



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

MATEUS CAVALCANTE CALLOU E SÁ

**TRÁFICO DE DROGAS: PARÂMETROS OBJETIVOS DA LEI
X
DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR**

**Brasília
2016**

MATEUS CAVALCANTE CALLOU E SÁ

**TRÁFICO DE DROGAS: PARÂMETROS OBJETIVOS DA LEI
X
DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR**

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

Orientador: José Osterno

Brasília

2016

Callou, Mateus Cavalcante Callou e Sá.

Tráfico de Drogas: Parâmetros Objetivos x Discricionariade do Julgador

74 fls.

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

Orientador: Professor José Osterno

MATEUS CAVALCANTE CALLOU E SÁ

**TRÁFICO DE DROGAS: PARÂMETROS OBJETIVOS DA LEI
X
DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR**

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

Orientador: Professor José Osterno

Brasília, 18 de maio de 2016.

Banca Examinadora

José Osterno
Orientador

Gabriel Haddad Teixeira
Examinador

George Lopes Leite
Examinador

"O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança."

IHERING, Rudolf Von.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente ao meu pai, que muito me auxiliou e me ajudou a desenvolver o tema. Também a minha mãe, irmãs, avós e a todos os outros familiares que me apoiaram, auxiliaram e incentivaram em todos os momentos da minha vida.

Agradeço ao meu orientador por toda a ajuda e apoio durante a pesquisa.

Lembrando de agradecer a Deus e que continue sempre nos abençoando.

É apenas o começo.

RESUMO

Essa monografia aborda a necessidade de parâmetros objetivos na lei de drogas, bem como, a importância do poder discricionário do julgador, diante da imprecisão dos critérios trazidos pela Lei nº 11.343/06. Nesta abordagem foram analisadas as diversas drogas presentes na sociedade, sobretudo as mais presentes nos processos criminais, tratando desde a sua produção até os seus efeitos e problemas causados pelo uso. Em seguida, foi feito um histórico sobre a criminalização da droga no mundo e no Brasil. Após a abordagem histórica, é feita uma análise do ponto de vista criminal, fazendo a classificação doutrinária das condutas de tráfico e uso de drogas. Por fim, no último capítulo, é feita a apresentação dos atuais parâmetros de diferenciação das condutas, demonstrando sua imprecisão. Posteriormente é feita a apresentação do poder discricionário do julgador e sua importância.

Palavras-chave: Drogas. Tráfico e Uso de Drogas. Parâmetros Objetivos. Poder Discricionário do Julgador.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DAS DROGAS	11
1.1 Maconha	11
1.2 Cocaína.....	17
1.3 Crack e Merla.....	21
1.4 Ecstasy.....	22
2. DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS.....	24
2.1 Do Uso no Brasil.	27
2.2 Do Tráfico de Drogas no Brasil	40
3. DOS CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO E TRÁFICO DE DROGAS	47
3.1 Parâmetros Objetivos com Base na Doutrina e na Jurisprudência.	49
3.2 Da Discricionariedade do Julgador.....	59
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS.....	68

INTRODUÇÃO

Neste trabalho serão abordados temas relacionados às drogas mais comuns no cotidiano da sociedade brasileira, trazendo informações sobre sua origem, composição, efeitos nocivos causados pelo seu uso, controvérsias a respeito da droga e locais de maior consumo. Em um segundo momento é apresentado um histórico sobre a proibição do uso no mundo e especificamente no Brasil, abordando também a evolução legislativa brasileira sobre o referido tema.

Após a apresentação das drogas 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, com a sua classificação, além de uma breve comparação entre a antiga lei de drogas (Lei nº 6368/76) e a atual Lei 11.343/06.

Por fim, é feito um estudo sobre o artigo 28, §2º da atual lei de drogas, que traz os parâmetros de diferenciação das condutas, as quais o julgador deve se ater quando for decidir em qual conduta o agente incorreu. Também são abordados especificadamente os parâmetros, mostrando-se como muitas vezes podem ser ineficazes, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência de diversos tribunais de justiça e do Superior Tribunal de Justiça. Diante da insuficiência dos parâmetros, é apresentada uma possível solução que já é aplicada em alguns países do mundo e que poderia vir a ser também adotada no Brasil. Ainda diante da problemática de um sistema não muito eficaz, será demonstrada a importância do poder discricionário do julgador.

A problemática que este trabalho aborda diz respeito à imprecisão na atual lei de drogas, quanto à determinação dos parâmetros de diferenciação das condutas entre tráfico e o uso próprio de drogas. Os parâmetros estabelecidos pela lei, não tão eficazes diante da sua falta de objetividade, dificultam a tipificação da conduta, fazendo com que seja a margem de discricionariedade da atuação do julgador. Neste trabalho, tentamos responder a algumas perguntas: O sistema ou modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é eficiente? Qual seria o melhor sistema ou modelo a ser aplicado? São importantes parâmetros objetivos para aferição e diferenciação de condutas? O Poder discricionário do julgador é importante nesta diferenciação?

Como será visto ao longo do trabalho, existem dois sistemas legais de diferenciação das condutas relacionadas às drogas: o sistema de quantificação legal e o sistema de reconhecimento judicial. A legislação brasileira adota um desses sistemas, que será estudado como funciona e demonstradas as suas falhas. Da mesma forma será feito com o outro sistema, sempre mostrando o posicionamento de doutrinadores e como se posiciona a jurisprudência dos tribunais brasileiros a respeito da matéria. Por fim, tentamos demonstrar qual seria o melhor e quais mudanças seriam necessárias para tornar o sistema mais eficaz.

Este trabalho tem como principal objetivo demonstrar a necessidade de parâmetros objetivos para diferenciação das condutas de tráfico e de uso próprio de drogas, vem como demonstrar a importância do uso do poder discricionário do julgador. Também tem como objetivo demonstrar qual o melhor sistema legal a ser aplicado para diferenciação das condutas. Para isso, primeiramente é feita uma abordagem sobre drogas e seus efeitos nocivos à saúde e para a sociedade de um modo geral. Depois é apresentado um breve histórico sobre a proibição da droga no mundo e posteriormente no Brasil, mostrando como a legislação brasileira sobre drogas é nova e necessita de aprimoramentos. Em outro momento é feita a classificação e comparação das condutas relacionadas às drogas.

A importância deste trabalho é mostrar uma das diversas falhas existentes na legislação brasileira sobre drogas, que é a subjetividade dos parâmetros de diferenciação da conduta do agente, se tráfico ou uso, a necessidade de alteração e como o uso do poder discricionário do julgador é importante nessa distinção. O trabalho pretende também demonstrar os perigos que pode causar o mau uso da discricionariedade nas decisões judiciais, sobretudo no que diz respeito à segurança jurídica.

A metodologia adotada neste trabalho foi a de pesquisas de jurisprudência de diversos tribunais de justiça brasileiros e do Superior Tribunal de Justiça, sítios jornalísticos na internet que criticam o sistema legal adotado pelo Brasil e apresentam dados sobre o consumo e efeitos da droga. Também foi adotado o método de pesquisa bibliográfica, trazendo conceitos de diversos doutrinadores que escrevem sobre drogas e sua respectiva legislação, expondo falhas e pontos que devem ser alterados visando a um sistema mais eficaz.

Também são expostas posições de doutrinadores e jurisprudências sobre o poder discricionário do julgador.

O presente trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro aborda o tema sobre drogas trazendo os novos conceitos adotados pela Lei n. 11.343/06. Este capítulo foi subdividido em quatro subcapítulos, cada um trazendo informações sobre espécies de drogas, origem, produção e efeitos, iniciando pela maconha e seguindo-se pela cocaína, crack e merla e, por fim, o ecstasy. No segundo capítulo é feita uma abordagem histórica sobre a proibição da droga no mundo e posteriormente no Brasil. O segundo capítulo ainda subdivide-se em mais dois subcapítulos que abordam, primeiramente o uso e depois o tráfico de drogas no Brasil. No último terceiro e último capítulo são abordados os parâmetros de diferenciação das condutas e a falta de objetividade. Esse capítulo também subdivide-se em dois subcapítulos. O primeiro trata dos parâmetros mais objetivos de diferenciação das condutas, conforme a doutrina e a jurisprudência, e o segundo, do uso do poder discricionário nessa diferenciação das condutas, também conforme a jurisprudência e a doutrina.

1. DAS DROGAS

Neste capítulo serão apresentadas algumas drogas entre as mais comuns na sociedade brasileira e que estão mais presentes nos processos judiciais brasileiros, abordando suas características, origem, efeitos, problemas sociais e à saúde causados pelo uso dessas substâncias. Nesta abordagem é tratado sobre a maconha, cocaína, crack e por último o ecstasy.

O conceito de droga, segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde), é toda substância que, após ser ingerida, é capaz de modificar funções do indivíduo usuário¹. No Brasil é feita a distinção entre droga e entorpecente, sendo a primeira, de acordo com a definição da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998², substância ou matéria prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária, e a segunda, a substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes. O mesmo conceito é trazido no artigo 2º da Lei 11.343/2006.

Com o objetivo de combate e prevenção às drogas, a Lei 11.343/2006, ou como melhor conhecida, Lei de Drogas, instituiu o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas).³

1.1 Maconha

A maconha, cujo nome científico é *canabis sativa*, da família da *Moraceae*, é também muito conhecida como Marijuana, hashish, charas, ghanja, bhang, kef, orla e dagga⁴. É uma planta de origem da Índia que pode chegar aproximadamente a 5 metros de altura. Possui como características marcantes folhas digitadas e flores pequenas, amarelas e sem cheiro. Suas sementes são

¹ Franco, Paulo Alves. **Tóxico: tráfico e porte**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, pag. 17

²BRASIL. **LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 06 de out. de 2015.

³**Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial**. Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf>. Acesso em 06 de outubro de 2015.

⁴MORAES, Paula Louredo. **"Maconha"**; Brasil Escola. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/drogas/maconha.htm>>. Acesso em 06 de out. de 2015.

muito ricas em proteínas e carboidratos, utilizadas como alimento para muitos pássaros e também na produção de vernizes, sabões e óleos comestíveis⁵.

Os primeiros relatos da Maconha no Brasil datam desde a época do descobrimento, quando era usada nas velas das caravelas portuguesas. As sementes que muitas vezes eram trazidas por escravos e foram bastante disseminadas por negros escravos e índios. A planta era utilizada na produção de uma fibra chamada de cânhamo, muito resistente e durável, sendo bastante utilizada em velas de navios e também na confecção de cordas, cabos, esponjas e tecidos⁶.

A planta da maconha é formada por cerca de 400 substâncias. Entre estas substâncias encontram-se os chamados canabinoides. Um desses canabinoides é o tetra-hidrocarbinol conhecido como THC. Segundo o Instituto Nacional de Saúde, essa é a substância que está mais ligada aos efeitos causados no cérebro pelo uso da maconha. A quantidade de THC na planta varia levando em conta vários fatores, como por exemplo, o solo, o clima, estação do ano, o tempo da colheita, condições de plantio e a genética da planta.⁷

O uso mais comum da planta ocorre por meio do fumo, podendo ser enrolada a erva em um papel ou colocada em um cachimbo. Entre os efeitos causados pelo fumo da planta está a euforia, sonolência, perda da noção de tempo e espaço, perda da coordenação motora, perda temporária da memória, fome, olhos vermelhos, entre outros. O uso a longo prazo da erva pode causar efeitos e seqüelas permanentes, além de os usuários da maconha também estarem suscetíveis aos mesmos problemas que os usuários do tabaco, como asma, enfisema pulmonar, bronquite e o câncer. Todos os efeitos variam também em função da concentração do THC, quanto mais concentrado mais fortes os efeitos.⁸

Existe uma grande discussão sobre a possibilidade do uso da maconha causar dependência e sobre a sua legalização para fins medicinais. Muitos estudos nessa área são realizados, porém ainda não foi possível determinar se de fato a erva causa dependência química, pois não foi possível detectar o quanto de THC

⁵MORAES, Paula Louredo. "**Maconha**"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/drogas/maconha.htm>>. Acesso em 06 de out. de 2015.

⁶ARAÚJO, Marcelo Ribeiro; MOREIRA, Fernanda Gonçalves. **História das Drogas. Panorama Atual de Drogas e Dependências**. São Paulo: Editora Atheneu, p. 9 -14, 2006.

⁷Idem.

⁸Idem.

atinge a corrente sanguínea, uma vez que existem muitas variáveis na concentração como já visto acima.

Há relatos de que a *canabissativa* era utilizada como medicamento há mais de 5000 (cinco mil) anos na mesopotâmia e há 3000 (três mil) a.c no Egito, Índia e China, para o combate de febre, dores de cabeça, doença nos olhos, problemas reumáticos, epilepsias, entre várias outras doenças.⁹

A tendência mundial a respeito do uso da maconha como matéria prima para a fabricação de remédios é a de liberação. Atualmente 23 (vinte e três) Estados norte americanos já flexibilizaram as leis no sentido de permitir o uso da maconha para fins medicinais. No mesmo sentido, vários outros países no mundo vão aderindo a essa orientação, como é o caso do Reino Unido que além de ter autorizado, fabrica o remédio Sativex (produzido a partir dos dois principais compostos da planta, o tetraidrocannabinol (THC) e canabidiol (CBD). Esse medicamento já é exportado para 20 outros países, dentre eles a França, que aprovou, em 2014, a venda do medicamento. Em Israel, o uso da maconha é proibido, mas pode ser autorizado mediante solicitação ao Governo¹⁰. Na Holanda, desde o ano de 2003 é permitida a venda em farmácias, sendo controlada pelo seu respectivo Ministério da Saúde. No Brasil, o uso da droga, tanto para fins recreativos quanto medicinais, continua proibido.

No Brasil o uso da maconha e de outras drogas continua proibido até os dias de hoje, agora sob a regência da nova Lei nº 11.343/06¹¹. Porém, essa linha de pensamento vem mudando, tanto para o uso recreativo quanto para o uso terapêutico. Diversos grupos e movimentos sociais foram surgindo, principalmente

⁹ LOPES, Renato Malcher. Maconha, a Mais Antiga Revolução da Medicina. *Consulex* : revista jurídica, v. 18, n. 414, p. 38-39, abr. 2014

¹⁰ BRANDALISE, Camila; PEREZ, Fabíola. Maconha Medicinal no Brasil. In: *Isto é*, v. 38, n. 2322, p. 56-61, maio 2014

¹¹ A lei 6368/76 dispunha sobre “medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências”. Foi revogada em 2006, pela Lei 11.343/06, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD.

nas duas últimas décadas, apontando diversos pontos benéficos, segundo o médico Wagner Cezário¹²:

Os benefícios: ajuda na circulação do sangue e regula os batimentos cardíacos; pode ser usada como tratamento contra o câncer (alívio contra as dores); pode ser usada contra a desnutrição e anorexia, já que o seu consumo estimula o apetite; para as mulheres, ajuda a aliviar a TPM; ajuda a acalmar pessoas que têm síndrome de Tourette (tiques, espasmos e movimentos repentinos); pesquisas revelam que é favorável ao combate da dependência do crack e da cocaína, devido ao seu eficaz combate à ansiedade.

Os malefícios: o consumo da maconha diminui a produção de testosterona (hormônio masculino responsável pela produção de espermatozoides); durante longo uso, diminui a capacidade de memorização, além da falta de motivação para realizar tarefas; reduz a imunidade das pessoas em relação às doenças; causa taquicardia, ou seja, elevação crítica dos batimentos cardíacos; os usuários são mais vulneráveis a ter câncer de pulmão devido à fumaça produzida pelo consumo da maconha; perda de noção do tempo e do espaço; pode causar também a falta de atenção aos acontecimentos ao seu redor.

Um caso ocorrido no Brasil e que foi marcante, representando um passo para a liberação da droga para uso terapêutico, foi o caso Anny Fischer, que é portadora de uma doença raríssima e muito grave, decorrente de mutações em um dos genes, chamada encefalopatia epilética infantil precoce tipo 2 (EIEE2). A doença se manifestou ainda quando ela era recém-nascida, tendo sido submetida a diversos tratamentos e cirurgias que não deram resultado. Após várias pesquisas, resolveram tentar tratamento com um medicamento produzido a base do canabidiol (CBD), cujo uso é proibido, assim como a comercialização. Após ser retido o medicamento pela ANVISA, pois era importado de maneira ilegal, a criança, representada por sua mãe, entrou na justiça tentando a liberação, uma vez que apresentou resultados positivos significativos no combate à doença.¹³

O processo está em trâmite na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, tendo sido concedida antecipação da tutela para que a ANVISA se

¹² PIRES, Rita. Vários estados legalizam o consumo da maconha no País. 2012. Disponível em <<http://www.nossagente.net/varios-estados-legalizam-o-consumo-da-maconha-no-pais>>. Acesso em 10 de out. de 2015.

¹³ Bueno, Fernanda Silva. **A concretização do direito à saúde pelo poder judiciário: o caso de Anny Fischer.** 24-Mar-2015. Disponível em <<http://hdl.handle.net/235/6135>>. Acesso em 10 de out. de 2015.

abstenha de impedir a importação do medicamento. O Juiz Federal responsável pelo caso proferiu a decisão com fundamento na garantia dos direitos fundamentais à vida e à saúde, diante da melhora significativa da saúde da criança.

No ano de 2015, a ANVISA retirou o canabidiol da lista F2, composta por substâncias psicotrópicas de uso proibido no Brasil, integrando-a na lista C1, que reúne substâncias sujeitas a controle especial, sob argumento de que não causa os mesmos efeitos psicoativos do THC, sendo incorreto mantê-lo na lista F2. A decisão foi tomada com base no relatório feito pela coordenadoria de produtos controlados pela Agência. Além disso, um mês antes da decisão da ANVISA, o Conselho Federal de Medicina (CFM) decidiu por autorizar que os médicos possam prescrever o medicamento para crianças portadoras da doença, que não responderam ao tratamento convencional.¹⁴

Embora exista o lado benéfico do uso da maconha, como na produção de medicamentos, ela continua sendo uma das drogas, se não a mais traficada no mundo. O Brasil já foi um dos maiores produtores de maconha do mundo, com destino para o tráfico, e segundo o último senso realizado pela ONU, o país representa o segundo maior mercado das Américas, com aproximadamente 870 mil usuários, perdendo no número apenas para os Estados Unidos, com cerca de 6 milhões de usuários.¹⁵

O plantio da droga ocorre na região conhecida como Polígono da Maconha, que cobre as cidades de Salgueiro, Floresta, Belém de São Francisco, Cabrobó, Orocó, Santa Maria da Boa Vista e Petrolina, região quente e seca banhada pelas águas do rio São Francisco. Carnaubeira da Penha e Betânia, mesmo distantes do Rio São Francisco, também fazem parte, sendo todas no Estado de Pernambuco. Ao norte da Bahia, as cidades fronteiriças Juazeiro, Curaçá,

¹⁴ ANDRADE, Thamires. **Anvisa Libera o Uso Controlado de Canabidiol**. 2015. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2015/01/14/anvisa-libera-uso-controlado-do-canabidiol.htm>>. Acesso em 10 de out. de 2015.

¹⁵ **Estatística Atual de Usuários de Drogas no Brasil**. Disponível em: <<https://prevencaoousoindevidadedrogas.wordpress.com/estatistica-atual-de-usuarios-de-drogas-no-brasil/>>. Acesso em 14 de out. de 2015.

Glória e Paulo Afonso, completam a região do polígono da maconha e são todas rastreadas pela Polícia Federal¹⁶.

Graças ao forte combate feito pela Polícia Federal e as polícias locais, com o objetivo de erradicar o cultivo da planta, a região perdeu um pouco de força, mas continua sendo a região com maior concentração de maconha do país e responsável por abastecer, pelo menos, o comércio ilegal da droga na região Nordeste.

O cultivo da maconha nessa região do país representa um grave problema social, segundo o sociólogo Paulo Cesar Fraga. A maioria das cidades que fazem parte do Polígono da Maconha sofrem com a falta de infra-estrutura e investimentos por parte dos governos estaduais. São cidades que por estarem localizadas próximas ao rio São Francisco, quando não banhadas por ele, apresentam boas condições para agricultura, fazendo com que o pequeno agricultor entre para o ramo do plantio da *canabis sativa*, chegando a render aproximadamente entre R\$ 150,00 a R\$ 200,00 por quilo vendido. Existem vários outros problemas, dentre eles as várias prisões de trabalhadores rurais, que são flagrados praticando a lavoura, mas que muitas vezes não possuem índole voltada para o crime, estando apenas procurando um meio de sobrevivência¹⁷.

Porém não é a maconha produzida na região do polígono da maconha que abastece a maior parte do mercado da droga. A maconha responsável por abastecer a maior parte do Brasil, principalmente os Estados das regiões Sul, Sudeste e Centro Oeste, é produzida no Paraguai e trazida para o Brasil por pessoas que são pagas para fazer o transporte, conhecidas como “mulas”, pela enorme fronteira brasileira.

Segundo dados da ONU (Organização das Nações Unidas), o Paraguai é o maior produtor de maconha da América do Sul, sendo responsável por cerca de

¹⁶PELLEGRINI, Marcelo. Maconha brasileira abastece 40% do mercado nacional. 2015. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-produz-40-da-maconha-que-consome-3589.html>>. Acesso em 14 de out. de 2015.

¹⁷Idem.

80% da maconha que entra no Brasil. Esses números vêm se confirmando com a quantidade de apreensões da droga originária do país vizinho¹⁸.

1.2 Cocaína

A cocaína é o principal alcalóide do arbusto *Erythroxylon*, natural das encostas andinas e cultivadas nas regiões planálticas e região noroeste da Amazônia legal. Existem cerca de 200 espécies do mesmo gênero, sendo apenas 17 delas utilizadas na produção da droga cocaína. A espécie mais cultivada da planta, *E. coca* variedade *coca*, é cultivada em grande área nas encostas orientais dos Andes, desde a Bolívia até regiões centrais do Equador. A outra espécie muito cultivada é a *E. ipadu*, entre o sul da Colômbia até a bacia Amazônica no Brasil, sendo muito cultivada por índios, não tendo essa espécie altas taxas do alcalóide. A concentração de alcalóides varia de acordo com a espécie da planta e a altitude em que é cultivada, sendo que, quanto maior a altitude maior a concentração.¹⁹

O produtor inicia o processo por meio de queimada, depositando logo em seguida as sementes, que germinam em aproximadamente 20 dias e a planta alcança a maturidade entre os 12 a 24 meses subseqüentes, podendo atingir cerca de nove metros de comprimento, porém costuma ser podada quando chega a 2 ou 3 metros, já que a colheita da folha é feita manualmente. Após a colheita, as folhas são levadas para secagem que dura aproximadamente 6 horas completando o processo.²⁰

Após o processo de secagem, é iniciada a conversão da folha de coca para pasta e subseqüente para a forma de pó, cientificamente chamado de cloridrato de cocaína. Normalmente a produção da pasta ocorre próximo às áreas de plantio, para facilitar o transporte. A transformação em pasta é feita por uma mistura de várias substâncias químicas e solventes como querosene, bicarbonato de sódio e outras soluções ácidas. Na transformação de pasta para pó, é tratada a pasta com

¹⁸ SAVARESE, Mauricio. **Paraguai é origem de 80% da maconha vendida no Brasil, diz ONU**. 2012. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/02/28/paraguai-e-origem-de-80-da-maconha-vendida-no-brasil-diz-onu.htm>>. Acesso em 14 de out. de 2015.

¹⁹ DRUG ENFORCEMENT AGENCY: **Coca cultivation and cocaine processing: na overview**, Executive Summary, 1993.

²⁰ DRUG ENFORCEMENT AGENCY: **Coca cultivation and cocaine processing: na overview**, Executive Summary, 1993.

ácido hipoclorídrico. Como todas essas substâncias são de fácil acesso por qualquer pessoa e podem ser substituídas por qualquer outra que produza o mesmo efeito, tornam-se mais difíceis a fiscalização e o combate à produção da pasta de cocaína, exigindo equipamentos especiais e treinamento específico. Normalmente os laboratórios ou ficam próximos a rios ou possuem pistas de pouso clandestinas para facilitar o posterior tráfico.²¹

Segundo a DEA (Drug Enforcement Agency), no ano de 1993, os principais laboratórios de produção da cocaína localizavam-se na Bolívia, Peru e Colômbia, sendo que nos dois primeiros concentravam-se os laboratórios que faziam a conversão em pasta e, na Colômbia, os principais responsáveis por transformar a pasta em pó.²²

Assim como a maconha, a cocaína já foi usada para vários fins, como por exemplo, na fabricação de vinhos franceses em 1863, chegando a ser recomendado o uso por papas, médicos, reis e grandes personalidades do século XIX. Na mesma época, nos Estados Unidos, foi relatado o uso do extrato da coca como cura para o alcoolismo e morfinismo. Até mesmo o famoso médico neurologista Sigmund Freud chegou a realizar pesquisas e experimentos com a droga, fazendo auto-administração dela e em sua esposa e, finalmente, em seus pacientes. Freud escreveu um livro no qual recomendava a cocaína para o tratamento da depressão, nervosismo, dependência de morfina e álcool, doenças digestivas e asma. Porém, ao tentar aliviar a dor de um amigo, que sofrera amputação da perna, substituindo o uso de morfina por quantidades crescentes de cocaína subcutânea, causou um quadro permanente de paranóia e delírios. O famoso médico foi acusado de irresponsabilidade no exercício da profissão e quatro anos mais tarde, Freud mudou seu ponto de vista em relação ao uso da droga.²³

Anos se passaram e as pesquisas com a cocaína continuaram, sempre no sentido de buscar um fim terapêutico, principalmente como efeito anestésico. Na década de 80 do século XIX, a cocaína virou uma febre nos Estados Unidos,

²¹DRUG ENFORCEMENT AGENCY: **Coca cultivation and cocaine processing: na overview**, Executive Summary, 1993.

²²Idem.

²³LEITE, Marcos da Costa. **Cocaína e crack: dos fundamentos ao tratamento**. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul LTDA, 1999.

chegando a ser criado tônico para curar doenças nervosas, que mais tarde, virou a bebida Coca-Cola. Na última década do século XIX, devido à fácil comercialização e acesso à droga, diante da ausência de normas proibitivas, os Estados Unidos começaram a legislar sobre a droga com o intuito de coibi-la. A sociedade começava a perceber que a sensação de poder e euforia decorrente do uso ia desaparecendo com o tempo. Além disso, a imprensa norte americana começou a divulgar que o uso da droga estava associado a castas étnicas, relacionando o uso ao comportamento criminal. Movimentos sociais surgiram pressionando o governo a coibir o uso das drogas psicoativas e do álcool, o que resultou na Lei Seca no início do século XX. Com leis rígidas e severas, somadas as pressões populares, praticamente foi extinto o uso da droga.²⁴

Na década de 70 do século XX, o consumo da cocaína voltou a crescer, ficando bem popular o uso por atletas, o que reforçava a ilusão de que era uma droga segura. Pesquisas foram realizadas em todos os sentidos, principalmente psiquiátricas, tanto no sentido de coibir por fazer mal a saúde, quanto no sentido de que era uma droga segura.²⁵

No Brasil, a história não foi muito diferente. Considerado um dos maiores corredores de tráfico de drogas do mundo, a cocaína trouxe uma série de problemas sociais e ambientais, chegando a atingir os mesmos números de países de primeiro mundo. Em 1921, começaram a ser criadas leis proibitivas restringindo o consumo, seguindo as mesmas tendências de outros países como Estados Unidos, permanecendo proibido até os dias de hoje.²⁶

A cocaína continua sendo considerada uma das drogas mais perigosas, sendo classificada pela ANVISA na lista F1, em que estão as substâncias entorpecentes mais perigosas a saúde²⁷. Essa droga pode ser usada por via nasal, fumando (quando na forma de pasta) e pode ser injetável por meio de seringas. Tem como principais efeitos uma rápida e intensa euforia e sensação de poder, seguida

²⁴ LEITE, Marcos da Costa. **Cocaína e crack: dos fundamentos ao tratamento**. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul LTDA, 1999.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ ANVISA. **Lista de Substância Proscritas no Brasil**. Disponível em: <emhttp://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/49d5ae804fb7cf5cae51ff9a71dcc661/Lista+de+subst%C3%A2ncias+proscritas+-+Port+344-98.pdf?MOD=AJPERES>>. Acesso em 17 de out de 2015.

de uma forte depressão ao final do efeito da droga. A longo prazo, o uso da cocaína leva a uma tolerância do organismo fazendo com que o usuário necessite cada vez de maiores quantidades da droga. Além da perda de apetite e do sono, pode causar alucinações, psicopatia e forte depressão. Em curto prazo, causa a perda do apetite, aumento da pressão arterial, perturbações no sono, alucinações, entre várias outras conseqüências.²⁸

Além de todos os problemas à saúde que o uso da cocaína pode ocasionar, principalmente a fácil dependência química, por ser de custo alto, leva a que diversas pessoas viciadas na droga se desfaçam de seus bens, vendendo-os com o fim de conseguir dinheiro para sua obtenção.

O valor da droga varia muito, dependendo primeiramente da concentração de alcalóide da planta, depois dependendo de onde foi cultivada e colhida (quanto mais longe e difícil acesso mais caro fica), onde será vendida e principalmente a pureza (quanto mais pura, mais cara). Quando a droga chega ao traficante de rua, responsável por vender diretamente para os usuários, muitas vezes é misturada com outras substâncias semelhantes, como gesso em pó, pó de giz, entres outros produtos, para render mais e aumentar o lucro.

Apesar de toda movimentação estatal no combate às drogas, segundo o senso realizado pelo Ministério da Justiça em 2005, ficou constatado que o número de usuários de drogas aumentou, tendo os de cocaína aumentado 0,6% em relação ao senso de 2001, seguindo a tendência de continuar aumentando conforme indica o Relatório Mundial sobre Drogas realizado pela ONU em 2014²⁹. O mesmo relatório demonstrou que o Brasil aparece como um dos maiores mercados da droga, tendo a média de consumo de cocaína quatro vezes maior do que a média dos outros países que participaram do relatório, indicando crescimento significativo no Chile e na Costa Rica³⁰.

Hoje o maior produtor e exportador de Cocaína para o Brasil e que destina África e Europa é a Bolívia, responsável por cerca de 60% a 80% da droga

²⁸Fundação Para um Mundo Livre de Droga. **A Verdade Sobre a Cocaína**. Disponível em: <<http://br.drugfreeworld.org/drugfacts/cocaine/effects-of-cocaine.html>>. Acesso em: 17 de out de 2015.

²⁹Ministério da Justiça. **II Levantamento Domiciliar sobre o uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil 2005**. Disponível em: <<http://vivario.org.br/onu-divulga-relatorio-anual-de-drogas/>>. Acesso em: 17 de out de 2015.

³⁰Idem.

que entra no Brasil, e o terceiro maior produtor mundial de cocaína, perdendo apenas para Colômbia e em terceiro lugar aparece o Peru.³¹

1.3 Crack e Merla

Tanto o crack como a merla são derivados da pasta-base da cocaína, ou seja, são subprodutos da cocaína e portanto são drogas muito próximas. Ao que resta da pasta-base da cocaína são adicionados mais produtos químicos, formando essas drogas, que embora consideradas de categoria mais baixa, produz um efeito mais violento que o da cocaína.

O crack surgiu na década de 70 do século XX, época em que o mercado ilegal da cocaína estava em alta, enormes quantidades de cocaína eram produzidas e exportadas, principalmente para os Estados Unidos. Com a grande quantidade de droga à disposição e facilidade de se adquirir a droga, houve uma grande queda no seu preço de aproximadamente 80% do seu valor. Para evitar prejuízo os traficantes criaram o crack, um derivado da cocaína mais poderoso e mais barato. Eram adicionadas a pasta ou ao pó outras substâncias como bicarbonato de sódio ou amônia, água e depois era aquecido, transformando-se em pedra.³²

No início da década de 80, foi relatado o uso do crack em algumas cidades americanas, como Los Angeles, San Diego e Houston. Em 1986, já existiam relatos de que a droga poderia ser encontrada em pelo menos 26 Estados norte americanos e no ano seguinte foi relatado que estava disponível em todo o território americano, exceto em quatro Estados. Entre os anos de 1984 e 1990, os Estados Unidos sofreram como a chamada “Epidemia do Crack”. Nos anos seguintes a droga continuou a ser difundida em toda a América, no norte e principalmente no sul, e posteriormente na Europa. No ano de 2002 foi a vez do Reino Unido sofrer a “epidemia do crack”. A maioria dos usuários de crack na Europa encontra-se em três cidades: Londres, Hamburgo e Paris. A França, atualmente, convive com maiores

³¹ BUSTILLOS, Gerardo. **Cocaína da Bolívia, um problema grave para o Brasil**. Disponível em: <<http://www.antidrogas.com.br/mostraartigo.php?c=2994&msg=Coca%EDna%20da%20Bol%EDvia,%20um%20problema%20grave%20para%20o%20Brasil>>. Acesso em: 17 de out de 2015.

³² Vidas Sem Drogas. **Cocaína**. Disponível em: <<http://www.vidasemdrogas.org/cocaina.html>>. Acesso em 18 de out de 2015.

problemas com a droga, existindo relatos de que seus territórios extracontinentais (Guadalupe, Guiana Francesa e Martinica) possuem números significantes de usuários da droga.³³

Como principais efeitos da droga estão ressecamento de parte do sistema respiratório, congestão nasal, danos ao pulmão, cansaço intenso, depressão, quadros de paranóia, comportamento violento.³⁴

Segundo a pesquisa realizada pela Fundação Fiocruz, encomendada pelo Ministério da Justiça, o Brasil possui cerca de 370 mil usuários de crack (dentro desse número estão os usuários de merla e oxi)³⁵. A maior parte desse número está concentrada na região nordeste, chegando a 40% do número de usuários, seguida pela região sudeste³⁶. Esse número coloca o Brasil no topo do ranking de maior mercado de crack do mundo.³⁷

A merla, também é feita a partir do substrato da cocaína, segue os mesmos princípios e formas de uso do crack, porém é capaz de produzir efeitos mais devastadores. A droga é feita a partir da mistura de ácido de bateria, querosene ou gasolina e éter, entre outras substâncias químicas. Quanto aos efeitos, são praticamente os mesmos do crack, sendo que mais fortes, podendo causar queimaduras internas, da gengiva, garganta e até a perda dos dentes, devido à grande quantidade de ácidos misturados³⁸.

1.4 Ecstasy

O ecstasy surgiu no ano de 1912 na Alemanha. Foi criado por uma companhia de produtos farmacêuticos chamada Merck. No início tinha o nome de

³³ Fundação Para Um Mundo Livre das Drogas. **Crack: Uma Breve História**. Disponível em: <<http://br.drugfreeworld.org/drugfacts/crackcocaine/a-short-history.html>>. Acesso em: 18 de out de 2015.

³⁴ Vidas Sem Drogas. **Cocaína**. Disponível em: <<http://www.vidasemdrogas.org/cocaina.html>>. Acesso em: 18 de out de 2015.

³⁵ Brasil realiza pesquisa sobre o uso do crack. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/09/brasil-realiza-pesquisa-sobre-o-uso-do-crack>>. Acesso em 18 de out de 2015.

³⁶ PORTELA, Graça. **Livro digital da Pesquisa Nacional sobre o Uso de Crack é lançado**. Disponível em: <<https://www.iciet.fiocruz.br/content/livro-digital-da-pesquisa-nacional-sobre-o-uso-de-crack-%C3%A9-lan%C3%A7ado>>. Acesso em: 18 de out de 2015.

³⁷ LEITÃO, Thais. **Número de usuários de crack chega a 370 mil nas capitais**. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-09-19/numero-de-usuarios-de-crack-chega-370-mil-nas-capitais>>. Acesso em 18 de out de 2015.

³⁸ Anti Drogas. **Merla**. Disponível em: <<http://www.antidrogas.com.br/merla.php>>. Acesso em: 18 de out de 2015.

MDMA, sigla do composto químico na qual é produzida a droga, ometilenodioximetanfetamina. Em 1953 foi usada pelo exército norte-americano em testes de guerra psicológica e ficou conhecida como a droga da verdade. Nos anos 60 foi muito utilizada como medicamento de psicoterapia para “inibições” mais baixas. Mas foi na década de 70 que o ecstasy começa a aparecer como uma droga bastante usada em festas privadas, que tempos depois se tornaram as festas “raves”.³⁹

Nos anos 80 do século XX, a droga estava a ser promovida como a última descoberta na contínua pesquisa pela busca da felicidade através de substâncias químicas. Até o ano de 1984 a droga era liberada nos Estados Unidos, porém no ano seguinte ela foi proibida por questões de segurança. Dessa década até os dias de hoje, o Ecstasy se tornou um abrangente termo de “marketing” para os traficantes venderem esse tipo de droga, por produzir efeitos de euforia e bem estar no usuário⁴⁰. Além disso, outro atrativo dessa droga é que o usuário não precisava subir ou entrar em favelas para conseguir a droga. Sempre foi uma droga mais utilizada por pessoas de classe social mais elevada.⁴¹

O ecstasy varia muito em relação aos seus efeitos, potência e duração de efeitos, dependendo da quantidade de MDMA que existe em cada comprimido, que é a sua forma mais comum, podendo ser identificada, normalmente, pela cor e “logotipo” imprimido na droga, que são definidos pelos traficantes que a fabricam. A droga pode variar na concentração de MDMA, contendo pouco ou muito, podendo até serem misturadas em sua composição outras drogas como cocaína, heroína, LSD entre outros produtos químicos que possuam efeitos entorpecentes⁴².

O uso do ecstasy possui muitos efeitos, dependendo do tempo de uso. O uso em curto prazo tem como efeito a confusão, depressão, problemas de insônia, ansiedade extrema, paranóia, tensão muscular, entre outros. Em longo prazo, o ecstasy pode causar sérios problemas à saúde como danos cerebrais que afetam o

³⁹ Fundação Para Um Mundo Livre Das Drogas. **A Verdade Sobre o Ecstasy: O que é o Ecstasy?**. Disponível em <<http://br.drugfreeworld.org/drugfacts/ecstasy/what-is-ecstasy.html>>. Acesso em: 18 de out de 2015.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ QUEIROZ, Vinícius Eduardo. **A Questão das Drogas Ilícitas no Brasil**. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Economia292028>>. Acesso em: 18 de out de 2015.

⁴² Fundação Para Um Mundo Livre Das Drogas. **A Verdade Sobre o Ecstasy: O que é o Ecstasy?**. Disponível em <<http://br.drugfreeworld.org/drugfacts/ecstasy/what-is-ecstasy.html>>. Acesso em 18 de outubro de 2015.

pensamento e a memória, falhas renais, hemorragias, psicose, colapso cardiovascular, convulsões e até mesmo a morte.⁴³

A droga ecstasy surgiu em países desenvolvidos, por lá ganharam espaço no mercado das drogas e fama, depois começaram a ser exportadas principalmente para países em desenvolvimento, como o Brasil, que além de “bom” consumidor de drogas, sempre foi rota de distribuição de drogas para o mundo⁴⁴. Ocorre que no ano de 2010, conforme o relatório da UNDOC, escritório da ONU sobre drogas, o Brasil deixou o rol de maiores consumidores e apareceu entre os principais países exportadores da droga, invertendo por completo o trajeto da droga. Pelo mesmo relatório pode se constatar que a maior concentração de usuários da droga está localizada principalmente na região sul e sudeste do país, regiões inclusive conhecidas por terem as melhores festas “raves”.⁴⁵

2. Da Criminalização das Drogas

Como já visto no capítulo acima, as drogas nem sempre foram proibidas e criminalizadas, aliás, eram minimamente criminalizadas, tendo o significado de drogas na segunda metade do século XIX variado bastante do significado atual. Algumas drogas (no significado atual) eram liberadas para uso e na maioria das vezes apareceram com objetivo e função terapêutica (maconha, cocaína, ópio e ecstasy).

A criminalização das drogas começou a ocorrer no final do século XIX e tem como protagonista os Estados Unidos, responsável por dar início à idéia quando criou sua política criminal no combate as drogas. No início a estratégia criminal era voltada para uma política externa, visto que as principais drogas que assombrava os

⁴³Fundação Para Um Mundo Livre Das Drogas. A Verdade Sobre o Ecstasy: Efeitos a curto e longo prazo. Disponível em <<http://br.drugfreeworld.org/drugfacts/ecstasy/short-long-term-effects.html>>. Acesso em 18 de outubro de 2015.

⁴⁴NOGUEIRA, Ítalo. Brasil é Listado em Grupo Exportadores de Ecstasy. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2010/06/755638-brasil-e-listado-em-grupo-de-exportadores-de-ecstasy.shtml?mobile>>. Acesso em 22 de outubro de 2015.

⁴⁵UNDOC. World DrugReport 2014. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2014/06/World_Drug_Report_2014_web_embargoed.pdf>. Acesso em 22 de outubro de 2015.

norte-americanos eram trazidas de fora (cocaína vinda da América do sul e o ópio vindo de países orientais, principalmente da Índia e da China).⁴⁶

Diversos fatores econômicos, políticos e sociais levaram ao proibicionismo. Certamente o que mais contribuiu com essa política foi o fator econômico. No início da segunda metade do séc. XIX, mais precisamente entre 1856 e 1860, do outro lado do mundo, a Inglaterra havia entrado em guerra com a China, que ficou conhecida como segunda Guerra do Ópio, que posteriormente levou a proibição do comércio do ópio⁴⁷. Como o ópio era permitido apenas para criação de substâncias farmacêuticas, o interesse econômico das empresas produtoras de cosméticos aumentou, pois visavam obter o monopólio do ópio, eliminando e combatendo o comércio ilegal.

Além disso, os fatores sociais também exerceram forte influência. A ascensão da classe média que adotava um discurso de ordem e a incidência de parte mais conservadora da sociedade cristã também contribuiu com seu discurso de pureza moral. Por fim, o aumento da violência, principalmente nas cidades que tinham uma população com grande quantidade de negros e hispânicos, foi associado ao consumo de drogas.⁴⁸

A forte campanha de política criminal de combate às drogas, a proibição do comércio do ópio e a difusão de tal política criminal pelo mundo deram início a diversas reuniões envolvendo várias nações, incluindo o Brasil, no início do século XX, como a Conferência de Xangai em 1909 e a Convenção de Haia em 1912. Com a Primeira Guerra Mundial houve uma pausa nas reuniões, mas em 1920 a política criminal volta com força, ano em que publicada a Lei Seca norte americana, que combatia fortemente tanto o comércio de bebidas alcoólicas quanto as drogas. Essa Lei foi exemplo para vários países do mundo que seguiram esse modelo, incluindo

⁴⁶CARVALHO, Jonatas Carlos de. **UMA HISTÓRIA POLÍTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL; A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA NACIONAL**. Disponível em: <http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carvalho_histria_politica_criminalizao_drogas_brasil.pdf>. Acesso em: 01 de nov de 2015.

⁴⁷SUA PESQUISA. **Guerra do Ópio**. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/historia/guerra_do_opio.htm>. Acesso em: 01 de nov de 2015.

⁴⁸CARVALHO, Jonatas Carlos de. **UMA HISTÓRIA POLÍTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL; A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA NACIONAL**. Disponível em: <http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carvalho_histria_politica_criminalizao_drogas_brasil.pdf>. Acesso em: 01 de nov de 2015.

Brasil, que embora não tivesse uma legislação específica de combate às drogas, aderiu às recomendações da Convenção de Haia de 1912. Em 1921 foi criada a primeira Comissão Consultiva do Ópio e Outras Drogas Nocivas⁴⁹. Em 1932 o Brasil coloca em vigor a Consolidação das Leis Penais na qual possui previsão proibicionista de algumas drogas. Em 1936, o Brasil adere à Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, promulgada pelo decreto 2.994, de 17 de agosto de 1938, no Brasil.⁵⁰ No mesmo ano foi publicado o Decreto-Lei 891, pelo Governo Federal, que ficou conhecida como Lei de Fiscalização de Entorpecentes

Daí por diante várias convenções no combate às drogas foram realizadas, destacando-se a Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes em 1961, a Conferência Internacional sobre o Abuso de Drogas e Tráfico Ilícito em 1977 e por fim, em 1988, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas em Viena, onde é finalizado o texto, entrando em vigor internacional em 1990.⁵¹

Em 1973 o Brasil aderiu ao Acordo Sul- Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos e em 1976 colocou em vigor a Lei nº 6368/1976, sendo a primeira Lei específica de combate às drogas. Pode-se destacar dessa lei a previsão de penas privativas de liberdade tanto para o tráfico como para quem portasse a droga para uso pessoal. Além de fixar a necessidade da realização de exames toxicológicos para comprovar o uso.⁵²

Em 2002 ocorreu a primeira tentativa de alterar a Lei 6368/1976 diante das varias discussões na área do direito sobre a ineficácia da lei de drogas, além da tão criticada previsão de pena privativa de liberdade para usuário, somadas ao

⁴⁹ CARVALHO, Jonatas Carlos de. **UMA HISTÓRIA POLÍTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL; A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA NACIONAL**. Disponível em: <http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carvalho_historia_politica_criminalizacao_drogas_brasil.pdf>. Acesso em: 01 de nov de 2015.

⁵⁰ KARAM, Maria Lucia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/10_Drogas%20-%20legislacao%20brasileira.doc?1286477113>. Acesso em: 01 de nov de 2015.

⁵¹ CARVALHO, Jonatas Carlos de. **UMA HISTÓRIA POLÍTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL; A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA NACIONAL**. Disponível em: <http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carvalho_historia_politica_criminalizacao_drogas_brasil.pdf>. Acesso em 01 de nov de 2015.

⁵² **História do combate às drogas no Brasil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>. Acesso em: 01 de nov de 2015

clamor popular que só aumentava na busca por mais efetividade da segurança pública, contrariando as principais doutrinas penalistas que pregavam a insubsistência do agravamento de penas como meio de conter as práticas delituosas. Essa pressão popular fez com que o legislador movimentasse, sendo criada a Lei nº 10.409/2002, que tinha o objetivo de renovar o ordenamento jurídico nessa seara do direito penal.⁵³

Ocorre que a Lei 10.409/2002 foi duramente criticada pelos principais doutrinadores e acabou por sofrer diversos vetos pelo Presidente da República, sob o fundamento de que era muito ofensiva à Constituição Federal e ao interesse público. Com boa parte vetada, a lei ficou completamente descaracterizada, passando a vigor em conjunto com a Lei 6.368/76.⁵⁴

Como o tema ainda era muito relevante e a lei recém criada não conseguiu atingir seu objetivo, foi criado outro projeto legislativo e finalmente em 2006 foi aprovada a nova lei de drogas, a Lei nº 11.343, sob muitos debates e alterações pelo Congresso Nacional. Após alguns vetos presidenciais, foi sancionada.

A doutrina penal faz bastantes críticas a essa lei que mais uma vez foi vítima da urgência e acabou por conter diversas falhas.⁵⁵

2.1 Do Uso no Brasil.

No Brasil, até a segunda década do século XX não existia uma legislação específica que tratasse da proibição do uso de droga. Somente no ano de 1921 é que o Brasil começa a seguir a tendência norte-americana e a participar das convenções internacionais, que inicialmente debatiam a proibição do ópio e foram se expandindo até chegar às drogas atuais, evoluindo o próprio conceito de droga.

Contudo, como já visto, a maioria das drogas surgiram na tentativa de produzir produtos farmacêuticos visando a cura de doenças e o tratamento de

⁵³ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem.

problemas psicológicos. Buscando nos ordenamentos já vigentes no Brasil, encontra-se desde as Ordenações Filipinas⁵⁶, ordenamento jurídico português, mas que era vigente no Brasil Colônia, a previsão de algo próximo ao que seria uma proibição do uso das drogas. Na verdade o ordenamento faz referência a substâncias consideradas como veneno, assim transcritas:

TITULO LXXXIX

Que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem o venda nem outro material venenoso (1).

Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello (2), nem solimão (3), nem água delle, nem escamonéa (4), nem ópio, salvo se for Boticário examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar de officio.

E qualquer outra pessoa que tiver em sua dita caza uma das ditas cousas, para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem acusar, e seja degradado para Africa até nossa mercê.

Segundo o historiador Henrique Soares Carneiro, a primeira lei brasileira de que se tem registro histórico, sobre drogas, é uma regulamentação da venda de medicamentos pelos Boticários, que data o ano de 1830. O Sociólogo Paulo Cesar Pontes Fraga diz que no Código Penal do Brasil Império (1851) não havia nenhuma referência a proibição ou regulamentação do uso ou da venda de drogas. Somente no Código Penal de 1890, quando Brasil já era uma república, é que se tem uma previsão de regulamentação de quem vendesse ou ministrasse substâncias consideradas como venenosas⁵⁷.

No início do século XX, com todo movimento de países no combate as drogas, principalmente os Estados Unidos, são estabelecidas diversas convenções pelo mundo, com o Brasil participando e sendo signatário da maioria, sempre procurando elaborar e aprimorar a legislação no combate às drogas.

⁵⁶ **Ordenações Filipinas.** Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 14 de nov. de 2015.

⁵⁷ PELLI, Ronaldo. **Histórico da Criminalização de Drogas.** Disponível em: <<http://rhbn.com.br/secao/reportagem/historico-da-criminalizacao-de-drogas>>. Acesso em: 14 de nov. de 2015.

Em 1938 foi publicado o Decreto-lei 891, pelo Governo Federal⁵⁸, que ficou conhecido como Lei de Fiscalização de Entorpecentes, regulamentando quais substâncias eram consideradas entorpecentes, a produção, o tráfico e o consumo, bem como, a internação e a interdição civil, as infrações e suas respectivas penas e, por fim, a fiscalização.⁵⁹

O Código Penal de 1940⁶⁰, vigente até os dias de hoje, trazia em seu art. 281, posteriormente revogado, a tipificação como crime e a previsão de pena para o tráfico e o uso de drogas:

“Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar ao consumo substância entorpecente. Pena: 1 a 5 anos de reclusão e multa de 2 a 10.000 cruzeiros.”

A crítica a esse artigo vem do fato dele não fazer uma distinção entre o traficante e os usuários, fazendo com que algumas vezes o usuário ficasse impune, conforme é possível ver na jurisprudência da época:

“Entorpecentes Maconha – Compra – Venda Surpreendidos ambos os réus em flagrante, quando um vendia ao outro cigarros de maconha, caracteriza-se quanto ao primeiro, o delito de tráfico de entorpecentes, confirmando-se a sentença; quanto ao segundo, inexistindo prova de que os cigarros adquiridos não se destinassem ao próprio uso pessoal, o qual não constitui crime, dá-se provimento a apelação para absolve-lo. Apelação nº 2.664, da Capital em 25-11-65, Rel. Dês. Nicolau Calmon, in Ver. Bahia Forense, vol. 5º, p 310, 1967. 18 Maconha – Delito não provado – Apelação provida O crime previsto no art. 281, do Código Penal, refere-se ao tráfico de maconha, e não ao uso pessoal pelos viciados. Inexistindo prova nos autos da prática do aludido tráfico, e suscitando o auto de flagrante sérias dúvidas sobre a quantidade de maconha apreendida, e se realmente o réu a trazia consigo, dá-se provimento à apelação, para cassar a sentença condenatória. Ac. Unân. Da 1º Câm. Crim. do

⁵⁸ CARLINI, Elisaldo Araújo. **A História da Maconha no Brasil** *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, v. 55, n. 4, p. 314-317, 2006.

⁵⁹ JusBrasil. **Lei de Fiscalização de Entorpecentes - Decreto-lei 891/38 | Decreto-lei no 891, de 25 de novembro de 1938**. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/110787/lei-de-fiscalizacao-de-entorpecentes-decreto-lei-891-38>>. Acesso em: 09 de abr. de 2016.

⁶⁰ JusBrasil. **Código Penal - Decreto-lei 2848/40 | Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91614/codigo-penal-decreto-lei-2848-40#art-281>>. Acesso em: 14 de nov. de 2015.

TJBA, Apelação nº 2.818, da Capital em 24-06-68, rel. Dês. Aderbal Gonçalves, in Bahia Forense, vol. 6, p. 249, 68- 69. 19.⁶¹

Com o passar dos anos algumas alterações foram feitas na busca de aprimorar a lei, para torná-la mais efetiva. Em 1973 o Brasil aderiu ao Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos e em 1976 entrou em vigor a Lei nº 6368/1976, sendo a primeira Lei específica de combate as drogas. Como visto, tinha como destaque a previsão de penas privativas de liberdade maiores tanto para o tráfico como para quem portasse a droga para uso pessoal. Neste ultimo caso (porte de droga para uso próprio) trazia a seguinte redação:

Art. 16. 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.⁶²

A Lei 6.368/76 era uma resposta mais forte e severa no combate as drogas, visando punir aquele que fizesse o uso de droga, tendo como fundamento jurídico o perigo social e a saúde pública. O legislador tratou também de fazer a diferenciação entre usuário e traficante, aplicando a este pena mais dura, vez que o risco que ele representa é maior à sociedade e à saúde pública.⁶³

A doutrina muito criticou a Lei 6.368/76 por ela ser omissa em alguns pontos e em outros pontos bastante complexa, dificultando muitas vezes a identificação das condutas praticadas pelo agente no caso concreto. Outra crítica feita pela doutrina é justamente no único critério utilizado para identificar o tipo penal a ser aplicado, que era baseado na quantidade de droga apreendida com o agente.

⁶¹ VIEIRA, João. **O magistrado e a lei antitóxicos**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 06

⁶² JusBrasil. **Art. 16 da Lei de Drogas de 1976 - Lei 6368/76**. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11265998/artigo-16-da-lei-n-6368-de-21-de-outubro-de-1976>>. Acesso em: 14 de nov. de 2015.

⁶³ DIEDRICH, Luis Fernando. **Um estudo sobre o art. 16 da Lei de Tóxicos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1020>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

Contudo, esse critério é muito subjetivo, vez que somente pela quantidade não é possível saber a verdadeira destinação da droga, se para uso próprio ou tráfico.⁶⁴

A proibição e a punição pelo porte para uso da droga foi um ponto também muito criticado pela doutrina, pois ensejaria a violação do princípio da alteridade ou lesividade, o qual, segundo magistério de Fernando Capez, enuncia:

“Proíbe a incriminação de atitude meramente interna do agente e que, por essa razão, só faz mal a ele mesmo e a mais ninguém. Sem que a conduta transceda a figura do autor e se torne capaz de ferir o interesse do outro (altero), é impossível ao Direito Penal pretender puni-la”⁶⁵

Ainda nessa linha de pensamento, a doutrina prega que querendo o agente portar uma quantidade de droga tão ínfima que daria apenas para uma única pessoa utilizá-la, inexistiria o perigo de cedê-la a um terceiro, desaparecendo o perigo social e conseqüentemente o crime.⁶⁶

Outro ponto bastante criticado pela doutrina é em relação ao elemento teleológico da pena que está previsto no art. 1º da Lei de Execuções Penais, assim transcrito: “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984).⁶⁷

Diante do elemento teleológico da pena, a aplicação de pena privativa de liberdade perde o sentido, vez que colocar um usuário de droga dentro de um presídio, junto com outros presos que cometeram diversos crimes, não contribui em nada com a sua reintegração social. Além disso, as penas privativas de liberdade vêm perdendo força cada vez mais diante de sua ineficácia em reeducar o condenado, desta forma leciona Paulo Queiroz⁶⁸:

⁶⁴ DIEDRICH, Luis Fernando. **Um estudo sobre o art. 16 da Lei de Tóxicos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1020>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4**. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Pag. 672.

⁶⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4**. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Pag. 673.

⁶⁷ BRASIL. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 17 de nov. de 2015.

⁶⁸ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10ª Ed. rev.ampl. Atual. Salvador: Editora jusPodivim. 2014. Pag 427/428.

“educar para a liberdade em condições de não liberdade, não só é de difícil realização como constitui uma utopia irrealizável nas atuais condições de vida nas prisões. Por isso, o cárcere, ordinariamente, longe de reeducar ou ressocializar, em realidade, corrompe, embrutece, dessocializa. Aliás, com alguma frequência o réu continua a delinquir mesmo o período em que está privado de liberdade.”

Porém não foi essa tese que prevaleceu. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o crime previsto no então art. 16 da Lei 6.368/76 e previsto no atual art. 28 da Lei 11.343/2006 é de perigo abstrato, ou seja, são crimes que colocam o bem jurídico tutelado em risco real e concreto, porém não é possível medir o tamanho desse risco. Entendimento que continua prevalecendo até os dias atuais, nesse sentido o STF:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO. I - Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, não mais subsiste o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente. II – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. III – No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V – A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o

incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII – Habeas corpus prejudicado.⁶⁹

No mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. POSSE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICAÇÃO DA MEDIDA EDUCATIVA DE 04 MESES DE PROGRAMA OU CURSO EDUCATIVO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL PREVISTO NO ART.28 DA LEI N.º 11.343/06. INVIABILIDADE. AI NO RESP N.º 1.135.354/PB.RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.1. "A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n.11.343/06) é de perigo presumido ou abstrato e a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão, não lhe sendo aplicável o princípio da insignificância" (RHC 34.466/DF, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 27/05/2013).2. A Corte Especial deste Tribunal Superior, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no RESP 1.135.354/PB, decidiu ser inviável a arguição de questões constitucionais em recurso especial, tendo em vista que a via própria para o exame do pleito de declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 é o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.3. Recurso ordinário desprovido. (RHC 43.693/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 02/09/2014)⁷⁰

Contudo, a doutrina manteve seu posicionamento que atualmente tende a ganhar força, pregando a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, como será visto mais à frente.

O passar dos anos e o desenvolver das pesquisas tanto na seara médica no sentido de buscar mais informações sobre os efeitos das drogas e como tratar os viciados, quanto na seara do direito penal e da criminologia, que discutiam

⁶⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ordinário em *Habeas Corpus*. HC 102940 / ES. Primeira Turma. Paciente: Admilson Pereira dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator(a): Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 15 fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28102940%2E+OU+102940%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oo5q5mw>>. Acesso em: 15 de nov. de 2015.

⁷⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. RHC 43693 / DF. Quinta Turma. Recorrente: Luís Augusto Dos Santos Silva. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator(a): Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=uso+drogas+perigo+abstrato&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 de nov. de 2015.

desde a ausência de eficácia da pena privativa de liberdade para usuários até a necessidade de uma repressão mais eficaz aos traficantes, somadas as pressões populares que cobravam um posicionamento mais duro do Estado, fez com que o legislador saísse da inércia e tomasse providências.⁷¹

Daí surge a então Lei 10.409/2002, bastante criticada pela doutrina e que teve boa parte do seu texto revogado, por sofrer diversos vetos pelo Presidente da República, sob o fundamento de que era ofensiva a Constituição Federal e o interesse público, ficando completamente descaracterizada e que ficou vigendo conjuntamente com a Lei 6.368/76.

Diante da ineficácia das duas leis, o legislador continuou a trabalhar sobre o tema, até que em 08 de outubro de 2006 entrou em vigor a então nova e atual Lei de Drogas, que apresenta qualidade bem superior as antigas normas específicas sobre drogas. Porém a nova lei ainda possui diversas falhas, sobretudo no principal ponto deste trabalho, qual seja a falta de parâmetros objetivos na diferenciação da conduta praticada pelo agente e na posterior aplicação da pena no crime de tráfico de drogas.⁷²

A nova lei não só trouxe uma nova visão relativa aos aspectos penais, mas também trouxe uma visão mais sociológica, ou seja, passou a abordar temas como assistência social, economia, aspectos criminológicos e políticas públicas. Esses temas possuem relevante importância na construção da nova política antidrogas adotada pelo legislador brasileiro, bem diferente do que tratava a antiga lei que voltada mais para os aspectos penais.⁷³

A Lei 11.343/06 passou a prever duas novas figuras típicas, novos procedimentos e um maior número de crimes relacionados a drogas, aumentou a pena cominada para o tráfico, manteve a criminalização do porte para o uso sob os mesmos fundamentos da antiga lei, mas agora ela não mais prevê pena privativa de liberdade para os usuários, prevê penas de admoestação verbal. A nova lei tipifica a conduta de quem, para consumo pessoal, semeia, cultiva e colhe plantas destinadas

⁷¹ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012.

⁷² Idem.

⁷³ CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial Simplificado**. 8 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

à preparação de pequena quantidade de substância, capaz de causar dependência física ou psíquica. Assim transcrito⁷⁴:

“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:

⁷⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4.** 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Pag. 668-670.

I - admoestação verbal;

II - multa.⁷⁵

As novas condutas típicas previstas no art. 28 da atual Lei de Drogas, traduz-se, sob o enunciado de Fernando Capez, em (a) Adquirir: obter a droga mediante troca, compra ou a qualquer título gratuito; (b) Guardar: seria a retenção da droga em nome e à disposição de outra pessoa, ou seja, guardar a droga para alguém; (c) Ter em Depósito: é reter, manter a droga à sua disposição; (d) Transportar: que pressupõe o emprego de algum meio de transporte durante o deslocamento da droga e, por fim, se a droga for transportada junto ao usuário, sem ajuda de um meio de transporte, a conduta típica será (e) Trazer consigo⁷⁶.

A conduta do uso pessoal de droga tem como objeto jurídico a saúde pública e não o viciado, uma vez que o vício traduz-se apenas no fato do sujeito realizar o porte e o uso continuamente da droga. Este crime procura evitar o perigo social que as ações prevista neste tipo penal pode causar.⁷⁷

O sujeito da conduta podem ser o ativo, que pode ser qualquer pessoa comum que faz uso da droga, pois este crime não exige nenhuma qualidade especial do agente. O sujeito passivo é a coletividade de modo geral que fica exposta ao perigo que pode ser causado pelo usuário.⁷⁸

O objeto material do delito de tráfico, bem como o delito previsto no art. 28 da lei é a droga.

A antiga lei de drogas (Lei 6368/76) tinha como objeto material do delito qualquer substância entorpecente que determine dependência química ou psíquica. Contudo, a Lei 11.343/06 mudou esse conceito e passou a ter como objeto material do delito o termo “droga”, agora bem mais amplo. Porém não são quaisquer drogas. Para que haja a consumação do crime esta droga deve estar presente na

⁷⁵BRASIL. LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 18 de nov. de 2015.

⁷⁶CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4**. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Pag. 670.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4**. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Pag. 671.

lista trazida pela Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998, a qual o art. 66 da atual lei de drogas faz menção.⁷⁹

O elemento normativo está descrito nas expressões “sem autorização” e “em desacordo com determinação legal”, ou seja, que faz o uso da droga sem a autorização de autoridade competente ou quem faz uso de substância que está presente na portaria supracitada.⁸⁰

As novas penas previstas pela Lei 11.343/06, no seu art. 28, criaram uma discussão polêmica, qual seja: “A nova Lei de Drogas teria descriminalizado a conduta do porte de droga para consumo pessoal?”

Pois bem, neste ponto a doutrina fica dividida, havendo quem acredite na descriminalização da conduta uma vez que ela não comina em nenhuma pena de prisão como determina o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que assim prevê:

“Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”⁸¹

Nesse sentido, leciona Luiz Flávio Gomes que embora a conduta continua proibida pelo ordenamento jurídico, ela perdeu seu caráter criminoso, pois nas penas impostas a essa conduta não está a privação de liberdade (reclusão ou detenção), em desacordo com o artigo supracitado, transformando o porte para uso em infração *sui generis*. Em outras palavras, houve a descriminalização “formal”, ou seja, a conduta não pode ser considerada crime, no aspecto formal, porém não houve a concomitante legalização do uso de drogas. Diz ainda o autor referido que é possível falar, neste caso, que houve também a despenalização ao mesmo tempo, tornando o tipo penal do artigo 28 um tipo misto⁸².

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ BRASIL. **Artigo 1 do Decreto Lei nº 3.914 de 09 de Dezembro de 1941**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=O+art.+1%C2%BA+da+LICP>>. Acesso em: 18 de nov. de 2015.

⁸² GOMES, Luiz Flávio. Drogas, Descriminalização e Princípio da Insignificância. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 18 de nov. de 2015.

Outra parte da doutrina defende que a conduta continua criminalizada, não havendo que se falar em *abolitio criminis* ou descriminalização por não se enquadrar na Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940).

Nesse sentido lecionam os autores Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da CF/88, determinando que a se adapte de acordo com a conduta praticada pelo agente e a possibilidade de adoção de outros tipos de penas. Ademais, ressalta que a LICP é infraconstitucional e, mesmo sendo mais antiga, foi recepcionada pela Constituição Federal/88 como lei ordinária, devendo, portanto, a lei se adaptar e ser interpretada conforme os dizeres da Constituição.⁸³

Há quem também entenda que a conduta tipificada no art. 28 da Lei de Drogas é inconstitucional, principalmente quando se trata do núcleo “portar droga para consumo”, sob o argumento de violação dos princípios da lesividade, como já visto e, violação dos princípios da liberdade individual e o respeito à vida privada, uma vez que a conduta não envolve perigo concreto, direto e imediato à terceiros, apenas diz respeito unicamente ao indivíduo e à sua intimidade, impedindo que o Estado intervenha.⁸⁴

Em contrapartida a esse entendimento, existem doutrinadores que dizem que trazer a droga consigo para consumo, mesmo antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, pois ele representa fator decisivo na difusão do tóxico, colocando em risco um bem jurídico tutelado pela Constituição Federal e titularizado por toda a sociedade, que é a saúde pública. Além disso, estudos específicos apontam que usuários de drogas, principalmente os classificados como viciados, estão consideravelmente mais sujeitos ao risco de transmissão de doenças, seja pelo uso de drogas injetáveis, seja pelo risco sexual. Corroborando ainda essa linha de entendimento, é possível se falar em outros bens jurídicos que são lesionados

⁸³ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012. Pag. 88/91.

⁸⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012. Pag. 60/61.

indiretamente e que custa muito caro para o Estado, como por exemplo, casos em que o usuário pratica outros crimes com o intuito de sustentar seu vício.⁸⁵

De um ponto de vista mais técnico de análise da conduta, observa-se a objetividade jurídica do crime de porte de droga para consumo próprio, praticamente se manteve o mesmo já previsto na antiga lei, conforme ensina Fernando Capez⁸⁶:

“Objeto jurídico desse crime é a saúde pública, e não o viciado. A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a conseqüente disseminação.”

Portanto, observa-se que o bem jurídico tutelado não é violado somente pelo simples uso da droga, mas sim pelo risco e o perigo que representa o porte da droga para a sociedade.

A doutrina majoritária e a jurisprudência seguem a linha do entendimento pela constitucionalidade da criminalização da conduta de “trazer consigo droga para consumo pessoal”. Porém essa questão ganha relevo, como está acontecendo atualmente, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, admitiu o recurso extraordinário (RE 635.659)⁸⁷, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual o réu condenado a dois meses de prestação de serviços à comunidade pelo Juizado Especial de Diadema – SP, pleiteia o reconhecimento da inconstitucionalidade do porte de droga para uso próprio, sob os fundamentos de intervenção na vida privada e na intimidade.

Além do voto proferido pelo relator, mais dois ministros já se pronunciaram, no sentido de declarar inconstitucional. Se declarado a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de drogas, o Supremo Tribunal Federal estará

⁸⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012. Pag. 61/62.

⁸⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4**. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Pag. 670/671.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635659 RG / SP. Repercussão Geral. Recorrente:Francisco Benedito de Souza. Recorrido:Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Brasília, 08 de dezembro 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+635659%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/p6hajaf>>. Acesso em 18 de nov. de 2015.

seguindo os passos de diversos países sul-americanos que já não punem mais o agente pelo uso de droga, como é o caso da Argentina, México, Uruguai entre outros.⁸⁸

2.2 Do Tráfico de Drogas no Brasil

Como já visto, a Lei 6.368/76 tratava de uma resposta mais severa ao combate de drogas, embora seu art. 12 previsse pena um pouco mais branda para o traficante. Continha a seguinte redação:

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.

§ 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

⁸⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012. Pag. 62.

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 psíquica⁸⁹.

O avanço das pesquisas na área de saúde, pesquisas na área do direito penal e criminológico e a pressão popular na busca por penas mais duras ao sujeito que traficava, fez com que houvesse mudança não só na redação da lei quanto à tipificação do tráfico de drogas, bem como na política criminal principalmente tratando-se do usuário. Levando em conta tudo isso, a Lei 11.343/06 trouxe a seguinte redação para o tráfico de drogas:

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.

⁸⁹BRASIL. **Art. 12 da Lei de Drogas de 1976 - Lei 6368/76**. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11266308/artigo-12-da-lei-n-6368-de-21-de-dezembro-de-2000>>. Acesso em 23 de março de 2016.

§ 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, de 2012)⁹⁰

A Lei 11.343/06 trouxe como principais inovações a substituição do termo “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” por “droga”; alterou as condutas de “fornecer ainda que gratuitamente” ou “entregar de qualquer forma a consumo” para “entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente” e o principal, aumentou a pena que era de 3 a 15 anos de reclusão para 5 a 15 anos de reclusão, além da possibilidade da aplicação de uma pena de multa maior que varia de 500 a 1500 dias multa.⁹¹

O crime de tráfico é uma conduta misto alternativa, assim classificada pela doutrina por descrever 18 formas diferentes de se praticar o tráfico ilícito de entorpecentes. Tal classificação permite a configuração de crime único, bem como do concurso material de crimes tudo dentro do mesmo tipo penal, dependendo da existência de nexos causal entre as ações do agente.⁹²

O bem jurídico continuou o mesmo da antiga lei de drogas, qual seja a saúde pública e da coletividade uma vez que a disseminação ilícita e descontrolada da droga poderia levar à destruição moral e efetiva da sociedade, da saúde, da

⁹⁰BRASIL. LEI Nº 11.343, de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 23 de março de 2016

⁹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4**. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Pag. 6684/685.

⁹² Idem.

incolumidade física e também a segurança pública, principalmente das classes mais baixas⁹³.

O crime de tráfico de drogas, fugindo da regra geral dos crimes, não exige necessariamente a ocorrência do dano, pois seria um crime de perigo presumido em caráter absoluto, ou seja, o crime se consuma diante da mera realização do fato, independentemente da ocorrência do perigo concreto ou do dano efetivo, sendo necessário apenas que o perigo se traduza em uma das condutas previstas no tipo penal. As jurisprudências majoritárias do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de não aplicação do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas⁹⁴.

Neste sentido, O Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE AO DELITO DE TRÁFICO. NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A prisão preventiva foi decretada com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, sem a observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Não foram apontados quaisquer elementos concretos a justificar a segregação provisória dos pacientes.

3. Consolidou-se neste Superior Tribunal o entendimento de que "não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e uso de substância entorpecente, pois trata-se de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida"

⁹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4**. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Pag. 684/685.

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4**. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Pag. 685/686.

(RHC 57.761/SE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015; HC 195.985/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015).

4. É incabível, na estreita via do habeas corpus, a análise de questões relacionadas à negativa de autoria do crime de associação para o tráfico, por demandarem o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício.

(HC 326.341/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 17/12/2015)⁹⁵ (grifo nosso).

Corroborando ainda esse entendimento, Capez ensina que não é necessário que o Estado espere que a conduta se transforme em perigo real para que se puna o agente, podendo muito bem, visando uma proteção mais ampla do bem jurídico, procurar coibir o crime em sua forma “embrionária”. Em outras palavras o Estado pode proteger o bem jurídico de três maneiras, a) quando ocorre a agressão do bem jurídico; b) quando existe o perigo de agressão e c) quando a conduta em sua fase inicial não representa grave ameaça ao bem jurídico, mas que em um futuro não muito distante poderá trazer conseqüências graves⁹⁶.

Ainda nesse sentido, ensina César Dario Mariano da Silva, que para a aplicação do princípio da insignificância não basta levar em conta somente a insignificância do objeto jurídico, mas também o grau de intensidade que o bem jurídico foi atingido pela conduta e todo o contexto da ordem jurídica⁹⁷. Entende que da mesma forma deve ser aplicado crime de tráfico de drogas:

“As mesmas circunstâncias devem ser aferidas no crime de

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 326.341/ SP. Quinta Turma. Pacientes: Maria Paula Santos Silva e Roberivan Galdino Nascimento. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 10 de dezembro 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=326341&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 23 de mar. de 2016.

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4**. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Pag. 685/686.

⁹⁷ SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada / César Dario Mariano da Silva**. São Paulo : Atlas, 2011. Pag. 53/54.

tráfico de drogas. No caso, pouco importa a quantidade do objeto material. Mesmo sendo pouca a droga apreendida, o bem jurídico é violado de forma expressiva, haja vista a periculosidade social de quem age de forma a colocar para prono uso qualquer espécie de droga. Além do mais, a culpabilidade do traficante é elevada. Por isso, não há como reconhecer o crime de bagatela em tráfico de drogas.”⁹⁸

Contudo, parte da doutrina defende a tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato em face dos princípios do estado de inocência e da ofensividade, que diz que sem ofensa concreta ao bem jurídico, não existe crime. Nesse sentido estão Luiz Flávio Gomes e Damásio de Jesus⁹⁹.

Tratando-se dos sujeitos envolvidos, fala-se em dois: Sujeito Ativo, que pode ser qualquer pessoa, uma vez que as condutas tipificadas não exigem nenhuma qualidade, exceto na conduta de “prescrever”, pois somente pessoas autorizadas pelo Ministério da Saúde é que podem prescrever qualquer tipo de droga seja ela ilícita ou lícita. Quanto ao sujeito passivo, encontra-se como principal, imediato e principal, a sociedade de um modo geral que fica exposta ao perigo causado pela prática de uma das condutas. Ainda é possível falar-se em sujeitos passivos secundários e mediatos nos casos em que a droga é vendida a viciados, menores de idade e doentes mentais em passivos eventuais, nos casos do viciado ou consumidor¹⁰⁰.

O crime é consumado quando é praticada alguma das figuras típicas prevista no tipo penal, que no caso do tráfico de drogas, como já visto, traduz-se em dezoito ações. A consumação dessas ações são divididas em duas: as permanentes e as de consumação instantânea. As condutas de consumação permanentes são aquelas em que o momento consumativo se prolonga no tempo, como por exemplo, as condutas de guardar, ter em depósito, trazer consigo e expor à venda. As outras ações são classificadas como de consumação instantânea, ou seja, consuma-se em um momento determinado.

Nos casos de Tráfico (art. 33) e do porte para uso (art. 28) a

⁹⁸ SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada / César Dario Mariano da Silva**. São Paulo : Atlas, 2011. Pag. 53/54.

⁹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4**. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Pag. 685/686.

¹⁰⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4**. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014. Pag. 687.

modalidade da tentativa é de difícil configuração, pois a tentativa da maioria das ações é a consumação de outra conduta, por exemplo, nos casos em um sujeito tenta entregar a droga a consumo para outrem e é preso em flagrante, neste caso houve a tentativa, porém, antes houve a consumação da conduta de “trazer consigo a droga”.¹⁰¹

O elemento subjetivo do crime de tráfico é o dolo, ou seja, a livre vontade e a consciência de praticar qualquer uma das condutas previstas no tipo penal. Não exigindo qualquer elemento subjetivo específico¹⁰².

O objeto material do delito de tráfico, bem como o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 é a droga.

A antiga lei de drogas (Lei 6368/76) tinha como objeto material do delito qualquer substância entorpecente que determine dependência química ou psíquica. Contudo, a Lei 11.343/06 mudou esse conceito e passou a ter como objeto material do delito o termo “droga”, agora bem mais amplo. Porém não são quaisquer drogas. Para que haja a consumação do crime a droga deve estar presente na lista trazida pela Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998, a qual o art. 66 da atual lei de drogas faz menção.

A forma de calcular a dosimetria da pena e a forma de cumprimento de pena também sofreram alterações, pois com vigência da então nova lei o julgador deve observar com preponderância, no artigo 59 do CP, a natureza e a quantidade de droga, a personalidade e a conduta social do agente, desta forma determina o artigo 42 da Lei de Drogas¹⁰³:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

¹⁰¹ SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada / César Dario Mariano da Silva**. São Paulo : Atlas, 2011. Pag. 50.

¹⁰² MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012. Pag. 101.

¹⁰³ BRASIL. **LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 23 de mar. de 2016

Quanto ao cumprimento da pena, a Lei 11.343./06 em sua redação original, vedava a concessão dos benefícios como fiança, sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, conforme o artigo 44¹⁰⁴:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal em 2010 julgou o HC 97.256/RS, de relatoria do Ministro Ayres Brito, no qual decidiu por maioria a inconstitucionalidade incidental da parte final do artigo 44 da Lei de drogas, bem como da vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, disposta no artigo 33, §4º.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal o livramento condicional da pena passou a ser possível após o cumprimento de dois terços da pena, sendo vedado apenas nos casos do agente ser reincidente específico. Por fim, a decisão possibilitou que o agente possa recorrer em liberdade enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, exceto nos casos em que o sujeito já se encontrava preso preventivamente quando proferida a sentença condenatória.

3 DOS CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE USO E TRÁFICO DE DROGAS

Neste capítulo será abordado o principal ponto deste trabalho, que se refere aos critérios trazidos, de maneira exemplificativa, no artigo 28, § 2º da Lei n. 11.343/2006. Esses critérios, quando analisados individualmente, são bastante subjetivos, ou seja, demonstram vagueza e imprecisão, deixando ao julgador muito amplo a margem de exercício do poder discricionário e do seu livre convencimento motivado, dificultando a classificação da conduta praticada pelo agente (se o porte

¹⁰⁴BRASIL. LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 23 de mar. de 2016

de droga destinava-se para uso próprio ou para tráfico e outras condutas equiparadas), com reflexos na aplicação da pena.

A ausência de objetividade nos parâmetros trazidos pela lei, para distinção das condutas, acarreta maior poder nas mãos dos policiais quando realizam uma prisão em flagrante e, principalmente, dos juízes quando vão proferir uma decisão. O excesso de poder na avaliação dos casos acaba gerando alto nível de arbitrariedade e, conseqüentemente, distorções nas decisões.

O autor Luiz Flávio Gomes¹⁰⁵ explica que existem dois tipos de sistemas legais para diferenciar se o agente é usuário ou traficante. O primeiro trata-se de um sistema extremamente objetivo, que é conhecido como o sistema de quantificação legal, que estabelece uma quantidade específica para uso diário, ou seja, qualquer agente que é preso em flagrante na posse da droga, com uma quantidade abaixo da estabelecida pela lei, seria classificado como usuário; se a quantidade está acima do estabelecido, seria enquadrado como traficante. O segundo é conhecido como sistema de reconhecimento judicial ou policial. Por esse sistema, cabe ao policial ou juiz analisar e determinar em qual conduta o agente deve ser enquadrado. O ordenamento jurídico brasileiro tradicionalmente adota o segundo sistema.

Ainda sob o magistério de Luiz Flávio Gomes¹⁰⁶:

“É da tradição da lei brasileira a adoção do segundo critério (sistema do reconhecimento judicial ou policial). Cabe ao juiz (ou à autoridade policial) reconhecer se a droga encontrada era para destinação pessoal ou para tráfico. Para isso a lei estabeleceu uma série enorme de critérios. Logo, não se trata de uma opinião do juiz ou de uma apreciação subjetiva. Os dados são objetivos.”

A Lei nº 11.343/06 estabeleceu em seu art. 28, §2º, os critérios de diferenciação entre as condutas tipificadas no artigo 28, caput e §1º, referentes ao uso de droga e as condutas tipificadas no artigo 33, caput e §1º e as demais condutas consideradas equiparadas dispostas nos artigos seguintes, referentes ao tráfico.

¹⁰⁵ 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. 163.

¹⁰⁶ 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. 163.

“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:

(...)

§ 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.”¹⁰⁷

Observa-se pela leitura do artigo os seguintes critérios de diferenciação de condutas: a) Quantidade e natureza da substância apreendida; b) Local e condições em que se desenvolveu a ação; c) Circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e antecedentes do agente. Esses critérios devem ser considerados e analisados de modo global, em conjunto, para que se possa chegar a uma decisão nos casos concretos.

Sobre os parâmetros da lei, Luiz Flávio Gomes diz¹⁰⁸:

“Em outras palavras, são relevantes: o objeto material do delito (natureza e quantidade da droga), o desvalor da ação (local e condições em que ela se desenvolveu) assim como o próprio agente do fato (suas circunstâncias sociais e pessoais, condutas e antecedentes).”

“É importante saber: se se trata de droga “pesada” (cocaína, heroína etc.) ou “leve” (maconha v.g.), a quantidade dessa droga (assim como qual o consumo diário possível); o local da apreensão (zona típica de tráfico ou não); as condições da prisão (local da prisão, local de trabalho, do agente etc.); profissão do sujeito e antecedentes etc.”

3.1 Parâmetros Objetivos com Base na Doutrina e na Jurisprudência.

Como visto acima, a lei de drogas trouxe diversos critérios de diferenciação das condutas de tráfico de drogas e do porte para uso pessoal. Esses

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23.08.2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 23 de mar. de 2016.

¹⁰⁸ 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.

critérios estão dispostos no artigo 28, § 2º da Lei n. 11.343/06, em um rol exemplificativo de circunstâncias que devem ser analisadas em conjunto pelo julgador, mas quando vistos de maneira individual são muito subjetivos, vagos e imprecisos, principalmente quando se fala em quantidade e natureza da droga.

A lei de drogas apenas cita em seu artigo 28, § 2º, a quantidade de droga e sua natureza como parâmetro de diferenciação entre tráfico e uso e nada mais fala sobre a quantidade em si da droga. Em outras palavras, a Lei n. 11.343/06 não traz em seu texto quantidades específicas das drogas que ajudem a diferenciar o traficante do usuário, deixando maior poder de apreciação para a polícia e para o juiz.

Diante da subjetividade desse primeiro critério, a quantidade e natureza, surge uma grande dúvida: A partir de quantos gramas, quilos, porções ou pedras de determinada droga, em um caso concreto, ficará configurado o uso pessoal da droga ou tráfico?

A Lei n. 11.343/06 não traz elementos que possibilitem responder a pergunta acima. Contudo, pesquisas sobre o tema em conjunto com doutrinadores e demais intérpretes e aplicadores do direito vão evoluindo no sentido de encontrar uma resposta ou um melhor caminho para aplicação mais eficaz da lei.

Nesse sentido disse Gabriella Talmelli:¹⁰⁹

“Impõe-se ao magistrado buscar informações sobre a quantidade máxima de uso de determinada substância, ou seja, o limite de tolerância do organismo, para avaliar se o numerário apreendido poderia ou não ser desarrazoado para o consumo de um único indivíduo. [...] Registra-se, entretanto, que o limite é variável de sujeito para sujeito, bem como, em muitas circunstâncias, a exemplo dos casos de vício, ou seja, de uso habitual, o usuário prefere adquirir em grande quantidade para não se ver compelido a retornar ao mundo do tráfico em um espaço curto de tempo.”

É na busca por informações sobre a quantidade máxima que uma pessoa pode usar, de uma determinada droga por dia, que as pesquisas estão evoluindo.

¹⁰⁹ GODOY, Gabriella Talmelli *apud* Villar Lins *apud* Diego Cordeiro Pinheiro. **Análise sobre os critérios de distinção entre Usuário e Traficante de drogas sob a Lei 11.343/06**: Todo mundo é usuário, ninguém é traficante?, 2015. Disponível em: <<http://xpinheiro.jusbrasil.com.br/artigos/175952022/analise-sobre-os-criterios-de-distincao-entre-usuario-e-trafficante-de-drogas-sob-a-lei-11343-06>>. Acesso em: 05 de abr. de 2016

Por este caminho segue o Instituto Igarapé em sua “Nota técnica: Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas”¹¹⁰, em que propõe a criação de parâmetros objetivos relativos à quantidade e natureza da droga, levando em conta pesquisas médicas, jurídicas e político-criminal.

Sobre os parâmetros apontados, diz a Nota Técnica¹¹¹:

“São parâmetros com natureza de presunção relativa, baseados na experiência internacional, nos padrões nacionais de consumo de drogas ilícitas, e na própria jurisprudência da Corte, mas que podem ser desconsiderados fundamentadamente pelo juiz competente, se os demais critérios legais indicarem o contrário. Além disso, essa diferenciação não abrange os casos de venda de drogas ilícitas, considerando que essa não é uma das condutas previstas no atual artigo 28 da Lei 11.343/2006.”

Ainda sobre a Nota Técnica, aduz o Instituto Igarapé¹¹²:

“Deste modo, propomos três cenários de quantidades, que levam à presunção relativa de que a posse da substância ilícita, até o respectivo patamar, destina-se ao consumo pessoal. Para elaborá-los, levamos em conta acervo referencial teórico mais confiável nas áreas médica, jurídica e político-criminal, como a Pesquisa Nacional sobre Uso de Crack,^[5] e depoimentos de profissionais da área médico-científica e de usuários de drogas ilícitas, levantados com o método Delphi. Centramo-nos sobre as substâncias ilícitas mais frequentemente apreendidas no Brasil: a maconha e a cocaína, incluída nesta última também o crack.”

A pesquisa realizada pelo Instituto resultou na seguinte tabela¹¹³:

Quantidades de porte de drogas para consumo próprio –Cenários de Referência (consumo per capita) ^[6]			
Substâncias	Cenário 1	Cenário 2	Cenário 3
Maconha (gramas)	25g	40g	100g

¹¹⁰ IGARAPÉ, Instituto. **Nota técnica: Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas**, 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/nota-tecnica-criterios-objetivos-de-distincao-entre-usuarios-e-trafficantes-de-drogas>>. Acesso em: 05 de abr. de 2015.

¹¹¹ Idem.

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

Maconha (pés fêmeas florindo)	6 pés	10 pés	20 pés
Cocaína/Crack ^[2] (gramas) ^[3]	10g	12g	15g

Segundo o instituto autor da pesquisa, o cenário de número “1” representa um modelo de parâmetro mais conservador, que visa a um combate mais forte às drogas. E, por fim, conclui que para o Brasil o cenário ideal seria o “2” ou “3”, pois estão dentro de uma média de quantidade de droga consumida pelo usuário no Brasil, além de que critérios objetivos muito baixos acarretariam uma grande quantidade de prisões, agravando ainda mais a crise no sistema penitenciário já existente no Brasil.

A criação de parâmetros objetivos para aferição de qual conduta deve ser imputada ao agente já é realidade em vários países europeus e tem servido como provável modelo para o Brasil. A propósito disso, a seguinte imagem sobre critérios de referência:

PARÂMETROS INTERNACIONAIS

Seju pretende propor ao Conad a criação de uma tabela de referência para diferenciar o usuário do traficante, assim como existe em outros países.

País	Quantidade considerada para consumo	
	Maconha	Cocaína
Alemanha	De 6 a 30 g*	50 mg
Áustria	2 g	1,5 g
Bélgica	3 g	Não Disponível
Dinamarca	10 g	Não Disponível
Estônia	50 g	1 g
Finlândia	15 g	1,5 g

*A quantidade estabelecida pela legislação alemã varia em cada unidade federativa.

Fonte: Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania. **Infografia:** Gazeta do Povo.

Fonte: RIBEIRO, Diego. **Tabelas separam usuários de traficantes:** Secretários estaduais de Justiça pedem a criação de parâmetros objetivos para caracterizar o consumo pessoal de drogas, 2012.

Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/tabelas-separam-usuarios-de-trafficantes-2pr6zyfzotpv6689yivqnit72>>. Acesso em: 06 de abr. de 2016.

Como visto, ainda não existe no Brasil tabelas que sirvam de referência na diferenciação das condutas. Contudo, a doutrina e a jurisprudência vão desenvolvendo e fazendo observações importantes sobre o tema. O autor Luiz Flávio Gomes assinala¹¹⁴:

“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.”

Sobre a quantidade de droga e sua natureza, Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho¹¹⁵:

“A quantidade é um destes elementos, podendo afastar, em razão da sua desproporção, a alegação de uso, até porque, como já afirmou o STJ, “o termo ‘para uso próprio’ descrito no tipo penal sugere que a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão”. Porém, este não é único e nem sempre o mais relevante critério, pois cada vez é mais comum traficantes deambularem com apenas pequenas quantidades de droga, escondendo a droga em outros locais. Mas, em geral, a quantidade de droga, notadamente em vista de sua natureza, poderá ser indicativa de mercancia.”

Ainda sobre a quantidade de drogas como um dos critérios de diferenciação das condutas, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o seguinte entendimento:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO.

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012. Pag. 101.

1. Na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

2. A decisão que indeferiu a liberdade provisória, de todo modo, entendeu que existe prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria do crime de tráfico, restando configurado no caso em exame os requisitos ensejadores da prisão cautelar, sendo necessária a manutenção da custódia com vistas a garantia da ordem pública.

3. A pequena quantidade de droga apreendida, por si só, não é suficiente para ensejar a desclassificação do delito, ainda mais quando há outros elementos aptos à configuração do crime de tráfico.

4. Precedentes dos Tribunais Superiores.

5. Ordem denegada.

(HC 132.464/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 13/10/2009)¹¹⁶ (grifo nosso).

Nesta ementa o Superior Tribunal de Justiça deixa claro que a quantidade de droga é um dos parâmetros mais importantes na diferenciação das condutas, embora não seja suficiente analisado isoladamente, sem consideração de outras circunstâncias do caso concreto. Contudo, mesmo que sejam criadas tabelas como referência, a quantidade de droga por si só não indica definitivamente se o agente incorreu nos crimes de tráfico ou de uso.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu recentemente na APEL.Nº: 0006374-90.2014.8.26.0309¹¹⁷:

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 132.464/MG. Quinta Turma. Paciente: Aleandre Esteves de Faria. Impetrante: José Mateus Campos Maciel. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. Laurita Vaz. Brasília, 02 de junho 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=132464&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 08 de abr. de 2016.

¹¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. APEL. Nº: 0006374-90.2014.8.26.0309/SP. Oitava Câmara Criminal. Apelante: Marcos Diego Amaral. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Ely Amioka. São Paulo, 07 de abril de 2016. Disponível em:

“Apelação criminal Tráfico de drogas Sentença que condenatória pelo art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 Pleito de absolvição ante a fragilidade probatória e, subsidiariamente requer a desclassificação para o crime do artigo 28, da referida Lei; aplicação do redutor do parágrafo 4º do artigo 33 da referida Lei e, por fim, requer seja fixada pena de multa entre 40 e 100 dias multa Impossibilidade - Materialidade e autoria comprovadas Depoimento dos policiais coerentes e harmônicos merecendo credibilidade Apreensão de cento e quarenta e quatro porções de maconha (539 gramas) e um projétil de pistola 9mm Desclassificação para o artigo 28 da Lei de Tóxicos Impossibilidade - circunstâncias que cercaram a prisão do acusado dão conta da caracterização do tráfico de entorpecentes – Penabase fixada, no mínimo legal Inviabilidade do reconhecimento do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, pois o réu se dedica às atividades criminosas Regime prisional fechado mantido Sentença mantida Recurso não provido.”

Neste caso, o apelante, na fase inquisitorial apenas disse que se manifestaria em juízo. Na fase judicial, de forma muito astuta, buscou esquivar-se das acusações de tráfico, alegando que era morador de rua e mero usuário de drogas. Contudo, as circunstâncias da prisão indicavam de forma cristalina que o acusado incidia na prática do referido delito, uma vez que foi encontrada em sua posse aproximadamente meio quilo de maconha, dividida em 144 porções, munição de arma de fogo, forma de acondicionamento da droga, local em que abordado pela força policial - conhecido por ser ponto de venda de entorpecentes – tudo isso foi corroborado pelos depoimentos dos policiais.

Ainda sobre o tema o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios decidiu:

“PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE E AUTORIA. DEPOIMENTO DE POLICIAL. VALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS DESTINADO AO PRÓPRIO CONSUMO. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME AFASTADA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXCLUSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LAT. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O RÉU SE DEDICAVA AS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. Inviável a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de porte destinado ao próprio consumo, quando a materialidade e a autoria estão devidamente demonstradas nos autos, pelas provas colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, consistentes nas declarações harmônicas dos policiais que realizaram o flagrante, corroboradas pelos demais elementos de prova.

2. Afasta-se a análise desfavorável das consequências do crime quando os argumentos são inerentes ao tipo penal.

3. Mantém-se o benefício do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, se preenchidos pelo agente seus requisitos legais.

(...)

6. Recursos conhecidos. Desprovido o interposto pelo Ministério Público e parcialmente provido o da defesa.

(Acórdão n.931632, 20140111282439APR, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Revisor: JESUINORISSATO, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 31/03/2016, Publicado no DJE: 06/04/2016. Pág.: 142).¹¹⁸ (grifo nosso)

Conforme visto, segundo as decisões supracitadas e os ensinamentos da doutrina, é necessário que sejam analisados os demais parâmetros em conjunto para que se possa chegar a um resultado mais justo e coerente sobre a classificação das condutas, evitando imprecisões e distorções nas decisões.

Outro parâmetro trazido pela lei de drogas refere-se ao local e às condições em que se desenvolveu a ação. Neste parâmetro deve ser observado se o local é conhecido como ponto de venda de drogas ou se é próximo a local de venda. Também deve ser observada a hora em que se desenvolveu toda a ação, se o horário facilita a venda e a distribuição de droga. Outro ponto a ser observado é a quantidade de dinheiro encontrado com o suposto traficante ou usuário, uma vez que o tráfico de drogas movimenta muito dinheiro e normalmente o agente terá em sua posse boa quantia. Ainda é importante observar a forma como a droga estava acondicionada, pois é comum que a droga que se destina a traficância esteja

¹¹⁸DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. APR. Nº: 20140111282439/DF. Terceira Turma Criminal. Apelante:Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado:Leonardo Alves Santos. Relator: Des. João Batista Teixeira. Brasília, 31 de março de 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 08 de abr. de 2016.

embalada e dividida em porções prontas para serem vendidas e posteriormente consumidas.

Por fim, devem ser analisadas as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. Neste parâmetro é importante observar o modo como vive o agente; o local onde mora; a profissão e sua respectiva renda, observando se o indivíduo apresenta riquezas superiores ao seu padrão e que não condiz com sua renda; a conduta e o seu comportamento; finalmente, devem ser observados os antecedentes do agente e seu histórico.

Quanto à análise dos antecedentes do agente, adverte Miranda de Arruda¹¹⁹:

““Cria-se, assim, uma rotulação perigosa dos indivíduos. Deixa-se de analisar o fato criminoso objetivamente para realizar uma apreciação subjetiva do agente. Como se pode justificar que uma mesma conduta, se praticada por Pedro, já condenado por tráfico, seja enquadrada no tipo penal do artigo 33, enquanto a Paulo, primário e de bons antecedentes, imputa-se o delito associado ao uso? Cremos, mesmo, ser de constitucionalidade duvidosa essa disposição. O legislador erigiu aí verdadeira presunção de culpabilidade em nada compatível com o princípio inverso, da presunção de inocência”.”

Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho entendem a crítica como válida, contudo não concordam inteiramente com o autor. Aduzem que o direito penal do fato não autoriza que sejam utilizadas questões pessoais do agente como únicos elementos a julgar a conduta. Afirmam que o legislador utiliza os antecedentes do agente apenas como um auxiliador do magistrado e que devem ser analisados em conjunto com os demais parâmetros trazidos pela lei.

Nas palavras de Mendonça e Carvalho¹²⁰:

“Em outras palavras, entendemos que o critério dos antecedentes pode ser sim utilizado como guia interpretativo, mas desde que seja confirmado pelos demais critérios indicados (local, circunstância da ação, modo de acondicionamento etc.). Realmente, solitariamente,

¹¹⁹ARRUDA, Miranda *apud* MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012. Pag. 56.

¹²⁰MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012. Pag. 56.

não seria possível diferenciar o usuário do traficante apenas com base em seus antecedentes, sob pena de retorno ao malfadado Direito Penal do autor. Mas em um caso em que o agente é encontrado com pequenas trouxas de cocaína, acondicionadas em invólucros plásticos, e já possui condenações anteriores por tráfico, não há dúvidas que o passado criminoso do agente poderá ser considerado elemento de reforço ao intérprete na distinção entre uso e tráfico.”

Exemplificando a necessidade de analisar todos os parâmetros trazidos pela lei, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no julgamento da APL: 12987390 PR¹²¹:

“APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO PRÓPRIO. **CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DO TRÁFICO. TESTEMUNHOS DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA (46 PEDRAS DE CRACK - 18,5g). HARMONIA DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS.** CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. REDUÇÃO INTERMEDIÁRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA SOPEADAS NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. PENA DE MULTA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO IMPROCEDENTE. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO OBRIGATÓRIA DO REGIME FECHADO. PRESSUPOSTOS DO ART. 33 C/C O ART. 59, DO CÓDIGO PENAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ALTERAÇÃO QUE SE IMPÕE. REGIME ABERTO CONCEDIDO, DE OFÍCIO. SUSPENSÃO DA VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 44, DA LEI ANTITÓXICOS. SUBSTITUIÇÃO PENAL POSSÍVEL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, COM ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO DO REGIME PRISIONAL. 2 (TJPR - 5ª C. Criminal - AC - 1298739-0 - Pato Branco - Rel.: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - Unânime - - J. 26.02.2015)

(TJ-PR - APL: 12987390 PR 1298739-0 (Acórdão), Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, Data de Julgamento: 26/02/2015, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1522 10/03/2015).” (grifo nosso)

¹²¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação. APL. Nº: 12987390/PR. Quinta Câmara Criminal. Apelante: Marciel Rodrigues da Silva. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Maria José Teixeira. Curitiba, 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11851426/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1298739-0#>>. Acesso em: 08 de abr. de 2016.

Do inteiro teor dessa apelação, consta que o réu foi preso na cidade de Pato Branco – PR, quando andava à noite e, ao perceber a viatura da polícia, demonstrou nervosismo e mudou o caminho que fazia. Os policiais decidiram por abordar o suspeito e com ele foram encontradas 46 pedras de crack, pesando aproximadamente 18,5 gramas, todas enroladas uma a uma em sacos plásticos de cor branca, além de R\$ 325,25 (trezentos e vinte e cinco reais e vinte e cinco centavos) que estavam escondidos no interior do tênis, dividido em várias cédulas, fato caracterizador de tráfico. O apelante disse que não morava na cidade de Pato Branco, tinha ido até a cidade para comprar a droga e que comprou apenas 5 pedras de crack para uso próprio. Quanto ao dinheiro encontrado em sua posse, disse que era fruto de seu trabalho.

Contudo, a tese do apelante não prosperou, uma vez que as provas contidas nos autos apresentavam convincente realidade de tráfico, inclusive os depoimentos dos policiais que participaram da prisão em flagrante, com relatos coerentes, sem motivos para serem desacreditados.

Nota-se que neste caso foram analisados diversos elementos antes de se decidir imputar ao agente o crime de tráfico. A quantidade e natureza da droga foram os fatores mais relevantes para a classificação, porém não suficientes por si sós. A grande quantidade da droga, somada ao local, hora, atitude do suspeito ao ver a viatura de polícia, modo como foi encontrada a droga (divididas e enroladas em saco plástico uma a uma), maneira e local como guardava o dinheiro. Todos esses elementos foram importantes na conclusão de que o agente estaria praticando a atividade de tráfico de drogas, já que em juízo o apelante alegou possuir apenas 5 pedras de crack e que eram para uso próprio.

Portanto, está bem clara a importância do julgador sempre analisar no caso concreto todos os parâmetros previstos na lei, por mais subjetivos que eles sejam ou possam parecer, sempre buscando alcançar os resultados mais justos e garantir a aplicação da lei penal.

3.2 Da Discricionariedade do Julgador

A lei de drogas em seu artigo 28, § 2º apresenta parâmetros os quais o juiz deverá observar ao aferir em qual conduta típica o agente deve ser enquadrado.

Contudo, é necessário lembrar que o julgador está neste momento no exercício do seu poder discricionário que, diante da pouca objetividade dos critérios, torna-se mais relevante, pois muitas vezes os fatos narrados e as provas dispostas no processo não são suficientes para formar sua convicção, exigindo do juiz maior esforço de interpretação sobre o caso concreto.

O poder discricionário do julgador origina-se de uma das funções fundamentais do Estado, qual seja, a função jurisdicional. Esta por sua vez está fundamentada no princípio constitucional da separação dos poderes.

Segundo função jurisdicional do Estado ou jurisdição, ensina o autor José de Albuquerque Rocha¹²²:

“A jurisdição é justamente a função estatal que tem a finalidade de manter a eficácia do direito em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força, se necessário. Sua nota individualizadora está, por conseguinte, em ser a função estatal dirigida especificamente ao fim de manter, em última instância, o ordenamento jurídico no caso concreto, ou seja, manter o ordenamento jurídico quando este não observado espontaneamente pela sociedade.”

Como visto logo acima, é da função jurisdicional do Estado que o Julgador recebe seu poder discricionário e que se traduz aqui, nas palavras de Alexandre Magno Fernandes Moreira¹²³:

“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 reserva administrativa (Executivo).

(...)

Conveniência e oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário. A primeira indica em que condições vai se

¹²²ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 52.

¹²³MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Poderes Discricionário e Vinculado*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110114163142284>. Acesso em: 08 de abr. de 2016.

conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida.”

No caso deste trabalho, especificamente neste tópico, que trata do uso do poder discricionário do julgador no momento de classificar em qual conduta (tráfico ou uso de drogas) o agente incorreu e a sua importância, alguns princípios reguladores do poder devem ter maiores destaques, sobretudo os princípios dispositivo, da livre investigação das provas e o da persuasão racional do juiz, também conhecido como princípio do livre convencimento motivado.

O princípio dispositivo nas palavras dos autores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹²⁴:

“O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em se fundamentará a decisão: *judex secundum allegata et probata partium debet.*”

Ainda sobre o princípio, dizem os autores citados¹²⁵:

“No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. Mesmo quando, no processo civil, se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse o excluísse a autonomia privada. Isso porque, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a *verdade formal* (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas ao autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da *verdade real* (ou verdade material), como fundamento da sentença.”

Explicam os autores nas citações acima, a importância da iniciativa das partes na instrução do processo, sobretudo na produção de provas, pois é com base nelas que o julgador fundamentará sua decisão, principalmente na seara criminal e processual penal.

O outro princípio que merece destaque, o do livre convencimento motivado ou princípio da persuasão racional do juiz, que diz que o juiz deve formar

¹²⁴ CINTRA, Antonio Carlos. et. al. **Teoria Geral do Processo**. 29ª ed. Malheiros, São Paulo, p. 72.

¹²⁵ CINTRA, Antonio Carlos. et. al. **Teoria Geral do Processo**. 29ª ed. Malheiros, São Paulo, p. 74.

livremente sua convicção, fazendo a apreciação e a avaliação das provas presentes nos autos do processo.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco sobre o princípio no Brasil:¹²⁶

“O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436; CPP, arts. 157 e 182).”

Portanto, quando o juiz utilizar do seu poder discricionário deve respeitar os limites da lei, os princípios que regem seu poder de jurisdição, sobretudo os dois princípios supracitados. Além disso, exige-se do julgador responsabilidade, sensibilidade, e honestidade, para que seja alcançada sua função como instrumento de justiça. A não observância desses requisitos faz com que o julgador abandone sua discricionariedade e torne sua decisão arbitrária, passível de anulação e configuração de abuso de poder.

Pois bem, voltando para a problemática do trabalho, o poder discricionário é de grande importância, uma vez que nem sempre os fatos e as provas dispostos nos autos do processo, situação agravada pela ausência de parâmetros objetivos, serão suficientes para formar a convicção do julgador, que terá que fazer interpretações sobre o caso.

Daí a importância do juiz ter maior liberdade na formação de sua convicção. Caso contrário ficaria o julgador “engessado”, preso somente aos elementos presente nos autos do processo, sob o risco de não chegar à melhor decisão.

De um ponto de vista prático, a discricionariedade do julgador na tipificação da conduta entre tráfico de drogas e o uso, ficaria mais evidente, por exemplo, no seguinte caso hipotético: Um indivíduo, que é traficante, já condenado por tráfico, adquiriu no período da manhã 5 kg de maconha, com o intuito de vender e obter facilmente lucro, sai pela cidade vendendo para diversos usuários. Ao final

¹²⁶ CINTRA, Antonio Carlos. et. al. **Teoria Geral do Processo**. 29ª ed. Malheiros, São Paulo, p. 76/77.

do dia, já perto de encerrar seu “expediente”, é abordado por policiais militares, que faziam ronda no local próximo a uma escola, por apresentar características suspeitas. No momento da prisão foi encontrada em sua posse a quantidade de 10 gramas da droga, visto que tinha vendido todo o resto. Na delegacia, afirma que era pra uso próprio.

São em casos como este que se faz necessário o poder discricionário do julgador para identificar a conduta que deva ser aplicada, uma vez que nas circunstâncias em que foi preso, analisando-se apenas pela quantidade e natureza da droga, não seria possível definir em qual conduta o agente incidiu. Contudo, analisando todas as circunstâncias, local e condições da apreensão, antecedentes do agente, modo como a droga estava guardada, quantia de dinheiro encontrado, fica mais visível qual a conduta cometida, se era um mero usuário de droga ou se tratava de traficante e vice versa. Neste caso hipotético, fica claro que se trata de um traficante que já havia vendido toda a sua carga.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu recentemente na APEL.Nº: 3001008-46.2013¹²⁷:

“TÓXICO POSSE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO Impetração visando a condenação do apelado no tráfico de entorpecentes. IMPOSSIBILIDADE. Tráfico não reconhecido. Ausência de prova suficiente para caracterização do crime. **Apelado e testemunhas que confirmaram que a droga era para uso próprio. Quantidade e forma como estava acondicionada a droga não demonstram o fim de tráfico.** Inviável a condenação do apelado com base em meras suposições. DESCLASSIFICAÇÃO mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

É certo que o apelado é reincidente, já tendo sido condenado por furto e que havia denúncia anônima apontando a prática do tráfico, **mas não se pode condená-lo com base apenas em suposições, inferindo que o dinheiro seria proveniente da venda de drogas, não há provas de tais fatos. Ademais, pela quantidade de maconha e forma como acondicionada não se pode confirmar**

¹²⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. APEL. Nº: 3001008-46.2013/SP. Terceira Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Apelado: Sérgio Aparecido Azevedo. Relator: Des. Ruy Alberto Leme Cavaleiro. São Paulo, 05 de abril de 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9325258&cdForo=0&vlCaptcha=akcib>>. Acesso em: 08 de abr. de 2016.

que o fim fosse o comércio ilícito, até porque, não estavam embaladas individualmente, como é o costume. Em que pese os fortes indícios de que o apelado estaria traficando, não restou cabalmente comprovada a tipificação penal. Apesar da denúncia anônima, não houve nenhuma outra diligência no sentido de apurar melhor os fatos e comprovar o tráfico.” (grifo nosso).

Neste caso, da ementa transcrita, o apelado foi denunciado por tráfico de drogas. Na sentença o juiz entendeu não estar configurado o referido crime e desclassificou a conduta para uso pessoal de droga. O Ministério Público apelou pedindo a reforma da sentença, para condenar o apelado nos termos da denúncia, que narra que foi apreendida com o apelado a quantidade de 46,3g de maconha, acondicionada em varias porções, para fins de tráfico.

Contudo, com o apelado especificamente, foram encontrados apenas uma porção de maconha e o valor de 42 reais em seu bolso. O restante da droga foi encontrada em sua residência. O apelado confirmou que era de sua propriedade a droga e que era para uso próprio, alegação que foi corroborada pelos seus familiares e pelos próprios policiais que fizeram a apreensão. O agente é reincidente, tendo sido já condenado por furto. Além disso, havia várias denúncias anônimas apontando a prática do tráfico.

Diante das circunstâncias expostas, fica evidente a importância do poder discricionário do julgador para interpretar o caso concreto, visto que existem diversos indícios a favor e contra a tipificação da conduta como tráfico.

Se o sistema de aferição de qual conduta o agente incorreu, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, fosse o de quantificação legal, o julgador ficaria preso à quantidade de droga estabelecida pela lei, limitando de certa forma, seu poder discricionário. No caso dessa apelação, teria enquadrado o agente na conduta de tráfico.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foram abordados temas relacionados às drogas. Primeiramente, no ponto de vista da droga em si, seus respectivos efeitos e os males causados pelo seu uso e pela traficância da droga dentro da sociedade, além das controvérsias sobre o seu uso. Foram apresentadas neste trabalho as drogas consideradas mais comuns no cotidiano da sociedade brasileira e conseqüentemente mais presentes nos processos judiciais.

Posteriormente foi feita uma abordagem histórica da criminalização da droga no mundo, indicando quais países foram os primeiros a tomarem iniciativas com o intuito de combater as drogas, visto que até o início do século XX, não existia no mundo uma política forte de combate, sendo abordado também como se desenvolveu essa política de combate a droga. No referido capítulo também abordou-se como a criminalização ocorreu no Brasil e os principais marcos legislativo no combate às drogas. Também foi exposta a questão do uso e do tráfico na visão criminológica, como os respectivos crimes foram tratados nas duas legislações específicas sobre drogas, fazendo também toda a classificação doutrinária dos crimes de tráfico e do uso próprio de drogas.

Encerrando o trabalho, foi feito um estudo sobre os parâmetros de diferenciação entre as condutas de tráfico e de uso, sendo apresentados os dois sistemas legais existentes e qual deles o ordenamento jurídico brasileiro adota, bem como demonstrado como são subjetivos os referidos parâmetros, sua ineficácia e imprecisão. Para tal demonstração foram apresentados posicionamentos de alguns doutrinadores e como entende a jurisprudência de alguns Tribunais de Justiça do Brasil e do Superior Tribunal de Justiça. Também é apresentado um modelo que pode mudar completamente esse quadro e que possivelmente pode vir a ser adotado no Brasil. Alguns países europeus já adotam esse modelo. Por fim, empreendeu-se análise sobre o uso do poder discricionário do julgador na diferenciação das condutas praticadas pelo agente, mostrando como muitas vezes ela é importante. Contudo, o uso desse poder de maneira incorreta é muito perigoso, pois pode tornar as decisões dos juízes arbitrárias, colocando em questão a sua segurança jurídica.

Diante de todo o estudo feito sobre o tema, com várias informações colhidas, as posições doutrinárias e os posicionamentos de alguns Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, pode-se concluir que o sistema legal de diferenciação de condutas adotado pelo nosso ordenamento jurídico não é o melhor, pois estabeleceu critérios que deveriam auxiliar o julgador no momento de classificar a conduta praticada pelo agente. Contudo, os critérios estabelecidos são um tanto subjetivos e conseqüentemente pouco auxilia o juiz, que termina por ter que se utilizar do seu poder discricionário, que deve ser usado com bastante cautela sob o risco de tornar a decisão um tanto arbitrária. Além disso, dificulta a compreensão da matéria sobre drogas.

Os dois sistemas legais de diferenciação de condutas relacionadas às drogas são: o sistema de quantificação legal e o sistema de reconhecimento judicial, que é o sistema adotado pelo Brasil. Alguns países europeus, como foi demonstrado no desenvolvimento do trabalho, adotam o sistema de quantificação legal e no Brasil já existem pesquisas e modelos sendo criados. Contudo, a conclusão que se pode ter em relação ao melhor sistema, com base nas pesquisas realizadas, seria um sistema misto ou a aplicação dos dois outros sistemas aqui referidos. Esse sistema funcionaria com parâmetros mais objetivos, sobretudo o parâmetro que trata da quantidade e natureza da droga. Contudo, mesmo com parâmetros mais objetivos de auxílio, permitiria que o julgador se utilizasse com mais liberdade do seu poder discricionário para chegar a um resultado mais claro.

O poder discricionário do julgador também é de suma importância, uma vez que em um sistema de quantificação legal, o julgador ficaria completamente preso aos parâmetros objetivos estabelecidos pela lei. No desenvolvimento do trabalho foi demonstrada, por meio de transcrição de ementa de uma decisão, a importância do poder discricionário do julgador quando os parâmetros objetivos não são suficientes para identificar a verdadeira conduta praticada pelo agente. Daí a necessidade de parâmetros mais objetivos para a tipificação das condutas somada ao poder discricionário do juiz que ficaria mais livre para interpretar o caso concreto.

Neste trabalho tentei mostrar uma falha grave na lei de drogas (Lei n.11.343/06), que é muito importante e muito utilizada no cotidiano da sociedade brasileira, pois não trata apenas da questão criminal e penal. A falha que foi

demonstrada interfere e muitas vezes pode vir a atingir direitos fundamentais, tais como a liberdade, o tratamento desigual por parte dos julgadores aos usuários e traficantes, visto que após a Lei n. 11.343/06, usuários não cumprem mais penas privativas de liberdade. Isso leva sempre o agente do tráfico a adotar técnicas que o façam parecer um mero usuário e não um traficante como realmente ele é. A falta de critérios objetivos também interfere na futura dosimetria da pena, caso o agente venha ser condenado, na possibilidade de receber benefícios como o previsto no artigo 33, §4º da lei de drogas.

Por fim, para finalizar esta conclusão, foi possível constatar com as pesquisas a escassez de material disponível sobre o tema, deixando muitas vezes um tema importante como este desatualizado. Daí a importância da presente pesquisa que resultou neste trabalho e a necessidade de se continuar pesquisando sobre o assunto, para que possam ser corrigidos erros gravíssimos como este e também para que sejam evitados no futuro, em novas leis e orientações jurídicas que possam vir a ser criadas.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Thamires. **Anvisa Libera o Uso Controlado de Canabidiol**. 2015. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2015/01/14/anvisa-libera-uso-controlado-do-canabidiol.htm>>. Acesso em 10 de out. de 2015.
- Anti Drogas. **Merla**. Disponível em: <<http://www.antidrogas.com.br/merla.php>>. Acesso em: 18 de out de 2015.
- ANVISA. **Lista de Substância Proscritas no Brasil**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/49d5ae804fb7cf5cae51ff9a71dcc661/Lista+de+subst%C3%A2ncias+proscritas+++Port+344-98.pdf?MOD=AJPERES>>>. Acesso em 17 de out de 2015.
- ARAÚJO, Marcelo Ribeiro; MOREIRA, Fernanda Gonçalves. **História das Drogas. Panorama Atual de Drogas e Dependências**. São Paulo: Editora Atheneu, p. 9 -14, 2006.
- ARRUDA, Miranda *apud* MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012. Pag. 56.
- BRANDALISE, Camila; PEREZ, Fabíola. **Maconha Medicinal no Brasil**. In: Isto é, v. 38, n. 2322, p. 56-61, maio 2014.
- Brasil realiza pesquisa sobre o uso do crack**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/09/brasil-realiza-pesquisa-sobre-o-uso-do-crack>>. Acesso em 18 de out de 2015.
- BRASIL. **Art. 12 da Lei de Drogas de 1976 - Lei 6368/76**. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11266308/artigo-12-da-lei-n-6368-de-21-de-dezembro-de-2000>>. Acesso em 23 de março de 2016.
- BRASIL. **Art. 16 da Lei de Drogas de 1976 - Lei 6368/76**. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11265998/artigo-16-da-lei-n-6368-de-21-de-outubro-de-1976>>. Acesso em: 14 de nov. de 2015.
- BRASIL. **LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 23 de mar. de 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 132.464/MG. Quinta Turma. Paciente: Alexandre Esteves de Faria. Impetrante: José Mateus Campos Maciel. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Min. Laurita Vaz. Brasília, 02 de junho 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=132464&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 08 de abr. de 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 326.341/ SP. Quinta Turma. Pacientes: Maria Paula Santos Silva e Roberivan Galdino Nascimento. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 10 de dezembro 2015.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=326341&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 23 de mar. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. RHC 43693 / DF. Quinta Turma. Recorrente: Luís Augusto Dos Santos Silva. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator(a): Min. Laurita Vaz. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=uso+drogas+perigo+abstrato&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 de nov. de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ordinário em *Habeas Corpus*. HC 102940 / ES.

Primeira Turma. Paciente: Admilson Pereira dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator(a): Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski.

Brasília, 15 fevereiro de 2011. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28102940%2E%2E+OU+102940%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oo5q5mw>>. Acesso em: 15 de nov. de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 635659 RG / SP.

Repercussão Geral. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Brasília, 08 de dezembro 2011.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+635659%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/p6hajaf>>. Acesso em 18 de nov. de 2015.

Bueno, Fernanda Silva. **A concretização do direito à saúde pelo poder judiciário: o caso de Anny Fischer**. 24- Mar-2015. Disponível em <<http://hdl.handle.net/235/6135>>. Acesso em 10 de out. de 2015.

BUSTILLOS, Gerardo. **Cocaína da Bolívia, um problema grave para o Brasil**. Disponível em:

<<http://www.antidrogas.com.br/mostraartigo.php?c=2994&msg=Coca%EDna%20da%20Bol%EDvia,%20um%20problema%20grave%20para%20o%20Brasil>>. Acesso em: 17 de out de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Penal Especial, Volume 4**. 9 ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

_____. **Legislação Penal Especial Simplificado**. 8 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

CARLINI, Elisaldo Araújo. **A História da Maconha no Brasil Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, Rio de Janeiro, v. 55, n. 4, p. 314-317, 2006.

CARVALHO, Jonatas Carlos de. **UMA HISTÓRIA POLÍTICA DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL; A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA NACIONAL**. Disponível em:

<http://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/04/carvalho_historia_politica_criminalizacao_drogas_brasil.pdf>. Acesso em: 01 de nov de 2015.

CINTRA, Antonio Carlos. et. al. **Teoria Geral do Processo**. 29ª ed. Malheiros, São Paulo.

DIEDRICH, Luis Fernando. **Um estudo sobre o art. 16 da Lei de Tóxicos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2000. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/1020>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação. APR. Nº: 20140111282439/DF. Terceira Turma Criminal. Apelante:Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Apelado:Leonardo Alves Santos. Relator: Des. João Batista Teixeira. Brasília, 31 de março de 2016. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 08 de abr. de 2016.

DRUG ENFORCEMENT AGENCY: **Coca cultivation and cocaine processing: na overview**, Executive Summary, 1993.

Estatística Atual de Usuários de Drogas no Brasil. Disponível em: <<https://prevencaoousoindevidodedrogas.wordpress.com/estatistica-atual-de-usuarios-de-drogas-no-brasil/>>. Acesso em 14 de out. de 2015.
Franco, Paulo Alves. **Tóxico: tráfico e porte**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

Fundação Para Um Mundo Livre Das Drogas. **A Verdade Sobre o Ecstasy: O que é o Ecstasy?**. Disponível em <<http://br.drugfreeworld.org/drugfacts/ecstasy/what-is-ecstasy.html>>. Acesso em: 18 de out de 2015.

_____. **Crack: Uma Breve História**. Disponível em: <<http://br.drugfreeworld.org/drugfacts/crackcocaine/a-short-history.html>>. Acesso em: 18 de out de 2015.

_____. **A Verdade Sobre a Cocaína**. Disponível em: <<http://br.drugfreeworld.org/drugfacts/cocaine/effects-of-cocaine.html>>. Acesso em: 17 de out de 2015.

GODOY, Gabriella Talmelli *apud* Villar Lins *apud* Diego Cordeiro Pinheiro. **Análise sobre os critérios de distinção entre Usuário e Traficante de drogas sob a Lei 11.343/06**: Todo mundo é usuário, ninguém é traficante?, 2015. Disponível em: <<http://xpinheiro.jusbrasil.com.br/artigos/175952022/analise-sobre-os-criterios-de-distincao-entre-usuario-e-trafficante-de-drogas-sob-a-lei-11343-06>>. Acesso em: 05 de abr. de 2016

GOMES, Luiz Flávio. Drogas, Descriminalização e Princípio da Insignificância. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 18 de nov. de 2015.

_____. **Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006**. 3ª Edição rev., atual. e ampl. São Paulo.

História do combate às drogas no Brasil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>. Acesso em: 01 de nov de 2015

IGARAPÉ, Instituto. **Nota técnica: Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas**, 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/nota-tecnica-criterios-objetivos-de-distincao-entre-usuarios-e-trafficantes-de-drogas>>. Acesso em: 05 de abr. de 2015.

BRASIL. **Código Penal - Decreto-lei 2848/40 | Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91614/codigo-penal-decreto-lei-2848-40#art-281>>. Acesso em: 14 de nov. de 2015.

BRASIL. **Lei de Fiscalização de Entorpecentes - Decreto-lei 891/38 | Decreto-lei no 891, de 25 de novembro de 1938.** Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/110787/lei-de-fiscalizacao-de-entorpecentes-decreto-lei-891-38>>. Acesso em: 09 de abr. de 2016.

KARAM, Maria Lucia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/10_Drogas%20-%20legislacao%20brasileira.doc?1286477113>. Acesso em: 01 de nov de 2015.

LEITÃO, Thais. **Número de usuários de crack chega a 370 mil nas capitais.** Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-09-19/numero-de-usuarios-de-crack-chega-370-mil-nas-capitais>>. Acesso em 18 de out de 2015.

LEITE, Marcos da Costa. **Cocaína e crack: dos fundamentos ao tratamento.** Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul LTDA, 1999.

LOPES, Renato Malcher. **Maconha, a Mais Antiga Revolução da Medicina.** Consulex : revista jurídica, v. 18, n. 414, p. 38-39, abr. 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Robert de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012.

Ministério da Justiça. **II Levantamento Domiciliar sobre o uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil 2005.** Disponível em: <<http://vivario.org.br/onu-divulga-relatorio-anual-de-drogas/>>. Acesso em: 17 de out de 2015.

MORAES, Paula Louredo. **"Maconha";** Brasil Escola. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/drogas/maconha.htm>>. Acesso em 06 de out. de 2015.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Poderes Discricionário e Vinculado.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110114163142284>. Acesso em: 08 de abr. de 2016.

NOGUEIRA, Ítalo. **Brasil é Listado em Grupo Exportadores de Ecstasy.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2010/06/755638-brasil-e-listado-em-grupo-de-exportadores-de-ecstasy.shtml?mobile>>. Acesso em 22 de outubro de 2015.

Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 14 de nov. de 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação. APL. Nº: 12987390/PR.** Quinta Câmara Criminal. Apelante: Marciel Rodrigues da Silva. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Des. Maria José Teixeira. Curitiba, 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11851426/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1298739-0#>>. Acesso em: 08 de abr. de 2016.

PELLEGRINI, Marcelo. Maconha brasileira abastece 40% do mercado nacional. 2015. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-produz-40-da-maconha-que-consome-3589.html>>. Acesso em 14 de out. de 2015.

PELLI, Ronaldo. **Histórico da Criminalização de Drogas**. Disponível em: <<http://rhbn.com.br/secao/reportagem/historico-da-criminalizacao-de-drogas>>. Acesso em: 14 de nov. de 2015.

PIRES, Rita. Vários estados legalizam o consumo da maconha no País. 2012. Disponível em <<http://www.nossagente.net/varios-estados-legalizam-o-consumo-da-maconha-no-pais>>. Acesso em 10 de out. de 2015.

PORTELA, Graça. **Livro digital da Pesquisa Nacional sobre o Uso de Crack é lançado**. Disponível em: <<https://www.icict.fiocruz.br/content/livro-digital-da-pesquisa-nacional-sobre-o-uso-de-crack-%C3%A9-lan%C3%A7ado>>. Acesso em: 18 de out de 2015.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 10ª Ed. rev.ampl. Atual. Salvador: Editora jusPodivim. 2014. Pag 427/428.

QUEIROZ, Vinícius Eduardo. **A Questão das Drogas Ilícitas no Brasil**. Disponível em: <<http://tcc.bu.ufsc.br/Economia292028>>. Acesso em: 18 de out de 2015.

Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf>. Acesso em 06 de outubro de 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. Saraiva, São Paulo, 1986.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. APEL. Nº: 0006374-90.2014.8.26.0309/SP. Oitava Câmara Criminal. Apelante: Marcos Diego Amaral. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Ely Amioka. São Paulo, 07 de abril de 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9339583&cdForo=0>>. Acesso em: 08 de abr. de 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação. APEL. Nº: 3001008-46.2013/SP. Terceira Câmara Criminal. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Apelado: Sérgio Aparecido Azevedo. Relator: Des. Ruy Alberto Leme Cavaleiro. São Paulo, 05 de abril de 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9325258&cdForo=0&v1Captcha=akci b>>. Acesso em: 08 de abr. de 2016.

SAVARESE, Mauricio. **Paraguai é origem de 80% da maconha vendida no Brasil, diz ONU**. 2012. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/02/28/paraguai-e-origem-de-80-da-maconha-vendida-no-brasil-diz-onu.htm>>. Acesso em 14 de out de 2015.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada / César Dario Mariano da Silva**. São Paulo : Atlas, 2011.

SUA PESQUISA. **Guerra do Ópio**. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/historia/guerra_do_opio.htm>. Acesso em: 01 de nov de 2015.

UNDOC. World DrugReport 2014. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2014/06/World_Drug_Report_2014_web_embargoed.pdf>. Acesso em 22 de outubro de 2015.

Vidas Sem Drogas. **Cocaína**. Disponível em: <<http://www.vidasemdrogas.org/cocaina.html>>. Acesso em: 18 de out de 2015.

VIEIRA, João. **O magistrado e a lei antitóxicos**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2004.