Maria Lucia. *A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*. Boletim Ibccrim, São Paulo, v..

Não obstante violados diversos princípios constitucionais, esse tipo de crime tem fundamento nas generalizações fundadas na espécie abstrata de crime, violando diretamente o princípio da individualização e da isonomia, não importando, para esta lei a situação fática do autor e os diversos contextos sociais, culturais, familiares em que o autor do delito está envolvido.<sup>79</sup>

A lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) definiu, em seu artigo 2º, a impossibilidade de anistia, graça, indulto e fiança aos crimes hediondos e equiparados. A questão polêmica trata-se da vedação do indulto, já que a Constituição não o proibiu. Logo, a lei teria ido além das disposições constitucionais, avançando, portanto, além do mandato expresso de criminalização constitucional. Tal proibição trata-se de inconstitucionalidade.

Ainda na esfera de reflexão das violações de princípios e direitos referentes ao julgamento de um traficante de drogas, não se pode deixar de mencionar um trecho de um artigo digno de ser assimilado, proferido por Maria Lúcia Karam, onde menciona as transgressões ao princípio da culpabilidade pelo ato realizado, a garantia da vedação de dupla punição pelo mesmo fato, a garantia do estado de inocência, a garantia de acesso ao duplo grau de jurisdição, a garantia do direito de não se auto-incriminar e as garantias do contraditório e da ampla defesa, vejamos:

A extração de efeitos gravosos da reincidência para vedar o livramento condicional aos “reincidentes específicos” conflita também com o princípio da culpabilidade pelo ato realizado, violando ainda a garantia da vedação de dupla punição pelo mesmo fato. Em matéria processual, a supressão de direitos fundamentais logo surge no dispositivo da Lei 11.343/06 que veda a liberdade provisória. Assim repetindo regra indevidamente introduzida pela Lei 8.072/90, a Lei 11.343/06, negando a natureza cautelar da prisão imposta no curso do processo, repete a violação à garantia do estado de inocência. Reproduzindo regra do Código de Processo Penal que condiciona a admissibilidade de recurso interposto contra a sentença condenatória ao recolhimento à prisão do réu que não ostente primariedade e bons antecedentes, a Lei 11.343/06, além de insistir na extração de efeitos gravosos da reincidência, além de repetir a violação à garantia do estado de inocência, ainda viola a garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição. A Lei 11.343/06 refere-se expressamente à infiltração e à ação controlada de agentes policiais e reafirma a delação premiada ao se referir também expressamente aos “colaboradores”. Juntando-se à quebra do sigilo de dados pessoais, à interceptação de correspondências e de comunicações telefônicas, às escutas e filmagens ambientais, previstas em outros diplomas que, integrando a legislação brasileira de exceção,

---

<sup>79</sup> LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone. 2007.

permanecem aplicáveis a hipóteses de acusações por alegado “tráfico” de drogas qualificadas de ilícitas, esses insidiosos, indevidos e ilegítimos meios de busca de prova objetivam fazer com que, através do próprio indivíduo, se obtenha a verdade sobre suas ações tornadas criminosas. As regras que os prevêm assim violam direta ou indiretamente a garantia do direito a não se auto-incriminar. Prevendo o prosseguimento de diligências policiais após o início do processo e encaminhamento de seus resultados até três dias antes da audiência de instrução e julgamento, a Lei 11.343/06 viola as garantias do contraditório e da ampla defesa, assim violando a própria cláusula do devido processo legal. Proposta e admitida a ação penal condenatória, nenhuma prova de interesse da Acusação poderá ser produzida fora do processo, nenhuma prova poderá ser produzida sem a participação da Defesa, nenhuma prova poderá ser produzida sem concomitante submissão ao contraditório. A cláusula do devido processo legal também é violada quando a Lei 11.343/06 atribui ao réu o ônus de provar a origem lícita de bens alegadamente obtidos através do “tráfico”. Além dessa inversão do ônus da prova, a Lei 11.343/06, repetindo dispositivo introduzido pela Lei 9.613/98, ainda condiciona a apreciação do pedido de restituição do bem ao comparecimento pessoal do réu.”<sup>80</sup>

É de importante significância o entendimento dessas violações tendo em vista que os princípios constitucionais e direitos fundamentais estão consagrados na nossa carta magna e que eles não estão no nobre texto legal de forma somente a enfeitar. Os pretextos legais são para serem cumpridos à risca sem brechas. A questão é que diversos indivíduos estão sendo presos sem a menor informação dessas violações e o estado continua inerte frente à todo esse potencial ofensivo ao condenado ou em processo de condenação.

O fato de que ocorreu o aumento da pena mínima do crime de tráfico de drogas e que a Constituição Federal disciplinou o crime de tráfico de drogas como hediondo, demonstra de forma clara uma violação ao princípio da proporcionalidade conforme disciplinado por Figueiredo:

“É de se notar a total desproporcionalidade de uma pena mínima de cinco anos, superior até ao patamar mínimo do crime de roubo, que requer violência ou grave ameaça, além de ter sido mantida, pelo art. 44 da nova lei, a inafiançabilidade do delito, proibida a concessão de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, bem como a conversão da pena em restritiva de direitos, o que fará com que os presos por tráfico fiquem encarcerados um tempo ainda maior.”<sup>81</sup>

A mesma autora confere ao tema de forma brilhante um apontamento sobre como o

---

<sup>80</sup> KARAM, Maria Lucia. *A lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo*, Boletim Ibccrim, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, 2006.

<sup>81</sup> BOITEAUX, Luciana. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

reflexo do tráfico incide na superlotação dos presídios, sendo o encarceramento a única opção para o delito do artigo 33:

“[...] o crescimento acelerado da população carcerária em todo o País nos últimos anos deu-se em decorrência do endurecimento das penas, e envolveu especialmente os delitos equiparados a hediondos, dentre eles o tráfico de entorpecentes, antes sujeito a regime integralmente fechado. Considera-se, então, a política criminal de drogas no Brasil como um dos fatores que mais contribuiu para o agravamento da população carcerária na última década, situação que só tende a piorar com a nova lei.”<sup>82</sup>

De certa forma, mesmo com as alterações concebidas pela nova Lei de Drogas, Luciana Boiteaux traz um entendimento ilustre dizendo que: “não passou de uma cortina de fumaça” para deturpar o foco da causa principal do novo texto legal, qual seja, o tratamento rigoroso concedido ao indivíduo condenado por tráfico:

“Diante desta grande diferença imposta às duas condutas supõe-se que o grande destaque dado à despenalização da posse de entorpecentes, com pequena representatividade estatística, teve por objetivo atuar como uma “cortina de fumaça”, para encobrir o desproporcional aumento da pena do delito de tráfico de drogas ilícitas constante do mesmo diploma legal.”<sup>83</sup>

Cristiano Ávila Maronna andou bem ao indicar uma medida urgente para combate ao ‘distúrbio interpretativo’ da lei, contemplemos:

“[...] Inverter o elemento subjetivo do tipo específico, retirando-o do artigo 28 para inserir outro no art. 33. Em outros termos, o crime previsto no artigo 33 deve conter uma finalidade especial: para o fim de comercializar, negociar, transmitir a terceiros, mesmo sem fim lucrativo imediato. Afinal, traficante não vive de caridade; as drogas são dadas a certas pessoas, num primeiro instante, para viciá-las; depois, tudo é cobrado. Traficante de drogas é pessoa abastada economicamente, podendo adquirir imóveis, móveis e, principalmente, armas pesadas. Do outro lado, está o consumidor, que deveria simplesmente ser assim considerado, quando o Estado-acusação não conseguir demonstrar a finalidade do transporte de droga para transferência a terceiros. Nesse prisma, quem carrega consigo 2 gramas é, em primeiro plano, consumidor; somente se essa presunção se desfizer (presunção relativa), pode-se acusá-lo de tráfico. Há quem diga não existir essa inversão do ônus da prova. Sugiro a quem assim pense uma consulta na jurisprudência nacional – o que já fizemos – encontrando vários julgados com expressa menção à referida inversão, pois o elemento subjetivo específico concentra-se no artigo 28 – e não no artigo 33 – demonstrado na

---

<sup>82</sup> BOITEAUX, Luciana. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

<sup>83</sup> BOITEAUX, Luciana. *A nova lei anti drogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 8-9, out. 2006.



expressão para consumo pessoal;”<sup>84</sup>

Adentrando a parte de associação criminosa do Código Penal (art. 288 CP), esta, exige três ou mais pessoas, para o fim de cometer crimes, com pena de reclusão de um a três anos. Percebe-se também que, ao mencionar apenas crimes, esta lei não abarca a contravenção penal.

No tocante aos crimes de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013), fica determinada a associação de quatro ou mais pessoas, organizada e caracterizada pela divisão de tarefas, com fim de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante prática de delitos penais com penas superiores a quatro anos, ou que seja de caráter transnacional, com pena de três a oito anos de reclusão, conforme mencionado pelos artigos 1º e 2º da referida lei.

Infere-se que o crime de organização criminosa exige quatro ou mais pessoas com funções objetivas delimitadas a cada membro da organização criminosa, com fim de obter vantagens e com penas majoradas acima de quatro anos. Ademais, estende-se tanto ao crime quanto à contravenção penal, pois estas tem caráter de infrações penais.

Agora, para o crime de associação criminosa no delito de tráfico de drogas, é diferente tal disposição. Diz o artigo 35 da Lei 11343/06:

“Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.”<sup>85</sup>

Observa-se que as penas são relativamente maiores ao delito de associação criminosa no crime de tráfico de drogas, além de exigir somente duas ou mais pessoas. Merece também enfoque, o fato de a lei mencionar a repetição do fato ou não. Como se vê, houve um enrijecimento em relação às organizações criminosas que têm a finalidade de traficar de entorpecentes.

Greco Filho demonstra de forma ilustre que:

“... não há definição na forma ou modo de ser da quadrilha ou

---

<sup>84</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *A droga da Lei de Drogas*. 2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=59&de scMov=Senten%E7a>. Acesso em: 07/07/2017

<sup>85</sup> BRASIL. *Art. 35 da Lei de Drogas de 2006 – Lei 11.343/2006*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em 23/12/2016.

bando, mas a ideia é a que se trata da reunião de pessoas que se ajustam para a prática de crimes, em futuro concurso ou não.”<sup>86</sup>

Corroborando com tudo explicitado até o momento, é de bom alvitre ressaltar nesse estudo que existem drogas mais nocivas, menos nocivas, mas que todas fazem mal para o ser humano de um modo ou de outro, inclusive, e, principalmente, as que estão liberadas causando danos devastadores para a sociedade. Nós devemos combater o tráfico e acabar com as organizações criminosas, o tráfico causa o mal, o tráfico segrega sociedades e faz envolver outros crimes que se entrelaçam por meio de um cenário atividades ilegais.

O tráfico se torna o poder político e o poder econômico das comunidades, e o poder do tráfico de drogas advém da própria ilegalidade das drogas.

Cristiano Maronna destaca que o tráfico de drogas pressupõe corrupção, há uma corrupção endêmica na Administração Pública, muito especificamente na polícia. Outro ponto é a violência e o fortalecimento do crime organizado.<sup>87</sup>

Uma das propostas desse trabalho é acabar com o tráfico de maneira mais eficiente, reformulando a lei e anulando o poder do tráfico, que é a ilegalidade das drogas. Outra, é acabar com o superpovoamento das prisões com pessoas que não necessariamente deveriam ser presas por certos atos já elencados anteriormente.

Como poderia ser efetivadas essas propostas?

De acordo com a Organização Mundial de Saúde:

“A Cannabis é globalmente a substância psicoativa mais comum utilizada sob controle internacional. Em 2013, foi estimado que 181,8 milhões de pessoas com idades entre 15 e 64 anos usaram Cannabis para propósitos não médicos em todo o mundo. (Estimativas de incerteza de 128,5-232,1 milhões) (UNODC, 2015).<sup>88</sup>

Coadunando com esse endimento, o Observatório Brasileiro Sobre Drogas (OBID) relatou que:

“com exceção de álcool e tabaco, as drogas com maior uso na vida em 2001 são: maconha (6,9%), solventes (5,8%), orexígenos (4,3%),

---

<sup>86</sup> FILHO, Vicente Greco. *Tóxicos – prevenção e repressão*. 13ª Edição. Editora Saraiva, 2009. p.178.

<sup>87</sup> MARONNA, Cristiano Ávila. *Seminário 10 anos da Lei de Drogas - 1º dia - Painel I – Expositor Cristiano Maronna*. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=ThNJ8sg3y\\_E](https://www.youtube.com/watch?v=ThNJ8sg3y_E). Acesso em 09/08/2017.

<sup>88</sup> World Health Organization. *The health and social effects of nonmedical cannabis use*. Disponível em: [http://www.who.int/substance\\_abuse/publications/cannabis/en/](http://www.who.int/substance_abuse/publications/cannabis/en/). Acesso em: 15/03/2017.

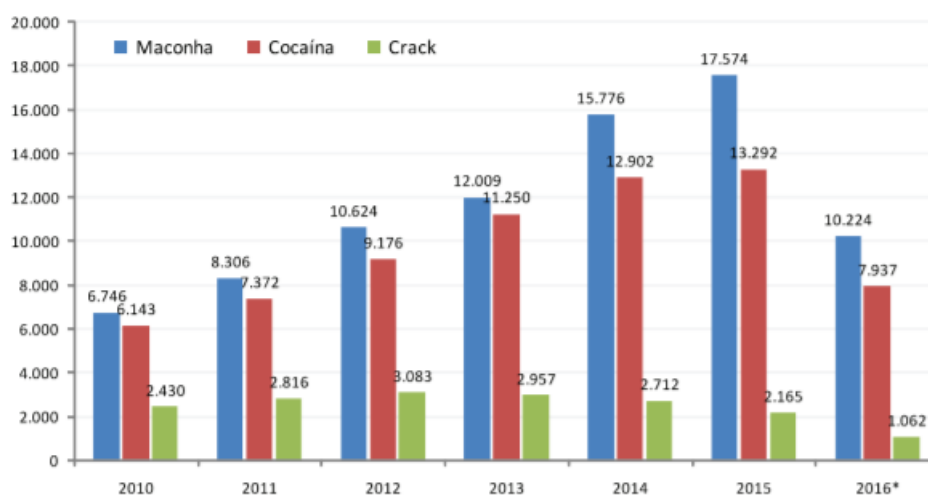
benzodiazepínicos (3,3%) e cocaína (2,3%); em 2005, são: maconha (8,8%), solventes (6,1%), benzodiazepínicos (5,6%), orexígenos (4,1%) e estimulantes (3,2%). De 2001 para 2005, houve aumento nas estimativas de uso na vida de álcool, tabaco, maconha, solventes, benzodiazepínicos, cocaína, estimulantes, barbitúricos, esteroides, alucinógenos e crack e diminuição nas de orexígenos, xaropes, opiáceos e anticolinérgicos.

O Panorama das Apreensões de Drogas no Rio de Janeiro entre 2010 e 2016 revelaram que:

“Entre os três tipos de drogas mais comumente apreendidas, a maconha é a mais representativa, o que se coaduna com os estudos que indicam que essa é a droga ilícita mais consumida. Os casos de apreensão de maconha estão em ascensão durante toda a série histórica que começa em 2010. A cocaína também aparece com crescimento significativo, ainda que o valor absoluto seja menor, especialmente no ano de 2014 e 2015, quando houve a maior diferença absoluta entre o total de apreensões de maconha e cocaína. Diferentemente dessas, contudo, o crack mantém-se estável durante quase toda a série, com algo próximo a 200 casos mensais.”<sup>89</sup>

Valoroso apresentar gráfico do INFOPEN para representar que a maconha é uma das drogas mais consumidas e apreendidas e se for legalizada poderá acontecer um grande colapso mercantil nas mãos dos traficantes. Avaliemos:

Gráfico 3 – Registros de ocorrências por tipo de droga no estado



Fonte: Elaborado pelo ISP com bases em informações da PCERJ 90

Tendo em vista que a maconha (Cannabis) tem sido a substância mais

<sup>89</sup> O panorama das apreensões de drogas no Rio de Janeiro entre 2010 e 2016. p. 9. Disponível em: [http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp\\_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf](http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf). Acesso em: 1/09/2017.

<sup>90</sup> O panorama das apreensões de drogas no Rio de Janeiro entre 2010 e 2016. Disponível em: [http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp\\_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf](http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf). Acesso em: 1/09/2017.

apreendida no Brasil, mais utilizada no Brasil e no Mundo, podemos pensar uma forma de legalizar essa droga como meio de parametrizar a descriminalização com critérios objetivos e/ou a legalização das drogas mormente ao espelhado na regulamentação da maconha, com monitoramentos, intervenções estatais, regulamentos, entre outras questões.

Nos ensina sobre o assunto, o ilustre Ministro Roberto Barroso:

“[...] Eu acho que é legalizar e tratar de uma forma muito parecida a que se trata o cigarro: [...] É um produto lícito, altamente regulado, tributado, a publicidade é altamente restrita, não pode vender a menores, e há uma guerra de informação contra o cigarro, faz mal ? O que aconteceu com o cigarro nas últimas décadas ? O consumo caiu de 35% para 14% em mais ou menos duas décadas, portanto, o combate à luz do dia , com idéias, com informação, com esclarecimento, com cláusula de advertência, trouxe resultados muito melhores do que a repressão policial, essa é a verdade, portanto, aqui, como em outras situações da vida, idéias funcionam melhor do que armas, idéias são armas melhores do que efetivamente, as armas de uma política repressiva”.<sup>91</sup>

O que debatemos e estamos à enfrentar no presente estudo nos leva a crer que os critérios que diferenciam os traficantes e o usuários no entendimento da Lei 11.343/06, além das variadas transgressões às garantias, direitos e princípios, desencadeam no entendimento de que a análise arbitrária desses dispositivos, pode levar a uma série de consequências graves aos que sofrem as penas.

A Lei 11.343/06 e seu art. 33 mostram que ainda se revela imprescindível a polêmica a respeito das normas penais e suas inferências. A diferenciação entre usuários e traficantes não demonstrou grande avanço em relação ao problema-raiz. Traficantes vão continuar a traficar e usuários vão continuar a usar, devemos sim, prezar por políticas como a descriminalização das drogas ou até mesmo a legalização da maconha para nos espelhamos (por ser uma droga mais leve), como bem asseverado também pelo Ministro Ayres Britto:

“O tema da liberação das drogas, a começar pelas mais leves, de uma política pública bem planejada, bem concebida, bem executada...se fará essa política assemelhadamente ao trato oficial do cigarro [...] é tirar, convenhamos, experimentalmente, com todo cuidado, a atividade do uso de drogas leves, [...] tirar da marginalidade, da economia informal, e colocar na economia formal, com a regulamentação quanto à produção, a distribuição, o consumo e a comercialização, portanto. E na perspectiva da arrecadação de

---

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Seminário 10 anos da Lei de Drogas - 2º dia - Conferência de abertura - Ministro Roberto Barroso*. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=hjqt5x36\\_4&t=4s](https://www.youtube.com/watch?v=hjqt5x36_4&t=4s). Acesso em 20/08/2017.

tributos, com o direcionamento do produto da arrecadação para casas de recuperação, clínicas de recuperação, e uma contra propaganda intensiva, para mostrar os malefícios do consumo."<sup>92</sup>

Em resumo, uma opção no panorama atual seria descriminalizar a maconha, regulamentar, fazer experiências com essa substância, monitorá-la, planejar, se der certo, far-se-á com outras drogas para que assim o poder do tráfico seja se não totalmente, ao menos de forma relevante parcialmente abolido.

Melhores políticas públicas de educação, cultura, e apoio por parte do governo para chegarmos a uma tentativa de combate às drogas e frear a guerra que acontece todos os dias ligada ao tráfico de drogas é a melhor maneira de se pensar em começar a lidar com o assunto. Tratamentos, ações sociais e de saúde são investimentos mais custo-efetivos do que a coerção.

O sistema penal atual evidencia as extremas consequências determinadas ao sujeito que, a partir do momento em que for condenado pelo crime de tráfico de drogas, e, muitas vezes pelo crime de uso de drogas, estes, irão se tornar refém de todo tipo de discriminação da sociedade e segregação, estigmatizando o indivíduo com uma pena baseada em um modelo de proibição que se utiliza somente do cárcere como um recurso de controle social.

Cabe ressaltar que no começo da guerra às drogas, iniciado por parte dos EUA, um economista ultra-liberal chamado Milton Friedman já especulava que esse modo de combater as drogas não daria certo, afirmando que a única coisa que a criminalização faz é assegurar o monopólio do traficante.<sup>93</sup>

Acontece que, independentemente da nova lei de drogas ter sido relativamente mais branda com relação ao usuário de drogas, esta mesma lei, majorou de forma exacerbada as penas para o traficante de drogas e designou-se inúmeras sanções excessivamente gravosas. Em função disso, Cristiano Ávila Maronna se referiu à Lei 11.343/06 como sendo um “retrocesso travestido de avanço.”<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Opinião do Ministro Ayres Britto*. YouTube. 19 de maio de 2017. STJ Cidadão #11 - 10 Anos da Lei de Drogas - Parte 1. Disponível em:

[https://www.youtube.com/watch?v=z7oPwXv4\\_uQ&t=808s](https://www.youtube.com/watch?v=z7oPwXv4_uQ&t=808s). Acesso em 20/08/2017.

<sup>93</sup> FRIEDMAN, Milton. *Why Drugs Should Be Legalized*. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=nLsCCOLZxkY>. Acesso em 10/07/2017.

<sup>94</sup> MARONNA, Cristiano Ávila. *Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 4, out. 2006.

### **3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO, PORTE E O TRÁFICO DE DROGAS.**

Um dos maiores problemas materiais e técnicos da lei de drogas é a diferenciação, no que diz respeito aos critérios e parâmetros objetivos de um traficante para o usuário. A lei não foi clara ao objetivar os preceitos legais direcionados aos enquadrados no art. 28 e no art. 33, o que dá ensejo à inúmeras controvérsias na sociedade brasileira. De um lado, o proibicionismo exacerbado que paira sobre às margens da sociedade, elencando e enumerando estereótipos para enquadramento nos típicos penais da lei de drogas, de outro, a arbitrariedade dos magistrados ao julgarem crimes relacionados à subjetividade da lei de drogas, ora extinguindo preceitos fundamentais, ora pré-elegendo drogas e pessoas como inimigos da sociedade.

A lei de drogas gerou excessiva insegurança e diversas decisões contraditórias. Ainda que um juiz desclassifique uma conduta de tráfico para porte de drogas para consumo pessoal, é habitual que o acusado esteja preso em natureza de prisão cautelar há alguns meses. Em Salvador, segundo o Anuário Soteropolitano da Prática Penal, a média de prisão cautelar nas Varas de Tóxicos, em 361 casos analisados, é de 150 dias em dias para cada indivíduo, de acordo com a vida pregressa de cada um.<sup>95</sup>

É dever do estado assegurar uma distinção correta entre usuários e traficantes, certificando-se de que não haja erro de enquadramento entre essas duas figuras, a fim de que o juiz comprovadamente configure o dolo de traficar, considerando que o artigo 33 da lei de drogas contém os mesmos verbos que o artigo 28 da mesma lei, elegendo traficantes como usuários e vice-versa.

É necessário uma investigação minuciosa para enquadrar uma pessoa como traficante, tendo em vista que a pena mínima para o tráfico é elevada. Além de todo o rigor da Lei de Crimes Hediondos, devemos levar em consideração que a rainha das provas no processo penal relacionado às drogas é somente o depoimento policial.

Assimilou em harmonia com o tema o Excelentíssimo Ministro Gilmar

---

<sup>95</sup> OBSERVATÓRIO DA PRÁTICA PENAL. *Anuário Soteropolitano da Prática Penal 2014*. Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia, 2015, p. 119.

Mendes em seu voto no RE 635.659:

“No caso das prisões em flagrante, a situação é particularmente grave. Como já dito, o enquadramento jurídico é feito pela autoridade policial, com base, principalmente, na palavra dos policiais condutores. A palavra e a avaliação dos policiais merece crédito, mas a garantia do devido processual legal pressupõe a avaliação feita por um juiz “neutro e desinteressado”, sobrepondo a avaliação de um “policial envolvido no empreendimento muitas vezes competitivo de revelar o crime” – Justice Robert H. Jackson, redator da opinion da Suprema Corte dos Estados Unidos, caso *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948).”<sup>96</sup>

Cabe citar trecho de uma importante pesquisa jurídico-social:

“Conforme confirmado na análise qualitativa de sentenças, os policiais são os responsáveis pela montagem das provas a serem apresentadas nos processos, e quase nunca são questionados em juízo. São eles as únicas testemunhas dos fatos delituosos arroladas na denúncia. Por outro lado, os juízes, de forma quase idêntica, citam julgados para fundamentar a sentença no sentido de prevalecer a palavra do policial para embasar a condenação do acusado. O baixo número de absolvições em primeira instância também comprova essa tese. Aliás, essa pode ser uma das interpretações possíveis para o resultados da pesquisa. Por que somente os pequenos e (alguns poucos médios) traficantes estão presos? A resposta está na atuação seletiva do sistema penal brasileiro, que criminaliza a pobreza e os pobres e vulneráveis, e a política repressiva de drogas só agrava essa situação.”<sup>97</sup>

Dessa diferenciação entre traficantes e usuários, outro a ser levado em conta, é a relativização de condutas que preceitua o § 2º do art. 28:

“Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”<sup>98</sup>

Basta constatar nos diversos julgados disponíveis que nenhum desses critérios são aferidos ao enquadrar uma pessoa como traficante, esses critérios são extremamente vagos, dão margem para a arbitrariedade de um juiz que prepondera o depoimento do policial como prova cabal e analisa os pressupostos de

<sup>96</sup> BRASIL. Voto do Ministro Gilmar Mendes. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659. SÃO PAULO*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 20/04/2016.

<sup>97</sup> *Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas*. Revista Jurídica, Brasília, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009, publicação quadrimestral da Presidência da República. Disponível em: [https://www.uniceub.br/media/907107/Boiteux\\_Tr%C3%A1fico\\_e\\_Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_.pdf](https://www.uniceub.br/media/907107/Boiteux_Tr%C3%A1fico_e_Constitui%C3%A7%C3%A3o_.pdf). Acesso em: 10/08/2017.

<sup>98</sup> *Vade Mecum RT / [Equipe RT]. 12. Ed. rev., ampl. e atual.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1775. ISBN 978-85-203-6714-8.

forma subjetiva para a condenação do indivíduo.

Importante ressaltar parte de um artigo do Advogado Theuan Carvalho Gomes da Silva à respeito das rotineiras audiências de tráfico de drogas:

“O promotor faz algumas perguntas, quase sempre lendo ali na hora o boletim de ocorrência e o depoimento prestado na delegacia para ver se o policial não esqueceu de dizer algo, e assim conseguir lembra-lo daquele detalhe mais sórdido: “Boa tarde, senhor policial. Consta do B.O de folhas tais que o senhor, além de ter encontrado 45g de maconha no bolso direito da bermuda do réu, também encontrou 57 reais no seu bolso esquerdo, não é isso?”. O policial responde: “Positivo, doutor, foi isso mesmo. Era 57 reais em notas picadas, uma de 50, outra de 5 e outra de 2.” O promotor arremata perguntando: “Ali onde o réu foi preso é conhecido como ponto de droga?”. Ao que o policial responde: “Ah... ali tem muita droga sim, doutor”. Pronto. Com a confirmação do policial a prova da mercância está perfeita e o promotor se dá por satisfeito com o clássico e vitorioso: “Nada mais, Excelência!”.<sup>99</sup>

Ora, tanto nesse caso em específico quanto em milhares de outros, o juiz não considerou todo o exposto no § 2º do art. 28, somente utilizou para embasamento o velho contexto de encarceramento da lei de drogas: Réu preto, pobre, com menos de 30 anos, advindo da Periferia e com pouca ou nenhuma escolaridade.

Entendimento notório sobre o tema é elencado pelo ilustre Guilherme Nucci:

“[...] Outro fator curioso, para não dizer desastroso, é a abissal diferença de visões entre magistrados: para uns, carregar 2 gramas de maconha é, sem dúvida, tráfico ilícito de drogas; para outros, por óbvio, é consumo pessoal; para terceiros, cuida-se de insignificância, logo, atípico. Não é preciso registrar que a primeira ideia é a franca vencedora na avaliação judicial. Tarda, há muito, a mão do legislador para corrigir esse distúrbio interpretativo, que provoca, sim, consequências drásticas.”<sup>100</sup>

Sem dúvidas, a política atual de drogas no Brasil para diferenciar usuários de traficantes se encontra defasada, diversos países já descriminalizaram o uso de algumas drogas e aferiram quantidades (parâmetros objetivos) e outros, criminalizaram, porém, também estipularam quantidades como veremos adiante.

<sup>99</sup>GOMES da SILVA, Theuan Carvalho. *Nas audiências de tráfico de drogas, o roteiro é quase sempre o mesmo*. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/08/15/nas-audiencias-de-trafico-de-drogas-o-roteiro-e-quase-sempre-o-mesmo/>. Acesso em: 09/09/2017

<sup>100</sup>NUCCI, Guilherme. *Para Guilherme Nucci, não há nada a comemorar nos 10 anos da Lei de Drogas. 4 de novembro de 2016*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas>. Acesso em: 03/09/2017.



### 3.1 Noções de Critérios Subjetivos e Objetivos para as Decisões.

Como visto anteriormente, há uma necessidade de fixação de critérios objetivos para enquadramento nas figuras típicas do tráfico ou do uso.

O atual diploma contido no § 2º do art. 28 da lei 11.343/06 contém um rol exemplificativo de ações que deixam brechas para o julgador, no momento em que este analisa uma das circunstâncias somente sob um prisma, não se utilizando de todos os elementos contidos no § 2º do art. 28 para configuração de tráfico ou uso de drogas.

Um caso de grande repercussão atualmente diz respeito a Rafael Braga, um catador de material reciclável que foi preso na comunidade Vila Cruzeiro portando maconha acondicionada em 01 (um) sacolé e 9,3g (nove gramas e três decigramas) de cocaína, distribuídos em 06 (seis) pinos e 02 (dois) sacolés, vejamos:

“Habeas Corpus. Artigo 33, caput, e 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006, na forma do artigo 69 do Código Penal. Prisão preventiva e posterior sentença condenatória fixando a pena privativa de liberdade em 11 anos e 03 meses de reclusão e 1.687 dias-multa, à razão unitária mínima, em regime inicialmente fechado. Segregação mantida na condenação. Alegação de ausência de fundamentação para a manutenção da custódia. Requerimento de que o réu possa apelar em liberdade. Denunciado preso em flagrante em ponto de venda de drogas, no interior da Vila Cruzeiro, na posse de maconha e cocaína, devidamente fracionadas e com a inscrição da facção dominante na região. Custódia cautelar mantida durante toda a instrução criminal. Ausência de alteração fático-jurídica a ensejar a restituição da liberdade. Réu que ostenta três condenações transitadas em julgado, sendo inclusive reincidente. Há época da prisão o réu gozava de benefício extramuros e fazia uso de tornozeleira eletrônica, o que não o impediu de voltar a delinquir. Manutenção da segregação que constitui um dos efeitos da respectiva condenação. Precedentes desta Câmara. Ordem denegada.<sup>101</sup>

Rafael Braga é só mais um dos milhares de casos existentes aonde não há parâmetros objetivos para enquadrar pessoas como traficantes ou como

---

<sup>101</sup>BRASIL. RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Habeas Corpus. HC. N.º: 0029991-26.2017.8.19.0000/RJ*. Primeira Câmara Criminal. Paciente: Rafael Braga Vieira. Autoridade Coatora: Juiz de Direito da 39.ª Vara Criminal da Comarca da Capital. Relatora: Des. Katya Maria Monnerat. Rio de Janeiro, 08 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FD7EA74EAF5E48500D7D9AC27E275C24C50653623A3B&USER=>. Acesso em: 10/09/2017.

usuários. Mesmo sendo reincidente, mesmo tendo sido monitorado por tornozeleira eletrônica ele voltou a delinquir, porém, é proporcional e até mesmo justo essa pessoa ser condenada a 11 anos e 03 meses de reclusão e 1.687 dias-multa pela posse de 0,6 grama de Maconha e 9,3 gramas de Cocaína? Os elementos probatórios que sustentam a argumentação dos magistrados ao condenarem Rafael Braga como incurso no art. 33 são os elementos da quantidade de droga ( 0,6g de Maconha e 9,3g de Cocaína, divididas em 6 pinos e 2 sacolés), do local (ponto de venda de drogas na Vila Cruzeiro) e às condições em que se desenvolveu a ação (denúncia de morador resultou em operação no referido ponto de drogas), às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (reincidente).

Como se não bastasse a análise desregrada e desproporcional para o caso, Rafael Braga ainda restou enquadrado no crime de associação para o tráfico tendo em vista o narrado na sentença:

“[...] No caso presente a posse do material entorpecente (maconha e cocaína) embalado em saco plástico (vide laudo de exame de entorpecente de fls. 99/100), fracionado, inclusive, contendo inscrições ‘CV’, que sabidamente destinava-se à venda, evidencia a estabilidade do vínculo associativo com a facção criminosa ‘COMANDO VERMELHO’ que controla a venda de drogas no local dos fatos. Ademais, com o réu houve a apreensão de um rojão (fl. 17), sendo certo que no momento da prisão em flagrante do réu RAFAEL BRAGA, conforme relato dos próprios policiais neste Juízo, havia inúmeros elementos que se evadiram. Dessa forma, restou inequívoca a estabilidade do vínculo associativo para a prática do nefasto comércio de drogas, sendo certo que a facção criminosa ‘Comando Vermelho’ é quem domina a prática do tráfico na localidade conhecida como ‘sem terra’, em que o réu foi preso, situada no interior da Vila Cruzeiro. Por outro lado, a regra de experiência comum permite concluir que a ninguém é oportunizado traficar em comunidade sem integrar a facção criminosa que ali pratica o nefasto comércio de drogas, sob pena de pagar com a própria vida. Portanto, não poderia o réu atuar como traficante no interior da Comunidade Vila Cruzeiro, sem que estivesse vinculado à facção criminosa ‘Comando Vermelho’ daquela localidade [...].<sup>102</sup>

Ora, todas essas condutas aferidas à Rafael Braga ensejaram que ele fosse enquadrado como traficante, porém todas elas são condutas tidas por critérios

---

<sup>102</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 39ª Vara Criminal. SENTENÇA. Autor: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.. Réu: Rafael Braga Vieira. Juíz: Ricardo Coronha Pinheiro. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=59&descMov=Senten%E7a>, <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00040DF0FF64CDE7A6B8EAFE5F0FDFEB80C5E6C50621360Et>. Acesso em: 19/08/2017.

subjetivos. Não é possível dizer por exemplo que uma pessoa que está em um local de ponto de drogas, com uma ínfima quantidade de drogas, seja traficante. Não é o caso do Rafael Braga pois ele alegou flagrante forjado, porém, dando como exemplo hipotético: E se o indivíduo for usuário, acabou de comprar a droga e ela veio separada pois o verdadeiro traficante já a vendeu separada ? Quer dizer que se uma operação policial for realizada e um usuário estiver comprando a sua droga no ponto de venda no exato momento da operação, este será enquadrado como traficante e associado para o tráfico?

Outra contradição inserta na subjetividade da lei de drogas diz respeito ao vínculo associativo de Rafael Braga para com o tráfico. Os argumentos proferidos na sentença que enquadraram Rafael Braga no art. 35 da lei de drogas, dizem respeito às inscrições com a sigla “CV” (Comando Vermelho) que foram encontradas nas drogas em posse de Rafael Braga, além do senso comum interpretar que “ninguém é oportunizado traficar em comunidade sem integrar a facção criminosa que ali pratica o nefasto comércio de drogas”, ora, quanta generalização para o caso tendo em vista que apesar de ter sido condenado por associação criminosa, ele foi preso sozinho, evidenciando grande contradição acusatória e, não existe qualquer investigação sobre com quem ele teria supostamente se associado, nem como e nem por quanto tempo. Para mais, como de praxe, os depoimentos das “Testemunhas” (Policiais) foram fundamentais para o desdobramento do caso.

Nessa Ocasão, toda a prova produzida foi muito frágil e não considerou diversos outros elementos inerentes ao caso concreto. Outro exemplo seria o de que: É possível confirmar que uma pessoa que é flagrada com drogas com inscrição de uma facção (pouca quantidade como o caso de Rafael Braga) e estiver em ponto de drogas com algum grupo de pessoas seja traficante/associada com o tráfico ? Veja, esta pessoa sera estereotipada como traficante e em uma “batida” Policial pode haver erro de enquadramento. Esse é só uma das contradições que essa lei causa. Essa lei é de uma completa disfunção, segue criminalizando desenfreadamente sem qualquer parâmetro que configure realmente que conduta está sendo julgada.

Rafael Braga foi preso portando a totalidade de 9,9g de drogas em contraste com Breno Fernando Solon Borges, filho da desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, que foi preso com 129kg (kilos) de Maconha, uma pistola e munições, além de ter sido gravado em conversa com traficantes e líderes de

Organizações Criminosas. Em fevereiro, Breno havia sido detido pela Polícia Rodoviária Federal na mesma rodovia com uma pistola 9 mm. O que esses dois indivíduos tem em comum é que foram presos por tráfico de drogas, porém o que os difere é que Breno foi solto devido à alegação da defesa que ele sofre de Síndrome de Borderline —doença marcada por 'desvios dos padrões de comportamento', com alterações de afetividade e controle de impulsos—<sup>103</sup> e Rafael Braga continua preso, aguardando pendência de julgamento de seus recursos e remédios processuais.

A justiça da lei de drogas é seletiva, os critérios difundidos por ela abrem fissuras aptas à serem facilmente encaradas como falhas da lei penal, fragilizando as decisões e abrindo brechas para os juízes decidirem como bem entenderem, já que não há parametrização objetiva para assim aferir conduta aos indivíduos autuados como incurso no art. 28 ou art. 33. Assim como a maioria da justiça no Brasil, onde ganha quem tem poder aquisitivo, influência para com os Magistrados, bons advogados, a justiça da atual lei de drogas não poderia ser diferente tendo em vista o fracasso retumbante desse diploma legal.

Há uma evidente necessidade de se obter de forma objetiva a diferenciação entre tráfico e uso de drogas. Na realidade, e em primeira instância, quem faz a distinção do tráfico e do uso é a Polícia. Como visto frequentemente na zona sul do Rio de Janeiro por exemplo, uma certa quantidade é considerada uso pessoal e outra idêntica na periferia é considerada tráfico de drogas.

Por tudo exposto, deveras há a necessidade de uma diferenciação com critérios objetivos. Diversos países renomados em suas políticas públicas de drogas já se pronunciaram sobre o assunto, parametrizando o consumo destas, ora criminalizando e elencando critérios objetivos, ora descriminalizando e aferindo critérios objetivos para a distinção do usuário para o traficante. Em estudo denso sobre o assunto, Juliana Carlos foi a que melhor elucidou sobre o assunto, analisando levantamento da Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas (SENAD, 2015)<sup>104</sup>:

---

<sup>103</sup> CNJ analisa se desembargadora interferiu em soltura de filho pego com 129 kg de maconha no MS. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/07/26/cnj-analisa-se-desembargadora-interferiu-em-soltura-de-filho-pego-com-129-kg-de-maconha-no-ms.htm>. Acesso em: 09/08/2017.

<sup>104</sup>Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas/MJ. Diretoria de Projetos Estratégicos e Assuntos Internacionais Junho/2015. *Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf>. Acesso em 07/09/2017

País	Uso Descriminalizado	Quantidade de maconha (gr)	Quantidade de cocaína (gr)
El Salvador	Não	2	2
Bélgica	Não	3	-
México	Sim	5	0,5
Letônia	Sim	5	0,01
Lituânia	Sim	5	0,02
Países Baixos	Sim	5	-
Belize	Não	6	1
Alemanha*	Sim	6	1
Peru	Sim	8	2
Equador	Sim	10	1
Paraguai	Sim	10	2
Noruega*	Não	10	-
Dinamarca	Não	10	-
Finlândia	Não	15	1,5
República Tcheca	Sim	15	1

105

País	Uso Descriminalizado	Quantidade de maconha (gr)	Quantidade de cocaína (gr)
Alemanha*	Sim	15	3
Noruega*	Não	15	0,5
Colômbia	Sim	20	1
Venezuela	Sim	20	2
Grécia	Não	20	1,5
Portugal	Sim	25	2
Canadá	Não	30	-
Chipre	Não	30	10
Uruguai	Sim	40	-
Suécia	Não	50	0,5
Jamaica	Não	57	2,8
Espanha	Sim	100	7,5
Itália	Sim	1g THC	0,75
Hungria	Não	1g THC	2
Áustria	Não	20g THC	15

106

<sup>105</sup> CARLOS, Juliana. *CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO E COMÉRCIO DE DROGAS: O QUE TEMOS A GANHAR (E A PERDER) COM ELES?* Abril de 2017. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Juliana-Carlos.pdf>. Acesso em: 09/10/2017.

<sup>106</sup> CARLOS, Juliana. *CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO E COMÉRCIO DE DROGAS: O QUE TEMOS A GANHAR (E A PERDER) COM ELES?* Abril de 2017. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Juliana-Carlos.pdf>. Acesso em: 09/10/2017.

Alemanha e Noruega aparecem duas vezes pois o critério objetivo varia, foi exibido tanto o limite inferior quanto o limite superior do que pode ser considerado a quantidade para caracterização para uso pessoal. Da referida análise de 48 países pela SENAD, 12 descriminalizaram o uso e adotaram critérios objetivos para distinção entre posse para uso e comércio e outros 14 países criminalizam o porte de drogas para uso pessoal (como o Brasil), mas adotam critérios objetivos para diferenciar essa conduta do comércio de drogas.<sup>107</sup>

Ainda com relação ao tema, Juliana de Oliveira Carlos realizou uma pesquisa em 2014, a “partir dos dados de um levantamento dos flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo no ano de 2011, realizado pelo Instituto Sou da Paz, analisando os impactos da severidade da lei, apontando que a maioria dos presos permanece detido em prisão provisória até o julgamento. O ponto mais interessante do trabalho de Juliana, a partir dos mesmos dados, é uma estimativa da porcentagem de pessoas presas que poderiam estar soltas caso a lei brasileira tivesse algum parâmetro objetivo de quantidades. Para tanto, ela elencou os países que estabeleceram um limite de maconha e de cocaína, as drogas ilícitas mais consumidas do Brasil, e quais quantidades definem o porte para uso. A maior parte desses países não criminaliza o uso de drogas.”<sup>108</sup>

Para tanto, se baseou em 1040 prisões em flagrante realizadas entre Abril e Junho de 2011 na cidade de São Paulo:

---

<sup>107</sup> CARLOS, Juliana. *CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO E COMÉRCIO DE DROGAS: O QUE TEMOS A GANHAR (E A PERDER) COM ELES?* Abril de 2017. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Juliana-Carlos.pdf> . Acesso em: 09/10/2017.

<sup>108</sup> Plataforma Brasileira de Política de Drogas. *A Importância de Critérios Objetivos para Diferenciar Usuários de Traficantes*. Disponível em: <http://pbpd.org.br/a-importancia-de-criterios-objetivos-para-diferenciar-usuarios-e-trafficantes/>. Acesso em: 07/08/2017



**Aplicação de critério objetivo para caracterização da posse de drogas para uso pessoal em diferentes países às prisões em flagrante por tráfico motivadas pela posse de maconha (apenas). (n 94)**

País	Limite (em gramas)	Pessoas da amostra que não teriam sido presas	
Bélgica	3	8	9%
México	5	8	9%
Holanda	5	8	9%
Rússia	6	8	9%
Austrália (limite inferior)	15	14	15%
Paraguai	10	11	12%
República Tcheca	15	14	15%
Portugal	25	27	29%
Estados Unidos	28,45	32	34%
Austrália (limite superior)	50	39	41%
Espanha	100	51	54%

109

**Aplicação de critério objetivo para caracterização da posse de drogas para uso pessoal em diferentes países às prisões em flagrante por tráfico motivadas pela posse de cocaína (apenas). (n 227)**

País	Limite (em gramas)	Pessoas da amostra que não teriam sido presas	
México	0,5	1	0%
Rússia	0,5	1	0%
Holanda	0,5	1	0%
República Tcheca	1	1	0%
Paraguai	2	9	4%
Portugal	2	9	4%
Índia	2	9	4%
Espanha	7,5	42	19%

110

<sup>109</sup>CARLOS, Juliana. *CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO E COMÉRCIO DE DROGAS: O QUE TEMOS A GANHAR (E A PERDER) COM ELES?* Abril de 2017. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Juliana-Carlos.pdf>. Acesso em: 09/10/2017.

<sup>110</sup>CARLOS, Juliana. *CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO E COMÉRCIO DE DROGAS: O QUE TEMOS A GANHAR (E A PERDER) COM ELES?* Abril de 2017. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Juliana-Carlos.pdf>. Acesso em: 09/10/2017

É cediço que a adoção de parâmetros objetivos para determinar a posse de drogas para uso pessoal resultaria em um impacto significativo no número de pessoas encarceradas no Brasil, tendo em vista que em torno de 30% da População Carcerária está no sistema penitenciário em decorrência da Lei 11.343/2006. Além disso, haveria uma repercussão econômica ao adotarmos critérios de diferenciação e assim diminuir o número de prisões, constatemos:

### **Possível impacto econômico da aplicação de critérios objetivos para distinção entre a posse para uso e comércio de drogas nas prisões do Estado de São Paulo, em 2011 (R\$)**

	Número de pessoas	Custo anual	Economia Possível	
			Limite inferior	Limite superior
População prisional total	180.059	3.024.991.200		
Presos por tráfico	52.713	885.578.400		
Presos por tráfico de maconha	4.765	80.052.000	7.204.680	43.228.080
Presos por tráfico de cocaína	11.507	193.317.600	7.732.704	36.730.344
		<b>Total</b>	<b>14.937.384</b>	<b>79.958.424</b>

111

Os benefícios elencados pela ilustre Juliana Carlos em sua pesquisa demonstram somente os benefícios diretos do não encarceramento de um indivíduo nessas condições, ou seja, não foram levados em conta os encargos gerados pelo tempo despendido entre todos ligados ao processo penal, desde a atuação do Policial, Escrivão, Promotor de Justiça, Defensor Público até o Juiz.

Diversas são as contradições por ser um tema amplamente problemático no âmbito da sociedade Brasileira. Os mais variados institutos de saúde pública, o judiciário, legislativo, ONG's, institutos de pesquisa, estudos, entre

<sup>111</sup> CARLOS, Juliana. *CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO E COMÉRCIO DE DROGAS: O QUE TEMOS A GANHAR (E A PERDER) COM ELES?* Abril de 2017. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Juliana-Carlos.pdf> . Acesso em: 09/10/2017



outros, estão intrinsicamente ligados ao debate sobre as drogas e nós precisamos levar em conta todas as opiniões e os mais diversos estudos e entendimentos, para que possamos chegar a um consenso e uma maior amplitude de entendimento sobre as drogas, estas, há anos estão presentes no seio da sociedade e em questões de debates jurídicos. É um tema histórico, antagonista, ancestral, porém também extremamente atual.

Conforme tudo explicitado até o momento, cabe repercutir compreensão notória de Guilherme Nucci à respeito da matéria, em seu artigo “A droga da Lei de Drogas”:

“[...] por mais que, num primeiro momento, pareça uma reforma para engessar a atividade judicial, antes assim do que vislumbrar as imensas diferenças de critérios capazes de apontar o tráfico de drogas, para uns juízes e consumo para outros. É fundamental que o Legislativo estabeleça uma quantidade para o porte de cada espécie de drogas, a fim de que se possa presumir (presunção relativa) o caráter de consumidor de quem a carrega consigo. Outros países assim fizeram, variando de 20g de maconha até 200g da mesma droga. Nada impede que o portador de 20g seja um traficante, travestido de usuário, motivo pelo qual, desmascarado pelas provas efetivamente produzidas nos autos – e não pelo achismo de qualquer operador do direito – assim será condenado.”<sup>112</sup>

Nesses termos, se no presente trabalho preza-se tanto pelo princípio da proporcionalidade, não se poderia olvidar de relatar que mesmo estabelecidos a quantificação legal de porte de drogas, o juiz não poderá deixar de se preocupar com os elementos subjetivos reformulados que devem estar contidos no tipo penal, tendo em vista que mesmo um indivíduo portador de pouca quantidade de droga poderá estar envolvido com o tráfico. Essa é a consolidação de Luis Flávio Gomes:

“A quantidade da droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. Claro que há situações inequívocas: uma tonelada de cocaína ou de maconha revela traficância (destinação a terceiros). Há, entretanto, quantidades que não permitem uma conclusão definitiva. Daí a necessidade de se valorar não somente um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei.”<sup>113</sup>

Mormente ao elucidado, importante vislumbrar sabedoria de Cristiano Maronna no assunto:

---

<sup>112</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *A droga da Lei de Drogas*. 2016. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=59&de scMov=Senten%E7a>. Acesso em: 07/07/2017

<sup>113</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 3ª Edição rev., atual. e ampl. São Paulo. Pag. 164

“[...] os verbos no art. 28 também estão presentes no art. 33. O art. 33 traz exatamente os mesmos verbos do art. 28 e no entanto, o que distingue o uso e o tráfico de drogas é o paragrafo 2 do art. 28, que é uma norma evidentemente insuficiente. Imaginar que a quantidade de drogas pode definir o que é uso do que é tráfico é um absoluto equívoco, vamos pegar um exemplo de consumidores de bebidas alcoólicas: No mercado de cerveja, 3/4 do consumo decorre de 1/4 dos consumidores, que são os chamados *Heavy Users*, eles consomem 3/4 do consumo de bebidas alcoólicas. Se refletirmos esse paradigma para a questão de drogas, aqueles usuários mais crônicos, usuários mais frequentes, têm mais chance de serem enquadrados como traficante justamente porque eles fazem um consumo acima da média, essa é a grande dificuldade de discutir a questão dos critérios objetivos para diferenciar uso e tráfico de drogas.”<sup>114</sup>

É um árduo caminho alcançar que as condutas e os posicionamentos dos magistrados convirjam para uma interpretação mais justa e responsável, porém é possível. Não somente embasando as discussões em observância de crenças próprias e visões mínimas sobre o assunto drogas, mas também tendo como adjutório o nosso diploma legal, nossa carta magna e suas leis subsidiárias. O poder discricionário e a arbitrariedade do julgador estão em uma linha tênue, bastando um pequeno descuido para ocorrência de injustiças.

Uma pergunta conveniente a ser feita no presente trabalho é Descriminalizar aumenta o consumo?

Como bem compreensível é o entendimento de GALLASSI, 2015:

“No caso de Portugal, onde a descriminalização aconteceu em 2001, o consumo de drogas ilícitas em 2012 se mostrou menor do que em 2001. (Hughes & Stevens, 2012).

Não houve redução do preço das drogas após a descriminalização. (Felix & Portugal, 2015).

No caso da republica Tcheca, onde todas as drogas foram descriminalizadas, não houve diminuicao da idade de inicio do uso de maconha, segundo (Cervený, *et al*, 2015)”<sup>115</sup>

Ou seja, como demonstrado de forma simplificada, não houve real prejuízo com a descriminalização e foram estabelecidos nesses países critérios objetivos de quantidade para diferenciar o porte para uso pessoal da venda.

---

<sup>114</sup> MARONNA, Cristiano. *IBCCRIM - Seminário 10 anos da Lei de Drogas 1º dia Painel I Expositor Cristiano Maronna. 24 de maio de 2017. YouTube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8BgBxlalpsc>. Acesso em: 02/09/2017.

<sup>115</sup> GALLASSI, Andrea. *A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO E POSSE DE MACONHA E OUTRAS DROGAS*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/audiencias-publicas/audiencia-publica-2015/audiencia-oublica-15.09/apresentacao-andrea-gallassi>. Acesso em : 16/07/2017.

### 3.2 A importância da Discricionariedade e Exclusão da Arbitrariedade.

Demonstrado a necessidade de critérios objetivos para aplicação da lei de drogas, partimos para a importância da discricionariedade de um magistrado ao julgar um caso relativo à tráfico ou uso de drogas.

Como a lei de drogas é desprovida de objetividade, cabe ao juiz tentar desdobrar os casos, se utilizando de alguns princípios, são eles: o princípio da imparcialidade, do livre convencimento motivado do juiz, da isonomia, da razoabilidade e proporcionalidade entre outros. Simultaneamente, temos o poder discricionário do juiz que existe quando da atribuição conferida pela lei à uma pessoa (competência de servidor público), *in casu*, ao juiz, que dotado de todas suas convicções (por óbvias, em harmonia com a lei), adotará avaliações subjetivas, ainda que guiadas por parâmetros objetivos.

Ponderemos o saber de Furtado (2007):

“A discricionariedade corresponde à liberdade conferida pela Lei ao administrador para a adoção da melhor solução para o caso concreto em razão do mérito administrativo. Este corresponde ao juízo de conveniência e oportunidade para a definição da solução mais adequada, tendo como parâmetro o princípio da razoabilidade.”<sup>116</sup>

Disciplina também Justen Filho sobre o tema:

[...] a discricionariedade é, antes, uma virtude da disciplina normativa. É a solução jurídica para a insuficiência do processo legislativo de geração de normas jurídicas: o legislador não dispõe de condições de prever antecipadamente a solução mais satisfatória para todos os eventos futuros, por isso, é a essência da discricionariedade que a autoridade administrativa exerce a sua competência de modo a formular a melhor solução possível, a adotar a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente para resolver o caso concreto [...].<sup>117</sup>

De forma Contraditória, Figueira Jr entende que o expressão mais correta para interpretar o instituto da discricionariedade seria “Liberdade de Investigação Crítica”<sup>118</sup>, tendo em vista que o juiz sempre se depara diante de casos de difíceis interpretações e conceitos deveras imprecisos. A atual lei de drogas é um exemplo fidedigno de vagas compreensões e da subjetividade exacerbada, porém, temos de olhar com cautela essa investigação crítica para não mais injustiçar

<sup>116</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. p. 639. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

<sup>117</sup> JUSTEN, Marçal Filho. *Curso de Direito Administrativo*. p. 213. Belo Horizonte, Forum, 2011.

<sup>118</sup> FIGUEIRA JR, Joel Dias. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. p. 127. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

indivíduos insertos na malha da lei de drogas.

Há que ponderar que a discricionariedade da lei de drogas já é aplicada anteriormente ao devido processo legal, no momento em que o policial na abordagem tira suas próprias conclusões e muitas vezes forja alguns flagrantes como acontece em certas operações. Isso acontece pela precariedade de avaliação, distinção, e aplicação do caso concreto nas abordagens policiais tendo em vista a má elaboração das nossas leis penais que geram brechas e visões subjetivas sobre o assunto drogas e como já dito, geram as mais diversas ações e consequências decorrentes das facetas do submundo das drogas.

Em um estudo realizado pelo NEV-USP, intitulado “Prisão provisória e Lei de Drogas – um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo”, foi destacado que “De acordo com os autos, 74% dos casos contaram apenas com o testemunho dos policiais que realizaram a apreensão do acusado, não estando presente nenhuma outra testemunha civil”<sup>119</sup>

Insta destacar estudo de VALOIS, 2014, :

“Resultado ou não da passionalidade inerente à guerra às drogas, essa discricionariedade se reflete nas ruas quando a avaliação da conduta é feita pela polícia. Sim, pois é policial que selecionará o fruto flagranteado, indiciado e réu do processo criminal, fará a avaliação da conduta entre o amplo rol estabelecido, atividade esta que, como veremos, acaba surtindo efeitos em toda persecução criminal”<sup>120</sup>

Nesse viés, crucial entendermos que a discricionariedade está interligada com o próprio poder que o Estado tem para aplicar o direito ao caso concreto, objetivando solucionar os litígios e por fim resguardar a ordem jurídica e a correta aplicação penal (Jurisdição).

Cabe citar trecho de um artigo pertinente para a matéria em questão:

“Poder Discricionário é aquele conferido por lei ao administrador público para que, nos limites nela previstos e com certa parcela de liberdade, adote, no caso concreto, a solução mais adequada satisfazer o interesse público. O fundamento desse Poder é o princípio constitucional da separação dos Poderes, que prevê a existência de atos reservados a cada um dos Poderes, havendo a reserva judicial (Judiciário), a reserva legislativa (Legislativa) e a

---

<sup>119</sup> *Prisão provisória e Lei de Drogas – um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. 2011. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Acesso em: 22/08/2017.

<sup>120</sup> VALOIS, Carlos. *O Direito à Prova Violado nos Processos de Tráfico de Entorpecentes. Drogas: Uma Nova Perspectiva Organizadora*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. 2014.p.109.

reserva administrativa (Executivo).”<sup>121</sup>

Em mesma instância, é devido relacionar que esse poder discricionário não pode abrir margem para a arbitrariedade de um juiz, porém, sabemos que isso não ocorre nos julgados rotineiros sobre drogas, há de haver uma limitação ao poder discricionário para que não haja abuso de poder. No discurso de Alexandre Magno Fernandes:

“Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. A liberdade que a lei dá ao administrador para escolher a melhor opção não pode justificar o desvio de poder.

Outro fator é a verificação dos motivos determinantes da conduta. Se o agente não permite o exame dos fundamentos de fato e de direito que mobilizaram sua decisão em certas situações em que seja necessária a sua averiguação, haverá, no mínimo, a fundada suspeita de má utilização do poder discricionário e desvio de finalidade.”<sup>122</sup>

Sendo certo que os julgados recorrentes e cotidianos abarrotam a estrutura penitenciária Brasileira, vejamos mais um caso em que o embasamento utilizado pelo Magistrado para sustentação de seus argumentos e consequente condenação do indivíduo foi desproporcional e suspeita ao processo penal:

“EMENTA: APELAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006). PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO APELO POR INTEMPESTIVIDADE. REJEIÇÃO. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. USO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. SUFICIÊNCIA DAS PROVAS. TESTEMUNHO DE POLICIAIS. VALIDADE. DOSIMETRIA. REDUÇÃO. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA (ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06). DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

(...) A alegação de ser usuário de drogas, por si só, não importa na desclassificação do crime que lhe foi imposto para a figura prevista no art. 28 da Lei n.º 11.343/06, sendo de conhecimento geral que muitos usuários se tornam traficantes como uma forma de arcar com o vício em questão. (TJRN, Apelação Criminal n.º , C. Criminal, Rel. Des. Maria Zeneide Bezerra, j.16/12/2010). (ACR 37747 RN

<sup>121</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Poderes Discricionário e Vinculado*. Disponível em 17.01.2011 no seguinte link: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20110114163142284](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110114163142284). Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2535265/poderes-discricionario-e-vinculado>. Acesso em: 10/09/2017.

<sup>122</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Poderes Discricionário e Vinculado*. Disponível em 17.01.2011 no seguinte link: [http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20110114163142284](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110114163142284). Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2535265/poderes-discricionario-e-vinculado>. Acesso em: 10/09/2017.

2010.003774-7).”<sup>123</sup>

No caso acima, o réu foi flagrado com aproximadamente 20g (vinte gramas) de crack, ai entra a quantidade e natureza da droga expressa no parágrafo 2º do art. 28, entretanto, o Relator do processo se distanciou da aplicação de alguns princípios constitucionais inerentes ao processo penal como a presunção de inocência, *o in dubio pro reo* e a inversão do ônus da prova, adotando “entendimento do populismo criminológico como ferramenta para a condenação do indivíduo” pois narrou que “sendo de conhecimento geral que muitos usuários se tornam traficantes como uma forma de arcar com o vício em questão”, informação essa que causa estranheza ao processo penal.<sup>124</sup>

Nesse mesmo sentido, Rodrigo Oliveira Martins elucida:

“Como visto, a aplicação da lei de drogas no caso acima, apenas demonstra que a identificação em face às “circunstâncias sociais”, abre uma lacuna para a criminalização dos vulneráveis, estes, jovens pobres, pardos, negros e marginalizados, afastando-os mais uma vez de seus direitos e garantias constitucionais. Dessa forma, observa-se que é flagrante que o judiciário possui um instrumento punitivo (discricionariedade sob a ótica da legalidade) do qual o utiliza em desfavor daqueles que se relacionam com as drogas, o que conseqüentemente levará os réus à penitenciária, aumentando o contingente e agravando a crise carcerária presente em nosso estado, senão país, sob a visão macro.”<sup>125</sup>

Nessa esteira, se faz corolário a necessidade de novas interpretações , com as reformulações propostas no presente trabalho que vão fazer com que o juiz possa se ater com maior precisão ao caso concreto, no momento em que critérios objetivos forem elaborados e aplicados na Lei 11.343/2006.

Com base na estipulação fixa do grau e dos parâmetros de cada tipo

<sup>123</sup> Brasil. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Acórdão*. Câmara Criminal, Rel. Des. Maria Zeneide Bezerra, j. 16/12/2010). (ACR 37747 RN 2010.003774-7). Disponível em: <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/332997331/apelacao-criminal-apr-20080125674-rn/inteiro-teor-332997361>. Acesso em: 05/09/2017.

<sup>124</sup> MARTINS, Rodrigo Oliveira. Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Enadir 2017. *Compreendendo a Discricionariedade na aplicação da Lei Nº 11.343/2006 e a Relação do Aumento do Contingente Carcerário sob a Ótica da Guerra às Drogas*. Disponível em: <http://www.enadir2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyl7czoZNDoiYToxOntzOjEwOiJRF9BUlFVSzVZPljtzOjM6IjE3MyI7fSI7czoXOjJoljtzOjMyOilyMmFhMDM4NzU2YmQ3NTc2NmJmNTc5MjYyZTmYjcxNyI7fQ%3D%3D>. Acesso em: 11/09/2017.

<sup>125</sup> MARTINS, Rodrigo Oliveira. Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Enadir 2017. *Compreendendo a Discricionariedade na aplicação da Lei Nº 11.343/2006 e a Relação do Aumento do Contingente Carcerário sob a Ótica da Guerra às Drogas*. Disponível em: <http://www.enadir2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyl7czoZNDoiYToxOntzOjEwOiJRF9BUlFVSzVZPljtzOjM6IjE3MyI7fSI7czoXOjJoljtzOjMyOilyMmFhMDM4NzU2YmQ3NTc2NmJmNTc5MjYyZTmYjcxNyI7fQ%3D%3D>. Acesso em: 11/09/2017.

de droga, alcançaremos maiores parâmetros para aplicação de penas mais justas, proporcionais e menos arbitrárias para com os infratores.

Ora, devemos prezar também por maiores investigações por parte das autoridades policiais e não somente executar um policiamento ostensivo e repressivo sem se embasar em maiores investigações. Isso é importante no processo penal, o juiz é quem vai decidir com base no depoimento do policial em grande parte das vezes, portanto, o julgador deve se revestir de comprometimento, cuidado, inteligência e observância de todos os princípios inerentes ao processo legal para que seja alcançada a jurisdição correta e a justiça cabível. O não cumprimento desses requisitos resultarão em decisões arbitrárias, abuso de poder e prejudicarão todo o ordenamento jurídico-penal brasileiro.

## 4 O ENCARCEIRAMENTO EM MASSA

A cultura do encarceramento é bastante antiga. Podemos remeter o início das sanções penais aos tratamentos dados com Penas de Morte, as torturas corporais, trabalho forçado, ao longo de toda a antiguidade e Idade Média.

O sistema penal baseado na tortura, sofrimento do condenado e a pena de morte começaram a exaurir juntamente com o absolutismo. As formas utilizadas para conter os indivíduos falharam. Métodos desumanos e bárbaros não tinham eficácia contra a crescente criminalidade. Sendo assim, a pena de morte não era mais conveniente, visto que com crescimento exacerbado da “delinquência”, dizimaria a população. (Melossi; Pavarini, 2006, p. 36).<sup>126</sup>

Uma resolução pertinente para a intensificação da aplicação do aprisionamento como sanção não teria sido exclusivamente o nascimento de nova compreensão ética ou humanista, mas teriam clara origem econômica e política.<sup>127</sup>

Óbvio ressaltar como introdução nesse estudo os altos índices de encarceramento que subsistem em decorrência da lei de drogas, essa já não mais consegue frear suas prisões rigorosas com o argumento de que o intra-muros traz bem estar social. Para grande parte da população que acha que as cadeias trazem bem estar social é válido considerar que, para outros, causa um mal tão severo a ponto de dizimar toda e qualquer esperança chamada de reintegração social, proposta ilusória da tão aclamada Justiça Restaurativa.

Há que se repercutir entendimento conveniente sobre o assunto:

“É evidente que qualquer sanção penal deve visar a algo maior que a simples retribuição a uma conduta indevida. Na verdade, ela não deve ser compreendida apenas como uma “vingança social” a quem ofende a sociedade, com o único objetivo de aplacar a ira da coletividade. Ao revés, ela deve ser compreendida como uma medida que existe para impedir que atos delituosos se repitam. Ela deve visar a reeducação ou ressocialização do delinquente, e, com isso, a neutralização da sua periculosidade.”<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

<sup>127</sup> CARDOZO, José Eduardo. DUARTE, Fabiane Pereira de Oliveira. *STF está no centro da questão das drogas e cultura do encarceramento*. 03/05/2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-03/stf-centro-questao-drogas-cultura-encarceramento#author>. Acesso em: 11/09/2017.

<sup>128</sup> *Ibidem*.



À guisa de exórdio da análise da atual situação do sistema penal do Brasil, é válido considerar o seguinte entendimento, retirado do portal do Observatório de Segurança Pública, que dispõe:

“Nos últimos anos, várias iniciativas na área da Segurança Pública e da Justiça Criminal emergiram, procurando dar conta das questões relativas à eficiência da ação policial, ao acesso à justiça, à reforma da legislação penal, à reforma das prisões, ao controle do crime organizado e da corrupção, ao controle da ação policial, da tortura e da discriminação, ao policiamento comunitário, entre outras iniciativas que merecem ser recenseadas e melhor avaliadas.”<sup>129</sup>

Tais iniciativas, em verdade, não prosperaram. Ora, o estado Brasileiro hoje concentra a quarta maior população carcerária do mundo, ficando para trás apenas para Estados Unidos, China e Rússia.<sup>130</sup> E ainda, não constatamos mais eficácia nas apreensões de drogas e nem nas políticas públicas que acabaram por não solucionar diversas questões. O que realmente há é que “[...] o fracasso da ideologia do tratamento ressocializador direcionou a resposta penal para uma forma retributiva simbólica e para a neutralização ou intimidação específica dos infratores” (ZACKSESKI, 2011, pp. 2-3).

A política de drogas no Brasil é absolutamente equivocada pelo seu impacto no encarceramento, violência e mortes quando se comparada ao número de usuários e seus problemas de saúde.

O Sistema Punitivo Brasileiro é feito para punir pobres, esse mesmo sistema não abarca os crimes do colarinho branco. A violência e a corrupção não são os anseios maiores de uma sociedade para que esses crimes sejam punidos? Ora, portanto, esperamos que o encarceramento reflita esses crimes, entretanto, não é o que se vê na prática.

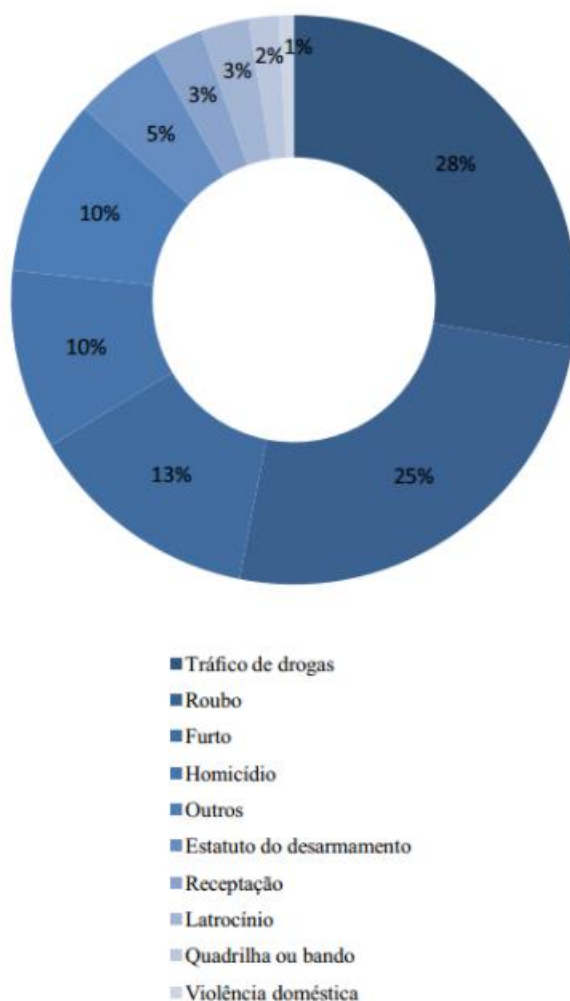
O INFOPEN, 2014, destacou muito bem em sua pesquisa que os presos em decorrência do tráfico de drogas já infestam as penitenciárias brasileiras e são campeões nas estatísticas:

---

<sup>129</sup> Observatório de Segurança Pública: Boas Práticas no Estado de São Paulo. Dados e Análises. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/dados>. Acesso em 18/08/2017.

<sup>130</sup> Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo e deficit de 200 mil vagas. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/05/120529\\_presos\\_onu\\_lk.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_lk.shtml). Acesso em: 30/07/2017.

Figura 4 - Distribuição sentenças de crimes tentados ou consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade<sup>3</sup>



Fonte: Infopen, dez./2014.

131

Reforçando entendimento já posicionado em tópico anterior, se faz corolário o argumento de que a legalização da maconha seria importante para o descongestionamento das prisões, coadunando com esse entendimento, o bacharel de direito Felipe Cavaignac elucidou bem sobre o assunto:

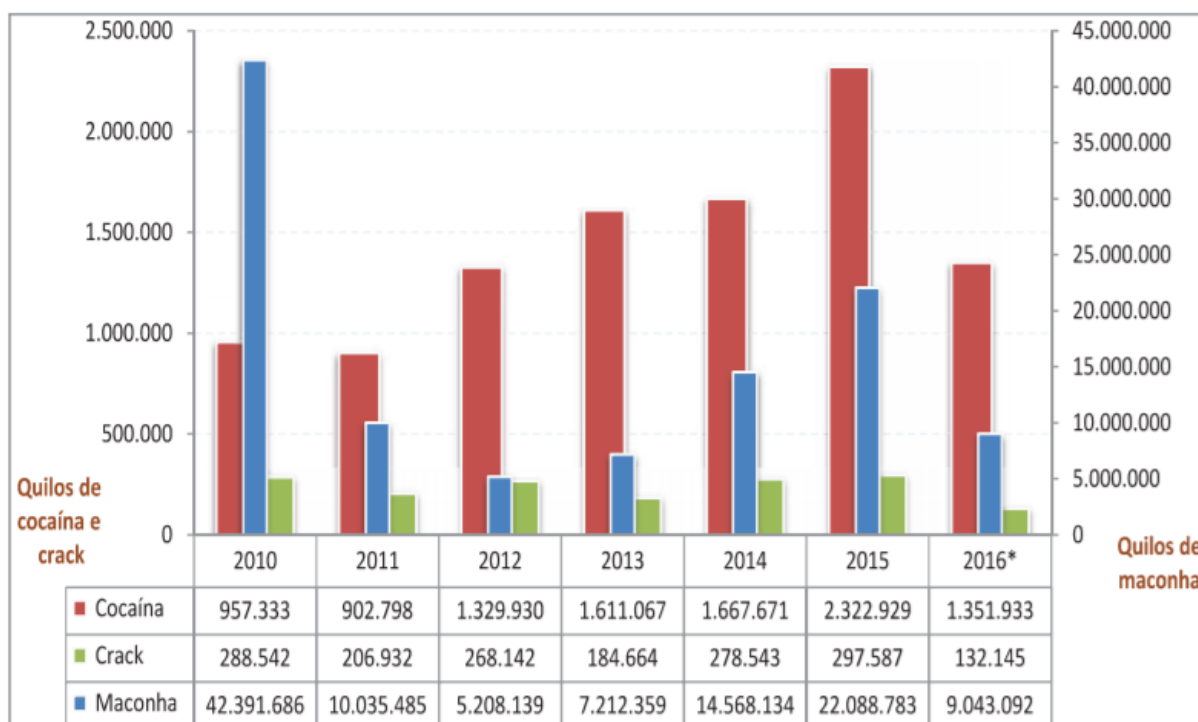
“Parte dos problemas do sistema carcerário se resolvem com a descriminalização da maconha, sendo uma decisão que compete ao país (já que qualquer nação pode descriminalizar o porte de drogas para o uso pessoal), que gera efeitos apenas em seu território, e terá um resultado imediato quando comparado à legalização, que seria uma das formas de combate ao narcotráfico [...]”<sup>132</sup>

<sup>131</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf). Acesso em 15/01/2017.

<sup>132</sup> CAVAIGNAC, Felipe. *DESCRIMINALIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO USO MEDICINAL E RECREATIVO DA CANNABIS SATIVA NO BRASIL: REFLEXOS NO SISTEMA CARCERÁRIO E NO CRIME ORGANIZADO*. 2016. Monografia como requisito para Bacharel em Direito. Uniceub, Brasília, 2016.

Corroborando com o já mencionado, cabe ressaltar também as estatísticas de apreensões de maconha e cocaína realizadas no Rio de Janeiro, essas, somam números extremos e tendo em vista o potencial de poder dos traficantes ao comercializar tais drogas, temos que repensar uma nova forma de retirar o poder das mãos dos traficantes, não mais punindo usuários e nem enquadrando de forma errônea essas duas figuras da lei de drogas. Vejamos o relatório:

Gráfico 4 – Massa de droga apreendida por ano no estado



Fonte: Elaborado pelo ISP com bases em informações da PCERJ  
\*Dados até agosto

133

É cabível para o presente momento também elucidar artigo com variedade diversas de argumentos para a legalização da maconha, enxerguemos:

“Na perspectiva de saúde pública, considerando os danos de um modo geral, a maconha apresenta baixos riscos quando comparada às outras substâncias.....sob o sistema de proibição, as leis e a justiça relacionadas à maconha resultam num extenso custo, altos níveis de encarceramento e de antecedentes criminais na população. Em muitos países, a maconha se constitui como foco primeiro do sistema de justiça, encarcerando desproporcionalmente indivíduos

<sup>133</sup>Panorama das Apreensões de Drogas no Rio de Janeiro: 2010 - 2016 . Disponível em: [http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp\\_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf](http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf). Acesso em: 05/04/2017.

marginalizados.”<sup>134</sup>

Temos de repensar nossa maneira de como estamos encarcerando e quem estamos encarcerando, ora, Albert Einstein em dito de conhecimento popular já dizia que: “não podemos resolver os nossos problemas com a mesma mentalidade de quando os criamos”. Infere-se dessa frase que devemos caminhar rumo à novas alternativas e novos critérios saindo da esfera da moral e do conservadorismo e nos atendo mais à questões da atual realidade exposta da lei de drogas e seu sistema rigoroso penal.

#### 4.1 Estatísticas de Encarceramento no Brasil

O encarceramento pode ser encarado facilmente como um problema de relevância para a sociedade atual. Basta olharmos para diversos gráficos, pesquisas, estatísticas que veremos como o sistema penitenciário se encontra falido e degradado.

Conforme artigo publicado pelo Conjur:

“A guerra às drogas já consumiu mais de US\$ 1 trilhão, conforme a *London School of Economics*, sendo responsável por 40% dos presos do mundo. O problema é que esse embate é como enxugar gelo, pois há uma grande procura por entorpecentes — segundo a ONU, são 243 milhões de usuários no planeta.

Esse cenário só será alterado com a regulamentação das drogas. Mas não apenas da maconha, que tem compra e uso permitidos na Holanda, Uruguai e estados norte-americanos como Colorado e Califórnia. A situação somente mudará de verdade quando a cocaína, responsável pela maior parte dos lucros dos traficantes, deixar de ser criminalizada. Há muito mais usuários dessa droga do que as pessoas pensam, afirma o jornalista italiano Roberto Saviano no livro *ZeroZeroZero* (Companhia das Letras).”<sup>135</sup>

Em nota, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias declarou que “se considerarmos os tipos penais propriamente ditos, temos que os crimes de roubo e tráfico de entorpecentes respondem, sozinhos, por mais de 50% das sentenças das pessoas condenadas atualmente na prisão. É importante apontar o grande número de pessoas presas por crimes não violentos, a começar pela

---

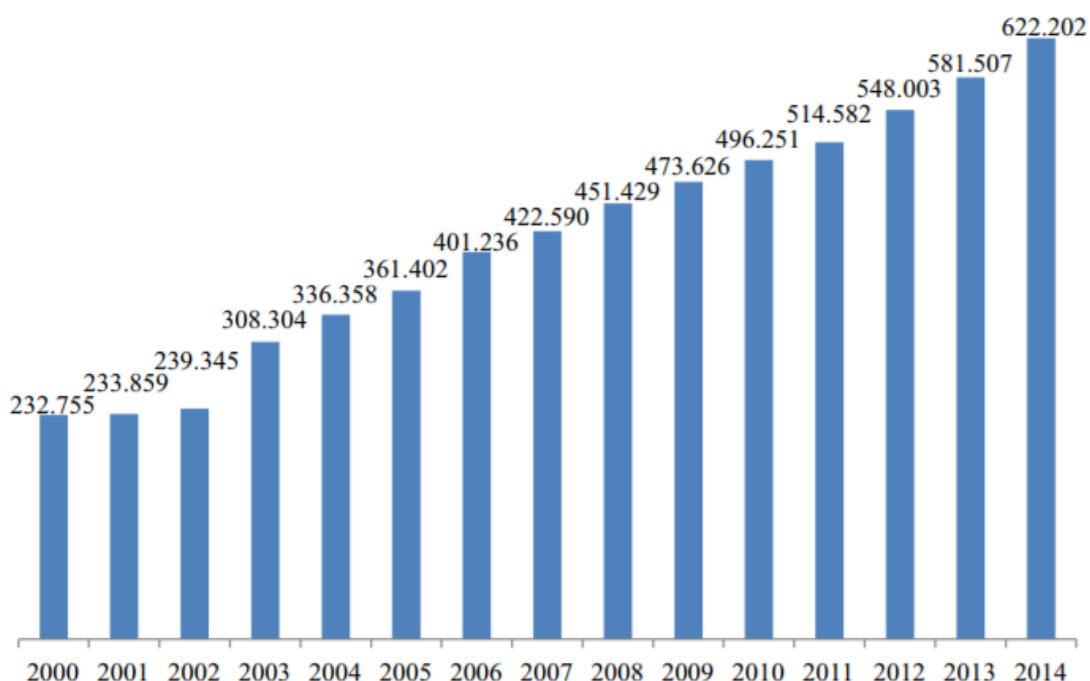
<sup>134</sup> *Cannabis Legalization With Strict Regulation, the Overall Superior Policy Option for Public Health*. Traduzido por: GALLASSI, Andrea. Disponível em: [http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Andrea\\_Gallassi.pdf](http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Andrea_Gallassi.pdf). Acesso em: 13/08/2017.

<sup>135</sup> *Guerra às drogas sobrecarrega prisões e alimenta massacres*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-08/guerra-drogas-sobrecarrega-prisoas-alimenta-massacres>. Acesso em: 29/05/2017.

expressiva participação de crimes de tráfico de drogas- categoria apontada como muito provavelmente a principal responsável pelo aumento exponencial das taxas de encarceramento no país e que compõe o maior número de pessoas presas.”<sup>136</sup>

O INFOPEN, 2014, destacou em um gráfico, a evolução da população prisional no Brasil de 2000 a 2014. Em 14 anos, a população prisional teve um aumento de 167,32%, extremamente acima do próprio crescimento populacional. Ora, isso reflete a desmedida e rigorosa lei penal que tem por interesse o combate as drogas. Vejamos:

*Gráfico 1 – Evolução da população prisional no Brasil*



Fonte: Relatórios Estatísticos Sintéticos do Sistema Prisional Brasileiro - 2000 a 2013. <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/relatorios-estatisticos-sinteticos>.

137

Como visto anteriormente, os presos por tráfico se mostram estatisticamente representados por volta de 28% e 94,2% de todos os presos do sistema penitenciário são Homens. As mulheres representam 5,8% de todo o sistema penitenciário, porém com números alarmantes em relação às prisões por

<sup>136</sup>Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf). Acesso em 15/01/2017.

<sup>137</sup>Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf). Acesso em 15/01/2017.

tráfico: 64%.<sup>138</sup>

O INFOPEN também revela dados alarmantes: 40% do total dos presos (cerca de 250mil pessoas) estão presas provisoriamente: <sup>139</sup>

Posição	País	% de presos provisórios	Ano de referência
72	Brasil	40,1	2014

Fonte: Elaboração própria, com dados do ICPR

Embora muito explicitado com relação à situação geral do cárcere brasileiro, convém ressaltar também os gêneros tanto masculino quanto feminino que são afetados pela lei de drogas levando em consideração a ampliação da vulnerabilidade da mulher no tocante ao encarceramento por tráfico de drogas. A mulher muitas vezes é coagida e ameaçada a entrar em um presídio com drogas para “alimentar” o companheiro e acaba sendo presa nesse interstício. Fernanda Bassani em pesquisa notória considerou bem grave o atual cenário, esclarecendo que em 2006 havia 35% de mulheres presas em Porto Alegre em decorrência do tráfico, em 2016, 70%. Já o número de mulheres presas em Porto Alegre transportando drogas para o companheiro para dentro dos presídios se encontrava em 40% no ano de 2014.<sup>140</sup>

Em um depoimento apresentado no STJ Cidadão #11 – 10 Anos da Lei de Drogas – Parte 1, presenciemos o que a depoente diz :

"Meu filho devia, *né*, um dinheiro *pra* eles lá dentro, de tudo. De dinheiro à juro, lanchonete, droga que pegava *pra* fumar, essa coisa toda. Aí... Eles começaram a mandar...Dando pressão em mim, mandando o *catatau* aqui fora, me pressionando que meu menino tava devendo muito, que ele tinha que pagar e tal. Que se eu não corresse atras *pra* pagar, que *eles ia* me derrubar... Tinha alguém *pra* me derrubar aqui fora e tal ai eu fiquei com medo e mesmo assim falei que não ia levar. Só que quando eu cheguei na porta do presídio, tinha uma pessoa lá, já com a droga, me esperando, sabia

<sup>138</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. p. 40. Dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf). Acesso em 15/01/2017.

<sup>139</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf). Acesso em 15/01/2017.

<sup>140</sup> BASSANI, Fernanda. *Visita Íntima: Sexo, Crime e Negócios nas Prisões*. Editora Bestiário. 26/04/2017. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Fernanda-Bassani.pdf>. Acesso em: 10/09/2017.

que eu ia visitar, né! Já me esperando *pra mim* poder passar la pra dentro. Eu falei não vou passar. Você vai passar sim, porque se tu não passar, voce visita seu filho hoje, mas na próxima, voce não visita mais.

(...) Eles me pegaram, né! Me pegaram lá e descobriram que eu tava levando a droga, aí eles me pegaram e me levaram *pra* prisão. Aí eu fiquei lá, três meses e pronto. Não é so eu que já passei por isso, têm várias que já passou por isso lá. Que é pressionada e tal, e aí elas tem que levar *pra* poder pagar o que o interno deles tá devendo la dentro, né!"<sup>141</sup>

De acordo com o Ministro Rogério Schietti, dentro da competência da Terceira secção do STJ que se compõe de duas turmas (10 ministros que julgam materia criminal) tem-se uma estimativa que de que aproximadamente 20% de tudo que adentra o STJ, englobando os Habeas Corpus, Recursos Especiais, se refere a processos sobre crime de tráfico de drogas.<sup>142</sup>

Com base em dados estatísticos do STJ, em 2015 foram mais de 461.490 processos julgados no tribunal, desses, 32.547 eram Habeas Corpus, e, 8.398 processos continham o tema relativo à drogas. Em 2016, foram 470.722 processos julgados no total, com 41.185 Habeas Corpus, e, 11.321 processos relacionados com o tema drogas. Até 30 de abril de 2017 foram 148.880 processos julgados no total, desses, 15.994 de habeas corpus e, 4.604 com o tema relacionado a drogas.<sup>143</sup>

Como repetido incansavelmente no presente trabalho, diante de tudo exposto, devemos remeter nossas forças para lutar pela vida, pela justiça, e não somente resolver todas essas questões na base do aprisionamento irresolúvel.

Diversos são os pontos perversos da lei e é importante perceber os malefícios que ela causa em diversos estágios da sociedade. O tráfico de drogas nunca vai parar enquanto não mudarmos drasticamente o modo como lidamos com as drogas.

Ora, uma vaga de um preso custa 40 mil reais para ser criada, e o custo de manutenção de um preso é de 2 mil reais por mês. No dia em que um indivíduo entra no sistema penitenciário, ele de pronto tem de se arremeter como

<sup>141</sup> Depoimento Anônimo. *STJ Cidadão #11 - 10 Anos da Lei de Drogas - Parte 1*. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=z7oPwXv4\\_uQ](https://www.youtube.com/watch?v=z7oPwXv4_uQ). Acesso em: 01/09/2017.

<sup>142</sup> SCHIETTI, Rogério. *Relato do Ministro Rogério Schietti. Coordenadoria de Gestão da Informação (STJ)*. YouTube. *STJ Cidadão #12 - 10 Anos da Lei de Drogas – Parte 2*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HamUHSgtAm4>. Acesso em: 01/09/2017.

<sup>143</sup> *Coordenadoria de Gestão da Informação (STJ)*. *STJ Cidadão #12 - 10 Anos da Lei de Drogas - Parte 2*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HamUHSgtAm4>. Acesso em: 01/09/2017.

parte de uma facção, pois caso recuse, poderá sofrer as penas impostas pelo poder dos infratores no presídio.

A prisão de um menino 'aviãozinho' ou um usuário confundido como traficante não trouxe nenhum impacto sobre o tráfico de drogas, essa política pública não produz resultados eficientes, extermina vidas, demanda um enorme aparato financeiro para controle e mesmo assim não desestrutura o tráfico de drogas. Há despesas financeiras e despesas sociais pois o indivíduo vai sair da prisão ainda mais perigoso e astuto para cometer delitos. Como essa política pode ser eficiente?

Devemos estimar por uma política progressiva, cuidadosa, com regulação econômica e severa, que sirva para desaglomerar as penitenciárias e não mais haver distinção entre negros e brancos, seja por motivos históricos ou por brechas da lei. Além de uma política que tente reduzir pelo menos parcialmente os escalões do crime organizado, dentro e fora dos presídios.



## 5 CONCLUSÃO

Na presente pesquisa, foram discorridos temas relacionados às drogas.

Como intróito, interpretou-se o conceito da droga em si, suas contradições, seus efeitos, seus respectivos males causados pelo uso e tráfico na sociedade brasileira e o respectivo direito penal do inimigo como uma alternativa falha para minimizar os crimes relativos à lei de drogas.

A posteriori, ocorreu uma análise aprofundada sobre como a criminalização afeta a nossa sociedade como um todo, problematizando as mais diversas violações consagradas em nossa legislação.

Subsequentemente, foi elucidada a necessidade do julgador se guiar por critérios objetivos para consequente eficácia da aplicação da lei penal, especificamente com relação à distinção entre usuários e traficantes de drogas, tendo em vista que a atual lei é rigorosa com relação aos traficantes e que muitas vezes, o usuário, confundido com um traficante pela desparametrização da lei, acaba por ser preso de forma desproporcional e quiçá injusta e ilegítima.

Foi esclarecido também que o poder de discricionariedade e a não objetividade da lei foram fatores decisivos para a arbitrariedade de um juiz na aplicação de casos concretos relativos às drogas.

Por fim, o debate aqui referido foi aguçado por diversas pesquisas estatísticas de órgãos provenientes do governo ou não, aferindo uma maior clareza sobre os atuais números carcerários e de pessoas com problemas relativos às drogas, também trazendo as mais diversas consequências do encarceramento para o próprio indivíduo e para a sociedade como um todo.

Droga é um problema que vai muito além das normas e leis, está envolvida em um contexto maior do que se pode pensar à primeira vista. É um problema de abordagem multidisciplinar, que envolve diversos outros temas e desencadeia também outros crimes.

Cabe ressaltar que poderia ser exposto no presente trabalho somente um tema ou um ponto em específico com relação às drogas, tendo em vista o quão amplo é esse tema. Porém, convém ressaltar que todas essas matérias envolvidas na presente pesquisa estão correlacionadas, não tendo como desvencilhar um tema de outro.

O consumo de drogas nos últimos 40 anos somente aumentou, isso é um fato abordado nas estatísticas do sistema prisional e de pesquisas científicas relacionadas ao assunto, os países democráticos estão mudando o modo como se trata as drogas e suas políticas públicas prevendo reduções de danos. Mais danosa do que a própria droga é a política adotada para tratar a questão. Essa política anti drogas não pode mais tardar, muito menos falhar.

Os crimes elencados na lei 11.343/06 são deveras vagos. A própria jurisprudência admite que a pessoa seja condenada por tráfico sem nenhuma prova, sem investigação sobre patrimônio, tendo em vista que se trata de um tipo penal misto e variado fundado em parâmetros subjetivos sem qualquer distinção de uso e tráfico. A polícia não investiga, somente ocorre o policiamento ostensivo na maioria das vezes, pugnando pela prisão de pretos e pobres (população mais prejudicada pela guerra às drogas).

A atual lei não cansa de executar indiretamente vítimas da guerra às drogas, todos os dias, jovens são aniquilados e coagidos pelo poder dos narcotraficantes e todo seu aparato que a estrutura delituosa causa: a corrupção endêmica, a violência, os armamentos pesados, dinheiro ilícito. Como ainda podemos deixar que um estado corrobore com entendimentos defasados sobre assuntos que muitas vezes são jogados para de baixo do tapete de nossa sociedade.

Porque o tráfico opera livremente? Um dos motivos é porque as pessoas que são presas estão na ponta da estrutura criminosa e, não há investigação decente para chegar ao centro dessas organizações criminosas que muitas vezes estão comandadas por um 'Colarinho Branco'.

A grande discussão destacada é que é preciso reconstitucionalizar a aplicação da lei de drogas. A regra do ônus da prova tem que ser reformulada. Não é o acusado que tem que provar que não é traficante e sim o estado acusador.

A prisão de um adolescente, de um indivíduo 'fogueteiro' ou 'avião' do tráfico de drogas não traz nenhum impacto sobre a redução de venda de drogas ou violência ou corrupção, essa política pública não produz resultados condizentes com as propostas intituladas por ela.

Para conclusão, há que se contrapor a um ponto muito importante. O usuário de drogas fomenta e estimula o crime organizado e a violência do tráfico de drogas ? Essa afirmação por parte de muitos é completamente desconfigurada,

poderíamos dizer então que sem a oferta de drogas também não haveria demanda. O que é mais humano e correto ? Combater o tráfico ou o usuário ?

Podemos pensar diante de todo o exposto que há novos caminhos rumo à uma maior eficiência, eficácia e efetividade de um direito penal que não somente puna as parcelas mais vulneráveis da sociedade (pretos e pobres) e sim vise à atender os anseios de uma sociedade que prega pela não violência, não corrupção e sim, as drogas não estão no mesmo patamar que os homicídios nem com qualquer outro crime.

As propostas aqui apresentadas como é o caso de uma maior parametrização de critérios para aplicação da lei de drogas, ou a descriminalização/legalização da maconha como espelho para uma nova visão à cerca da redução do número de presos em decorrência dessa droga, servem como base para uma reformulação dos institutos elencados na lei de drogas, pugnando pelo tratamento igualitário entre usuários e traficantes, não confundindo uns com os outros.

Para findar a discussão, é de se concluir que o atual pensamento de pequenas parcelas da sociedade estão mudando em relação às drogas. Ainda que sejamos guiados pelo proibicionismo exacerbado fundamentado sobre o viés da política, do normativismo, do discurso conservador e moralista, também temos uma vasta quantidade de matérias, estudos, pesquisas e políticas públicas relativas às drogas que nos levarão a uma melhor regulamentação e entendimento sobre o tema.

Investimento com foco na repressão, em detrimento de ações de prevenção , tratamento, redução de danos e reinserção social (que não é o caso das penitenciárias), nunca serão o melhor caminho.

## 6 REFERÊNCIAS

- A História do Alambique e da Destilação.** Disponível em: <http://www.ahistoria.com.br/alambique-e-da-destilacao/>. Acesso em: 17/06/17
- ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 278.
- ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais (Lei 11.343/2006).** São Paulo: Editora Método, 2007. p. 52-53.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. P. 11. Acesso em 14/05/2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Seminário 10 anos da Lei de Drogas - 2º dia - Conferência de abertura - Ministro Roberto Barroso. Youtube.** Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=hjqt5x36\\_4&t=4s](https://www.youtube.com/watch?v=hjqt5x36_4&t=4s). Acesso em 20/08/2017.
- BASSANI, Fernanda. **Visita Íntima: Sexo, Crime e Negócios nas Prisões.** Editora Bestiário. 26/04/2017. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Fernanda-Bassani.pdf>. Acesso em: 10/09/2017.
- BIZZOTO, Alexandre. et al.( apud ARAUJO, Vinicius Marcondes de, 2012). Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/inconstitucionalidade-da-criminaliza%C3%A7%C3%A3o-do-usu%C3%A1rio-de-drogas>. Acesso em: 05/03/2017.
- BIZZOTO, Alexandre, Rodrigues, Andréia de Brito e Queiroz, Paulo, **Comentários Críticos à Lei de Drogas**, 3ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- BOITEAUX, Luciana. **O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade.** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006
- BOITEAUX, Luciana. **A nova lei anti drogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 8-9, out. 2006.
- BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ella Volkmer de Castilho (Coord.). **Tráfico e Constituição.** Série Pensando o Direito no 1/2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 27
- BRASIL. Art. 1º, parágrafo único, da Lei de Drogas de 2006 – Lei 11.343/2006.** 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: 01/03/2017
- BRASIL. Art. 12 da Lei de Drogas de 1976 - Lei 6368/76.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11266308/artigo-12-da-lei-n-6368-de-21-de-dezembro-de-2000> . Acesso em 21 de junho de 2017.
- BRASIL. Art. 16 da Lei de Drogas de 1976 - Lei 6368/76** . Disponível em : <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11265998/artigo-16-da-lei-n-6368-de-21-de-outubro-de-1976>
- BRASIL. Art. 28 da Lei de Drogas de 2006 – lei 11.343/06.** 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: 16 de

novembro de 2016.

**BRASIL. Art. 33 da Lei de Drogas de 2006 – Lei 11.343/2006.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10867208/artigo-33-da-lei-n-11343-de-23-de-agosto-de-2006>. Acesso em 23 de junho de 2017.

**BRASIL. Art. 35 da Lei de Drogas de 2006 – Lei 11.343/2006.** 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 23/12/2016.

**BRASIL. Art. 48 da Lei de Drogas de 2006 – Lei 11.343/2006.** 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)

**BRASIL. Constituição Federal. 1988. Art. 5º, XLVI, alínea “d”.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20/10/2017.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2017. HABEAS CORPUS 373.364. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20373364>. Acesso em: 17/08/2017.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 430.105. 1.ª Turma, RE-QO 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007, DJe 26.04.2007.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566t>. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

**Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo e deficit de 200 mil vagas.** Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/05/120529\\_presos\\_onu\\_lk.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_lk.shtml). Acesso em: 30/07/2017.

**BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 39ª Vara Criminal. SENTENÇA.** Autor: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.. Réu: Rafael Braga Vieira. Juíz: Ricardo Coronha Pinheiro. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=59&descMov=Senten%E7a>, <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00040DF0FF64CDE7A6B8EAFE5F0FDFEB80C5E6C50621360Et>. Acesso em: 19/08/2017.

**BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Acórdão. Câmara Criminal, Rel. Des. Maria Zeneide Bezerra, j. 16/12/2010).(ACR 37747 RN 2010.003774-7).** Disponível em: <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/332997331/apelacao-criminal-apr-20080125674-rn/inteiro-teor-332997361>. Acesso em: 05/09/2017.

**BRASIL. Voto do Ministro Gilmar Mendes. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659. SÃO PAULO. 20/08/2015.** Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 20/04/2016.

BRITTO, Carlos Ayres. **Opinião do Ministro Ayres Britto. YouTube.** 19 de maio de 2017. STJ Cidadão #11 - 10 Anos da Lei de Drogas - Parte 1. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=z7oPwXv4\\_uQ&t=808s](https://www.youtube.com/watch?v=z7oPwXv4_uQ&t=808s). Acesso em 20/08/2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 10. Ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2006. V.1. p. 683.

CARDOZO, José Eduardo. DUARTE, Fabiane Pereira de Oliveira. **STF está no centro da questão das drogas e cultura do encarceramento**. 03/05/2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-03/stf-centro-questao-drogas-cultura-encarceramento#author>. Acesso em: 11/09/2017.

CARLOS, Juliana. **CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO E COMÉRCIO DE DROGAS: O QUE TEMOS A GANHAR (E A PERDER) COM ELES?** Abril de 2017. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Juliana-Carlos.pdf>. Acesso em: 09/10/2017.

CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 70.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 5ª Edição: Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p.208.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. 5ª Edição: Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010. p.210

CAVAIGNAC, Felipe. **DESCRIMINALIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO USO MEDICINAL E RECREATIVO DA CANNABIS SATIVA NO BRASIL: REFLEXOS NO SISTEMA CARCERÁRIO E NO CRIME ORGANIZADO**. 2016. Monografia como requisito para Bacharel em Direito. Uniceub, Brasília, 2016.

**CNJ analisa se desembargadora interferiu em soltura de filho pego com 129 kg de maconha no MS**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/07/26/cnj-analisa-se-desembargadora-interferiu-em-soltura-de-filho-pego-com-129-kg-de-maconha-no-ms.htm>. Acesso em: 09/08/2017.

**Comércio formal de maconha movimentaria R\$ 5,7 bilhões no Brasil**. Matéria publicada e disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/comercio-formal-de-maconha-movimentaria-57-bilhoes-no-brasil-19468621>> Acesso em: 25 de novembro de 2016.

COURTWRIGHT, David T. **Forces of Habit: drugs and the making of the modern world**. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 4.

**Coordenadoria de Gestão da Informação (STJ). STJ Cidadão #12 - 10 Anos da Lei de Drogas - Parte 2**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HamUHSgtAm4>. Acesso em: 01/09/2017.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Reavan, 2007. P. 78.

**Depoimento Anônimo. STJ Cidadão #11 - 10 Anos da Lei de Drogas - Parte 1**. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=z7oPwXv4\\_uQ](https://www.youtube.com/watch?v=z7oPwXv4_uQ). Acesso em: 01/09/2017.

**Direito penal do inimigo: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível

em:

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7619](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619). Acesso em: 12/06/2017

**DROGAS: EUA PERDERAM MAIS UMA GUERRA** . Disponível em:

<http://institutoavantebrasil.com.br/drogas-eua-perderam-mais-uma-guerra/>. Acesso em : 22/06/2017

**ENTENDA: o que a disputa nacional entre facções tem a ver com a barbárie no presídio do Amazonas.** Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/entenda-o-que-a-disputa-nacional-entre-faccoes-tem-a-ver-com-a-barbarie-no-presidio-do-amazonas.ghtml>. Acesso em: 03/09/2017

FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Tóxicos: prevenção – repressão**. 14<sup>o</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

FILHO, Vicente Greco. **Tóxicos – prevenção e repressão**. 13<sup>a</sup> Edição. Editora Saraiva, 2009. p.178.

FILHO, Vicente Greco. **Tóxicos: prevenção-repressão**. Comentários à Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Comentários à Novíssima Reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**.p. 127. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRIEDMAN, Milton. **Why Drugs Should Be Legalized**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nLsCC0LZxkY>. Acesso em 10/07/2017.

FURTADO. Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. p. 639. Belo Horizonte: Fórum, 2007

GALLASSI, Andrea. **Políticas Públicas e Assistência à Dependência: 10 Anos da Lei de Drogas: Resultados e Perspectivas em uma Visão Multidisciplinar**. Abril de 2017. Disponível em: [http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Andrea\\_Gallassi.pdf](http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/05/Andrea_Gallassi.pdf). Acesso em: 20/07/2017

GALLASSI, Andrea. **A DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO E POSSE DE MACONHA E OUTRAS DROGAS**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/audiencias-publicas/audiencia-publica-2015/audiencia-oublica-15.09/apresentacao-andrea-gallassi>. Acesso em : 16/07/2017

GAUER, Ruth Maria Chittó. **Uma leitura antropológica do uso de drogas. In: Fascículos de Ciências Penais**. Edição especial. Drogas: abordagem interdisciplinar. V. 3, n. 2, abr./mai./jun., 1990, p. 60.

GOMES da SILVA, Theuan Carvalho. **Nas audiências de tráfico de drogas, o roteiro é quase sempre o mesmo**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/08/15/nas-audiencias-de-trafico-de-drogas-o-roteiro-e-quase-sempre-o-mesmo/>. Acesso em: 09/09/2017

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de, **Nova Lei de Drogas Comentada**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.108/113.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 161.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**. 3ª Edição rev., atual. e ampl. São Paulo. Pag. 164

**Guerra às drogas sobrecarrega prisões e alimenta massacres**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-08/guerra-drogas-sobrecarrega-prisoas-alimenta-massacres>. Acesso em: 29/05/2017.

JAKOBS, Günther. **¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Orgs.). *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. vol. 02. Madrid: Edisofer S. L., 2006b

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 42.

JUSTEN, Marçal Filho. **Curso de Direito Administrativo**. p. 213. Belo Horizonte, Forum, 2011.

KARAM, Maria Lucia. **A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo**. Boletim Ibccrim, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, 2006.

KARAM, Maria Lucia. **Dez anos da Lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”**. Revista Liberdades, edição nº 22 maio/agosto de 2016.

Karam, Maria Lúcia. **Proibição às drogas e violação de direitos fundamentais**. Disponível em: [http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72\\_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0s%20drogas%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direitos%20fundamentais%20-%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185) Acesso em: 22 de novembro de 2016.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone. 2007.

**Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**. Dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf). Acesso em 15/01/2017.

MARONNA, Cristiano Ávila. **Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n. 167, p. 4, out. 2006.

MARONNA, Cristiano. **IBCCRIM - Seminário 10 anos da Lei de Drogas 1º dia Painel I Expositor Cristiano Maronna**. Youtube. 24 de maio de 2017. YouTube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8BgBxlalpsc>. Acesso em: 02/09/2017

MARONNA, Cristiano. **IBCCRIM - Seminário 10 anos da Lei de Drogas 1º dia Painel I Expositor Cristiano Maronna**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8BgBxlalpsc>. Acesso em: 02/09/2017

MARONNA, Cristiano. **‘O estímulo é a própria proibição’, alerta Cristiano Maronna**. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-estimulo-e-a-propria->



probicao-alerta-cristiano-maronna/. Acesso em: 20/01/2017.

MARTINS, Rodrigo Oliveira. Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Enadir 2017. **Compreendendo a Discricionariedade na aplicação da Lei Nº 11.343/2006 e a Relação do Aumento do Contingente Carcerário sob a Ótica da Guerra às Drogas.**

Disponível em:

<http://www.enadir2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyl7czozNDoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSZPljtzOjM6IjE3MyI7fSI7czoxOjJoljtzOjMyOilyMmFhMDM4NzU2YmQ3NTc2NmJmNTc5MjYyZTZmYjcxNyI7fQ%3D%3D>. Acesso em: 11/09/2017.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: As origens do sistema penitenciário** (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Poderes Discricionário e Vinculado**. Disponível em 17.01.2011 no seguinte link:

[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20110114163142284](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110114163142284). Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2535265/poderes-discricionario-e-vinculado>. Acesso em: 10/09/2017.

MOURA; Aline Cristine Boska de; VARGAS; Ana Paula Ovçar. **Direito Penal do Inimigo e a Legislação Brasileira**. Disponível em:

<http://www.feati.edu.br/revistaeletronica/downloads/numero7/artigodireitopenalinimigo.pdf> . 2009.p.4.

**Mortes em presídios do país em 2017 já superam o massacre do Carandiru**. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>. Acesso em: 03/04.2017

NUCCI, Guilherme de Souza. **A droga da Lei de Drogas. 2016**. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descr%E7%E3o%26Mov=59&descMov=Senten%E7a>. Acesso em: 07/07/2017

NUCCI, Guilherme de Souza . **Leis Penais e Processuais Penais comentadas - 5ª Edição** ver. Atual. e ampl. – São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais – comentadas**. 5 ed. São Paulo: Editora RT, 2010.p. 344.

NUCCI, Guilherme. **Para Guilherme Nucci, não há nada a comemorar nos 10 anos da Lei de Drogas**. 4 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas>. Acesso em: 03/09/2017.

NUCCI, Guilherme. **Presunção de culpa, pena antecipada e paradigma da ilegalidade: as antíteses do Estado Democrático de Direito**. Disponível em:

<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/presuncao-de-culpa-pena-antecipada-e-paradigma-da-ilegalidade-antiteses-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 19/06/2016.

Observatório de Segurança Pública: **Boas Práticas no Estado de São Paulo**. Dados e Análises. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/dados>. Acesso em 18/08/2017.

OBSERVATÓRIO DA PRÁTICA PENAL. **Anuário Soteropolitano da Prática Penal 2014**. Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia, 2015, p. 119.

**O caminho é a descriminalização das drogas.** Disponível em:  
<http://www.diariodocentrodomundo.com.br/o-caminho-e-a-descriminalizacao-das-drogas/>.  
 Acesso: 20/06/17

**O chá de ayahuasca é permitido atualmente no Brasil, mas seu uso é controverso em outros países.** Cf. SÁ, Domingos Bernardo Gialluisi da Silva. *Ayahuasca : a consciência da expansão*. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v.1, n.2, p. 145-174, 1996.

**ONU: Brasil é segundo maior consumidor de cocaína do mundo.** Disponível em:  
[http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2016/03/02/internas\\_polbraeco,520288/onu-brasil-e-segundo-maior-consumidor-de-cocaina-do-mundo.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2016/03/02/internas_polbraeco,520288/onu-brasil-e-segundo-maior-consumidor-de-cocaina-do-mundo.shtml). Acesso em:  
 20/08.2017.

**O panorama das apreensões de drogas no Rio de Janeiro entre 2010 e 2016. p. 9.**  
 Disponível em:  
[http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp\\_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf](http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/uploads/RelatorioDrogas2016.pdf). Acesso em:  
 1/09/2017.

Plataforma Brasileira de Política de Drogas. **A Importância de Critérios Objetivos para Diferenciar Usuários de Traficantes.** Disponível em: <http://pbpd.org.br/a-importancia-de-criterios-objetivos-para-diferenciar-usuarios-e-trafficantes/>. Acesso em: 07/08/2017

**Prisão provisória e Lei de Drogas – um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo.** 2011. Disponível em:  
<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Acesso em: 22/08/2017.

Relatórios do Secretariado do UNODC para as 59.<sup>a</sup>, 57.<sup>a</sup> e 56.<sup>a</sup> Sessões da Comissão de Drogas Narcóticas (CND): **“World situation with regard to drug abuse”**. Disponível em:  
<https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/session/cnd-documents-index.html> .  
 Acesso em: 28 outubro de 2016.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Habeas Corpus. HC. N º: 0029991-26.2017.8.19.0000/RJ.** Primeira Câmara Criminal. Paciente: Rafael Braga Vieira. Autoridade Coatora: Juiz de Direito da 39.<sup>a</sup> Vara Criminal da Comarca da Capital. Relatora: Des. Katya Maria Monnerat. Rio de Janeiro, 08 de agosto de 2017. Disponível em:  
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FD7EA74EAF5E48500D7D9AC27E275C24C50653623A3B&USER=>. Acesso em: 10/09/2017.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Martin Claret. 2006.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça do Estado. Recurso de agravo. Processo: 70021978283.** Relator: Desembargador Sérgio Paladino. Disponível em:  
<http://www.tj.sc.gov.br> acesso em: 25 de outubro de 2016.

SCHIETTI, Rogério. **Relato do Ministro Rogério Schietti. Coordenadoria de Gestão da Informação (STJ). YouTube. STJ Cidadão #12 - 10 Anos da Lei de Drogas – Parte 2.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HamUHSgtAm4>. Acesso em:  
 01/09/2017.

**Se Cadeia Resolvesse, o Brasil seria exemplar.** Disponível em:  
 <<http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>> Acesso em: 23 de novembro de 2016.  
 Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas/MJ, Diretoria de Projetos Estratégicos e Assuntos Internacionais. Junho/2015. **Levantamento sobre legislação de drogas nas**

**Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

SILVA, Geraldo da. *Leis Penais Especiais Anotadas*. 2010. P. 866.

SOUZA, Rodrigo Darela. **Drogas, por que legalizar? A interferência do Direito Penal na questão das drogas.** Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/drogas-por-que-legalizar-parte-1/>. Acesso em 25/05/2017.

Tráfico e Constituição: ***um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas***. Revista Jurídica, Brasília, v. 11, n. 94, 1-29, jun/set 2009, publicação quadrimestral da Presidência da República. Disponível em: [https://www.uniceub.br/media/907107/Boiteux\\_Tr%C3%A1fico\\_e\\_Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_.pdf](https://www.uniceub.br/media/907107/Boiteux_Tr%C3%A1fico_e_Constitui%C3%A7%C3%A3o_.pdf). Acesso em: 10/08/2017.

VALOIS, Carlos. **O Direito à Prova Violado nos Processos de Tráfico de Entorpecentes. Drogas: Uma Nova Perspectiva** Organizador: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. 2014.p.109.

Vade Mecum RT / [Equipe RT]. 12. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1775. ISBN 978-85-203-6714-8.

Voto do Min. Lewandowsky, HC 118.552. Cit. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Trficoprivilegiado.pdf>.

World Health Organization. ***The health and social effects of nonmedical cannabis use***. Disponível em: [http://www.who.int/substance\\_abuse/publications/cannabis/en/](http://www.who.int/substance_abuse/publications/cannabis/en/). Acesso em: 15/03/2017.