



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

LUIZ GUSTAVO FAGUNDES BEZERRA

**O DIREITO PENAL DA GUERRA ÀS DROGAS: A NECESSIDADE DE
CRITÉRIOS OBJETIVOS QUE DIFERENCIEM O USUÁRIO DO TRAFICANTE**

**FORTALEZA
2017**

LUIZ GUSTAVO FAGUNDES BEZERRA

O DIREITO PENAL DA GUERRA ÀS DROGAS: A NECESSIDADE DE CRITÉRIOS
OBJETIVOS QUE DIFERENCIEM O USUÁRIO DO TRAFICANTE

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará para fins de obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Profº Drº. Gustavo César Machado Cabral

FORTALEZA
2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B469d Bezerra, Luiz Gustavo Fagundes.

O Direito Penal da Guerra às Drogas: : A necessidade de Critérios Objetivos que Diferenciem o Traficante do Usuário / Luiz Gustavo Bezerra. – 2017.

47 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

1. Direito Penal. 2. Usuário e Traficante. 3. Tráfico de drogas. 4. Critérios Objetivos. I. Título.
CDD 340

LUIZ GUSTAVO FAGUNDES BEZERRA

O DIREITO PENAL DA GUERRA ÀS DROGAS: A NECESSIDADE DE CRITÉRIOS
OBJETIVOS QUE DIFERENCIEM O USUÁRIO DO TRAFICANTE

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará para fins de obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dr. Gustavo César Machado Cabral
(Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Beatriz Lima Nogueira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Delmiro Ximenes de Farias
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTO

Agradeço a minha mãe e a meu pai por terem disponibilizado tempo de vida em mim. Realmente só entendemos nossos pais quando nos tornamos um.

Agradeço a minha irmã por sempre ter me incentivado a correr atrás dos meus sonhos. Uma nova graduação aos 30 anos é uma escolha difícil, seu apoio sempre me fortaleceu.

Agradeço a meu orientador professor Gustavo, por ter aceitado orientar essa monografia. Sua orientação foi fundamental para a feitura dela.

Agradeço às amigas e aos amigos que, sabendo do tema de meu interesse, me ajudaram mandando materiais, mostrando artigos, reportagens, etc. O estímulo de vocês me enche de ânimo.

Por fim, agradeço a meu filho por sua existência. Foi ela quem sempre me motivou (e motiva) a concluir o curso, mesmo que para isso eu muitas vezes tenha ficado com o coração apertado por não estar com você. É só o começo, ainda temos muito caminhar pela frente!

“Os ricos fazem campanha contra as drogas,
e falam sobre o poder destrutivo dela, por
outro lado promovem e ganham muito
dinheiro com o álcool que é vendido na
favela.” (Mano Brown)

RESUMO

Essa monografia aborda a necessidade de parâmetros objetivos na lei de drogas, demonstrando a importância deles para uma maior segurança jurídica, diante da imprecisão dos critérios trazidos pela Lei no 11.343/06. Nesta abordagem, 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, além de um levantamento do tratamento dado à Lei nos tribunais superiores. Por fim, no último capítulo, é feito a apresentação dos atuais parâmetros de diferenciação das condutas, demonstrando sua imprecisão. Posteriormente é feita a apresentação de propostas de cenários a serem adotados com vistas a uma maior objetividade na aplicação da Lei.

Palavras-chaves: Drogas. Usuário e traficante. Tráfico de drogas. Critérios objetivos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	O DIREITO PENAL DA GUERRA ÀS DROGAS.....	11
2.1	O CONTEXTO DA PRODUÇÃO E DO COMBATE ÀS DROGAS ATÉ A PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX.....	11
2.2	Contexto na América Latina.....	19
2.3	Evolução Histórica Da Legislação Sobre Drogas No Brasil.....	20
2.3.1	<i>Decreto nº 2861 de 08 de julho de 1914.....</i>	22
2.3.2	<i>O Decreto nº 4294 de 06 de julho de 1921.....</i>	22
2.3.3	<i>O Decreto nº 20.930, de 11 de 11 de janeiro de 1932.....</i>	22
2.3.4	<i>O Decreto nº 780, de 28 de abril de 1936.....</i>	23
2.3.5	<i>O Decreto nº 891, de 25 de novembro de 1938.....</i>	23
2.3.6	<i>O Código Penal de 1940.....</i>	23
2.3.7	<i>A Lei 4.451, de 04 de novembro de 1964.....</i>	23
2.3.8	<i>Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968.....</i>	23
2.3.9	<i>Lei nº 5796, de 29 de outubro de 1971.....</i>	24
2.3.10	<i>Lei nº 6368, de 21 de outubro de 1976.....</i>	24
2.3.11	<i>A Constituição de 1988.....</i>	25
3	A LEI 11.343/2006 E A JURISPRUDÊNCIA APLICADA.....	26
3.1	A JUSTIFICATIVA DE UMA NOVA LEI DE DROGAS.....	26
3.2	O USUÁRIO NA LEI 11.343/2006.....	29
3.3	O TRAFICANTE NA LEI 11.343/2006.....	31
3.4	A JURISPRUDÊNCIA APLICADA NA DIFERENCIACÃO DO USUÁRIO DO TRAFICANTE.....	33
4.	CONCLUSÃO.....	42
	REFERÊNCIAS.....	45

1. INTRODUÇÃO

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, dando margem de interpretação aos aplicadores dela.

Para tanto, é feito um breve histórico do uso das drogas pela sociedade ao longo do tempo, no mundo e no Brasil, e uma breve recapitulação das tratativas para se proibir sua produção e consumo.

Vivemos em uma sociedade que, infelizmente, naturalizou a violência. A criminalização de determinadas drogas é um fator importante para essa naturalização, visto que dessa relação comercial artificialmente proibida, emerge uma cadeia de ações violentas, como o tráfico de armas, o surgimento de grupos de tráfico organizado, a dominação de áreas onde o Estado não entra, nas grandes cidades.

O Brasil adotou uma política repressiva com relação a algumas drogas, objetivando a acabar com a produção e o consumo delas. Acontece que essa opção se mostra ingênuo na prática, visto que as sociedades sempre se drogaram, pelos mais diversos motivos. O que se percebe hoje é que essa opção gerou o fortalecimento de grupos criminosos que traficam drogas, além de em nada ter contribuído com a diminuição do consumo das mesmas.

O Direito Penal, última *ratio* do sistema jurídico, é erroneamente utilizado para coibir uma relação que deveria ser regulada pelo Direito Comercial. Troque-se a droga ilícita pelo álcool, por exemplo, e o proibicionismo fica indefensável.

Acontece que o proibicionismo, usando o escudo de defensor da saúde pública, na verdade reveste-se de uma ferramenta de controle social de grupos étnicos periféricos, como demonstram os dados do censo carcerário brasileiro, onde dois em cada três presos no Brasil são negros (67% do total).

No terceiro capítulo é feito um levantamento da produção doutrinária acerca do tema, bem como de como a questão é enfrentada pelos Tribunais superiores. Mostra-se que nossa corte constitucional já está enfrentando a questão, inclusive propondo critérios objetivos com base nas experiências internacionais.

O problema de omissão legislativa que este trabalho aborda, quanto à ausência de parâmetros de diferenciação das condutas entre tráfico e o uso próprio de drogas, dificultam

a tipificação da conduta, fazendo com que seja dada margem de discricionariedade da atuação dos agentes públicos, principalmente do policial, agente que lida primeiramente com a questão nas ruas.

Por fim, apresento um estudo, elaborado por uma equipe multidisciplinar, que apresentou cenários com quantitativos de drogas que serviriam como parâmetros legislativos que trouxessem uma uniformidade jurídica, diminuindo a discricionariedade do poder estatal.

2. O DIREITO PENAL DA GUERRA ÀS DROGAS

Embora a expressão “guerra às drogas” tenha sido popularizada pelo presidente estadunidense Richard Nixon, em pronunciamento à imprensa, feito em 1971, onde ele declarou o abuso de drogas ilegais como inimigo número 1 dos Estados Unidos, a preocupação dos Estados nacionais com os problemas relacionados ao uso descontrolado de algumas drogas é bem anterior. É o que pretendo demonstrar a seguir.

2.1. O CONTEXTO DA PRODUÇÃO E DO COMBATE ÀS DROGAS ATÉ A PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX

Ao longo da história da humanidade, se percebe a exploração das zonas fitogeográficas em busca de plantas que tivesse a capacidade de alterar bioquimicamente o organismo humano, com objetivos variados: amenizar dores, potencializar percepções, reduzir aflições, etc.

Fermentados alcoólicos e drogas vegetais psicoativas foram grandes analgésicos, aliados do sono tranquilo, bem como estimulantes e provedores de energia para caça e combate. O vinho é a bebida mais importante na história da humanidade, usado por diversas sociedades, além de outras substâncias também chamadas de alucinógenas, ingeridas para cultos sagrados, de forma religiosa ou ideológica.

O uso de drogas, na realidade, nunca foi um problema, mas sim parte da cultura das sociedades desde a Antiguidade, servindo como estímulo, consolo, diversão, devoção e intensificação do convívio social.

Apesar das sociedades terem convivido, sem maiores problemas, por muitos anos, com a presença das drogas (agora) ilícitas, por questões econômicas, geopolíticas e morais, bem como por necessidade de se controlar alguns grupos sociais e étnicos, a questão relacionada ao comércio de drogas ganhou dimensão internacional e passou a exigir que os Estados se aparelhassem para “guerrear” contra esse mal.

Desde que as drogas foram criminalizadas, um grupo social, ou étnico, passou ser identificado como criminoso, o que justificava a atuação do Estado contra essa parcela da população, certamente vulnerável, que sempre foi alvo de algum tipo de controle estatal. Tomando como exemplo os Estados Unidos, os negros, mexicanos, irlandeses e chineses foram associados às drogas e, considerados “anormais” e, passaram ser controlados sob a

justificativa da necessidade do combate ao tráfico

Embora o Brasil não esteja entre os países produtores de drogas, o trânsito delas que ocorre pelo seu território tem um custo. Gera toda uma indústria criminosa organizada, que inclui tráfico de armas e de precursores químicos, criminalidade urbana e corrupção, com implicações diretas para a saúde pública.

A política estatal de combate às drogas listadas como proibidas é um assunto de interesse de qualquer país, tendo em vista que seus reflexos estão diretamente relacionados com questões centrais que afetam a qualidade de vida da população nacional, como a Segurança Pública, por exemplo.

Esse interesse cresce, primeiramente, através da sociedade civil nos Estados Unidos, ao longo do século XIX, quando movimentos de organizações religiosas atreladas ao discurso médico começam a ganhar forte expressão política. Diversas associações anti álcool se formam e investem em ações diretas em bares numa cruzada civil-religiosa. Embora as associações religiosas “anti bebidas” fundassem seu discurso no combate ao mal e as iniciativas médicas atrelasse o fenômeno ao discurso da doença, ambos os movimentos apontavam, desde esta época, para a estratégia de internação compulsória em instituições asilares. (ESCOHOTADO, 2005; ARAUJO, 2012). Trata-se, portanto, de um movimento emergente não-estatal que foi sendo mobilizado a partir de iniciativas locais da sociedade civil americana e que aos poucos foi se estatizando.

Por ocorrer na natureza, sem necessidade de transformações químicas, o ópio terá sido provavelmente a primeira droga descoberta pela humanidade, o que se acredita ter ocorrido na Ásia Menor. É dos sumérios a menção mais remota à papoula de que se tem conhecimento, entre 5000 e 6000 a.C., encontrando-se em seu alfabeto ideograma que significa “planta” da “alegria”. A cannabis e o ópio começaram a ser utilizados como medicamentos e em rituais religiosos na Índia e no Egito há pelo menos quatro mil anos, sendo Tebas famosa, nos tempos faraônicos, por seus campos de papoula (SILVA, 2013).

Apesar do consumo de drogas ser tão antigo quanto a humanidade, o interesse dos Estados em controlar as drogas só veio no início do século XIX. Os europeus entraram em contato com um grande número de substâncias psicoativas desde as Grandes Navegações (século XVI), e as introduziram, progressivamente, em suas sociedades com finalidades médicas ou recreativas. No século XIX, Europa e Estados Unidos passaram a conviver com grande variedade de novas drogas. Paulatinamente, da expansão europeia à revolução

industrial, as substâncias psicoativas deixaram de ser apenas meras formas de recreação, para se converterem em mercadorias, bens de consumo. O marco definitivo desse processo foram as Guerras do Ópio (1839 e 1865), pelas quais os ingleses, que declararam guerra à China em favor do "livre comércio", garantiram o monopólio internacional dessa substância, implementando a prática comercial de substâncias psicoativas em larga escala.

Cumpre ressaltar que os europeus não introduziram o cultivo ou o comércio de ópio na China, onde a substância era conhecida e utilizada para fins medicinais desde pelo menos o início da Era Cristã. Durante a Idade Média, o Império Celestial estabeleceu com o mundo árabe comércio de pouca monta, destinado sobretudo a compensar eventuais perdas na produção local. O consumo para uso recreativo era restrito à nobreza e às elites, sendo estimulado ainda entre as concubinas como forma de manter sua submissão. O problema da dependência envolvia uma minoria e não tinha, portanto, repercussões sociais (SILVA, 2013).

A partir de então, houve uma popularização do comércio e, consequentemente, do uso do ópio em escala mundial, sendo esse consumo desprovido de qualquer contexto histórico acerca dos usos das drogas que funcionasse como mecanismo de controle informal do consumo, ficando submetidos ao contexto cultural de cada nação. Esse consumo desenfreado acarretou uma série de desdobramentos e impactos sociais, tais como relatos de overdoses, complicações crônicas à saúde e o desmantelamento de hábitos locais tradicionalmente instituídos.

Para o governo e os comerciantes ingleses e de outras potências ocidentais, não se colocava aqui um dilema ético particularmente grave: o ópio era visto como uma commodity tão legítima quanto, por exemplo, o uísque. Ademais, era aceita como fato irrefutável a predileção dos chineses pela substância. Um escritor da época relata que uma senhora britânica educada procuraria fazer com que um convidado chinês se sentisse em casa esperando, com toda a naturalidade, vê-lo trazer consigo sua caixinha de fumo ou de ópio. Nesse contexto se comprehende a declaração do Primeiro-Ministro, Lord Palmerston, de que o comércio do ópio constituía um problema da China, cabendo àquele país controlar o consumo (SILVA, 2013).

Com isso, há um aumento significativo do consumo de ópio, e ai surge a necessidade de intervenção estatal para controlar o uso massificado dessas substâncias psicoativas. Primeiramente em nível nacional, com cada Estado tratando a sua maneira desse controle,

adequando-o a sua realidade. Depois veio a tentativa de controle a nível internacional, capitaneada pelos Estados Unidos.

Vestindo a roupa da neutralidade, a atividade diplomática, quando concretizada em uma convenção ou em um tratado, carrega a aparência da construção democrática de um entendimento, mas esconde os interesses financeiros, a falta de conhecimento científico e os preconceitos dos agentes diplomáticos envolvidos.

A tentativa estadunidense de controlar o comércio internacional do ópio passa, em primeiro lugar, pela necessidade de frear o controle que os ingleses detinham sobre esses mercados, conquistando, assim, espaço de manobra e poder econômico nos mercados do oriente. Além disso, havia uma solidariedade por parte do governo dos Estados Unidos com a China, que sofria com a abertura de seus portos aos ingleses, com consequente entrada em larga escala do ópio, o que trouxe um grave problema sanitário.

A primeira ação internacional, destinada a promover uma proibição coordenada à produção, ao comércio e ao consumo de selecionadas substâncias psicoativas e suas matérias primas, foi sistematizada na Convenção Internacional sobre o Ópio, adotada pela Liga das Nações, em Haia em 23 de janeiro de 1912. A regra de seu artigo 20 recomendava aos Estados signatários que examinassem a possibilidade de criminalização da posse de ópio, morfina, cocaína e seus derivados.

A restrição da produção, da distribuição e do consumo das substâncias e matérias primas tornadas ilícitas a fins exclusivamente médicos e científicos foi explicitada com a Convenção para limitação da fabricação e regulação da distribuição de drogas narcóticas de 1931 (Convenção de Genebra), que veio complementar as anteriores Convenções Internacionais sobre o Ópio (a já referida de 1912 e a de 1925). Avançando na ideologia proibicionistas, o novo diploma editado no âmbito da Liga das Nações ainda não chegava, no entanto, a impor a criminalização, como iriam fazê-lo as vigentes convenções, editadas sob a égide da Organização das Nações Unidas.

Antes, porém, em 1909, sob a liderança norte-americana, formou-se a “Comissão do Ópio”, que incluía 13 potências mundiais (Grã-Bretanha, França, Alemanha, Japão, Holanda, Portugal, Rússia, China, Sião, Pérsia, Itália, Áustria-Hungria e Turquia, além dos EUA. A Turquia foi o único dos membros da Comissão a não enviar representante a Xangai). Essa comissão se reuniu em Xangai para discutir o problema do comércio do ópio a nível global.

Aliadas, as delegações norte-americana e chinesa defenderam a imposição de controles internacionais severos (os quais pouco afetariam aos EUA) e questionaram as prerrogativas das potências coloniais, criando uma atmosfera conflituosa, principalmente com a Grã-Bretanha. As demais potências, lideradas pela Grã-Bretanha, argumentaram que caberia a cada Nação, soberanamente, controlar o uso do ópio, recusando qualquer tratado internacional de controle juridicamente vinculante.

Países com indústrias farmacêuticas importantes – Alemanha, Suíça, Holanda – dispuseram-se a apoiar controles sobre matérias-primas, mas recusaram quaisquer restrições às drogas manufaturadas. Estados produtores como Pérsia e Índia diziam ser o uso de drogas um assunto interno e defendiam seu direito de exportar aquelas substâncias para os Estados que não proibissem sua importação. A Turquia, segundo produtor mundial após a Índia, sequer se fez representar no encontro (SILVA, 2013).

Potências europeias, com colônias no Sudeste Asiático onde se comercializavam grandes quantidades de ópio, temiam que a redução da oferta lícita estimulasse o contrabando (o que veio efetivamente a ocorrer) e consideravam as iniciativas naquele sentido irrealistas e irresponsáveis. As potências europeias sem interesses diretos no tema, embora simpatizando com as iniciativas norte-americanas, assumiram posição distanciada, considerando a questão pouco prioritária. Como pano de fundo das negociações, seguia predominando o princípio do livre-comércio, extensivo às substâncias psicoativas. Nesse cenário, não admira que o consenso se tenha mostrado praticamente inviável.

Com a impossibilidade de se conseguir compromissos definidos, a Comissão apenas elaborou recomendações aos seus membros, principalmente para que diminuíssem gradualmente as exportações para os países onde estas estivessem banidas. Na prática, os governos participantes continuaram a seguir seus próprios interesses, ignorando as recomendações da Comissão. Com isso, o Império Britânico continuou sendo o maior produtor e exportador mundial de ópio até a década de 1930.

Apesar de não haver estabelecido nenhuma obrigação internacional, o encontro teria consequências de longo alcance, constituindo o ponto de partida inicial para o controle internacional das drogas. Apesar de não ter sido efetiva para, num primeiro momento, cessar o comércio do Império Britânico, a Comissão conseguiu discutir a situação interna dos países no que diz respeito às drogas, e influenciou os países de menor força diplomática a cessarem as exportações do ópio.

Após um lapso temporal, motivado pelo desinteresse em resolver a questão, realizou-se em dezembro de 1911 uma nova conferência, com a participação dos mesmos países que haviam estado em Xangai, com o mesmo difícil objetivo da primeira convenção: restringir uma indústria lucrativa multinacional. Mesmo concordando com a existência de um problema internacional, a preocupação principal dos governos participantes seguia sendo com as perdas comerciais. Ainda assim, a conferência foi um divisor de águas, pois desta vez os delegados tiveram poderes para formular um projeto de convenção a ser submetido a seus governos. Em janeiro de 1912, em meio a pressões norte-americanas, chegou-se a uma convenção para o controle da produção do ópio e a proibição do seu uso para fins não medicinais.

A Convenção de Haia foi um divisor de águas, constituindo-se no primeiro tratado internacional regulamentando, mesmo que de forma frágil, a produção e o comércio de drogas. Ela foi o passo inicial para a constituição de um arcabouço normativo internacional. Deu à questão um tratamento repressivo e proibicionista: determinou a restrição da produção, venda e uso do ópio a necessidades “legítimas” (medicinais e científicas), estipulou a supressão gradual do seu fumo, estabeleceu um sistema de autorizações e registros e proibiu a exportação de drogas para Estados que banissem sua importação. Definiu quimicamente opiáceos e cocaína, de modo a eliminar as lacunas legislativas, que até então permitiam que os traficantes declarassem impunemente seus produtos como derivados ou substitutos. Marcou o início de um verdadeiro internacionalismo na questão, refletindo a crescente conscientização de que outras nações além da China haviam sido “contaminadas” pelo consumo do ópio. Mais importante, consolidou o princípio de que era um dever – e um direito – de todo Estado velar pelo uso “legítimo” de certas drogas. E contribuiu efetivamente para a redução do problema de dependência na China. Atribuiu-se ao Governo dos Países Baixos, país-sede da reunião, a responsabilidade por monitorar o cumprimento da Convenção (SILVA, 2013).

Apesar de ter sido formada para discutir a questão dos opiáceos, a Convenção abordou, de forma incipiente, a questão da *cannabis*, por pressão da Itália, que queria ter controle sobre a produção e o consumo dela em suas colônias africanas.

Embora tenha servido como pioneira no tratamento da questão das drogas a nível internacional, a Convenção deixou lacunas significativas, principalmente por deixar a cargo dos governos, através de legislação interna, o controle da produção e distribuição das drogas.

Os principais territórios produtores, representados no encontro pelo Reino Unido, conseguiram barrar as tentativas de regulamentação internacional sobre redução de cultivo. Em suma, a Convenção debateu muito a questão, incentivando o controle e dando luz ao problema da desregulamentação da produção e do consumo, mas obrigou pouco.

Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, houve uma mudança de rumos sobre os desejos dos americanos em reduzir a produção dos opiáceos. Isto porque, a Alemanha era a grande potência farmacêutica que dominava o mercado de produção de morfina e heroína, e a cessação do fornecimento para os Estados Unidos e seus aliados, levou-os a expandirem suas indústrias farmacêuticas produtoras dessas substâncias.

O final da guerra permitiu a retomada das discussões internacionais e a entrada em vigor da Convenção em 1919. A cessação das hostilidades veio, no entanto, agravar o problema das drogas, começando as indústrias farmacêuticas a buscarem mercados para suas capacidades produtivas expandidas e ampliando desse modo a oferta nos mercados. Os sintéticos, muitos dos quais desenvolvidos durante a Guerra, suplantaram temporariamente a heroína e a cocaína, cujo consumo veio a declinar substantivamente nos anos trinta.

Em 1925, aconteceu, em Genebra, a segunda conferência dos países reunidos na Comissão do Ópio, com a aprovação da Convenção Internacional do Ópio, que estabeleceu uma série de medidas de controle. Entretanto, o documento final manteve a liberdade dos Estados para produzir e comerciar drogas em quaisquer quantidades, contanto que fornecessem relatórios precisos aos órgãos da Liga. Tratava-se de um regime de controle inexperiente, limitado e, uma vez mais, focalizado exclusivamente no controle da oferta.

Apesar disso, a Convenção trouxe alguns avanços: criaram-se novas expectativas no tocante ao comportamento internacional; os países concordaram em divulgar informações até então consideradas confidenciais; acordou-se a manutenção de um banco de dados sobre a produção mundial de ópio, as necessidades da indústria farmacêutica e as rotas de tráfico e comércio; incluíram-se na ordem do dia questões referentes a uma maior cooperação internacional e implementação doméstica dos acordos e incorporou-se ao regime de controle a heroína e a *cannabis*, esta última restringida a usos médicos e científicos (em virtude das preocupações britânicas com a conversão do haxixe em um símbolo de subversão anticolonialista no seu território egípcio). E instituiu-se um órgão oficial para policiar as regulamentações.

Em 1936, a Liga das Nações se reuniu e realizou a “Convenção para a Repressão do

Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas”, primeira reunião a expressamente abordar a questão do comércio proibido a nível internacional como sendo algo ilícito, ilegal. Assim, cria-se a figura do traficante, como toda a carga de demonização que o conceito carrega até hoje.

Durante a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos perceberam que o comércio de ópio continua livre na região que hoje abrange a Indonésia e a Tailândia, e com isso, por supostamente estarem seus soldados se viciando em ópio nessa região, incorporaram o objetivo de eliminação do tráfico de ópio na região. Nesse momento, as guerras se confundiram e se intercambiaram, ficando o comércio de ópio sendo eliminado, abrindo oportunidade de mercado para as indústrias farmacêuticas americanas.

Com o fim da Segunda Guerra, começa o período conhecido como Guerra Fria, protagonizado pela dualidade entre Estados Unidos e União Soviética. Apesar desse tensionamento, ambos os lados se declaravam antidrogas. Assim, após a criação das Organizações das Nações Unidas – ONU, o protagonismo da Liga das Nações é substituído por ela.

Como os quatro países que detinham força dentro da ONU, Estados Unidos, União Soviética, Reino Unido e China, tinham consenso no combate às drogas, a imposição de normas e tratados internacionais que tratavam desse tema se dava de forma tranquila, além da imposição de legislações fortes, que muitas vezes não respeitavam os valores internos, aos demais países.

Em 1961, a ONU organizou a “Convenção Única sobre Entorpecentes”. Nela, foi editado um tratado, que considerava a maconha sem valor medicinal, consequentemente, proibindo seu cultivo a qualquer fim. O Brasil aderiu a essa convenção, tendo, por conta dela, promulgado aqui o Decreto 54.216 de 1964.

Esta Convenção marcou um divisor de águas na política internacional de drogas, visto que a partir dela o Direito Penal passaria a regular a questão. Nela o produto droga se transformou num mal que deveria ser combatido por todas as Nações.

Em 1971, a “Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas” representa a ampliação do controle internacional sobre novas drogas. A partir dela, o presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, declarou guerra às drogas, expressão usada pela primeira vez e que até hoje se perpetua.

O proibicionismo, dirigido contra as drogas tornadas ilícitas, hoje se expressa internacionalmente nas três convenções da ONU sobre a matéria, vigentes e

complementares: a Convenção Única sobre entorpecentes de 1961, que revogou as convenções anteriores e foi revista através de um protocolo de 1972; o Convênio sobre substâncias psicotrópicas de 1971; e a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena).

Tais diplomas internacionais pretendem restringir a fins exclusivamente médicos e científicos a produção, a distribuição (aí incluído não só o comércio, mas qualquer forma de fornecimento ou entrega a terceiros) e o consumo das substâncias e matérias primas tornadas ilícitas, mediante a criminalização de condutas relacionadas àquelas atividades que se realizem com quaisquer outros fins.

Mas, essa é apenas a legislação internacional atualmente em vigor. Um olhar para o passado mostra que nem sempre existiu a proibição, o que já sinaliza que no futuro ela pode, precisa e seguramente deixará de existir.

2.2. CONTEXTO NA AMÉRICA LATINA

A descoberta do princípio ativo da folha da coca foi um marco para a região. A popularização, principalmente nos Estados Unidos, dos remédios e compostos psicoativos derivados dela fez com que as exportações agrícolas da Bolívia e do Peru passassem a ser os seus ativo econômico. Compreensivelmente, os governos de ambos os países relutariam durante décadas em impor restrições sobre sua produção.

Durante o período das tratativas da Convenção do Ópio, poucos governos latino-americanos ratificaram os acordos firmados na Convenção de Genebra. Alegando razões sociais, culturais e sobretudo econômicas, Peru e Bolívia mantiveram seus cultivos de coca sem restrições. A expectativa gerada pelas exportações da coca levou alguns países a sonharem com a independência econômica.

Nos foros internacionais sobre drogas, os países latino-americanos e caribenhos, tanto produtores como não produtores, tardariam a comportar-se de forma atuante, permanecendo relativamente alheios às primeiras convenções e iniciativas voltadas para a supressão do ópio e de outras drogas – problema que julgaram, equivocadamente, que não viria a lhes atingir. Em face da incipiente da produção e sobretudo do consumo doméstico, o tema das drogas estava longe de constituir uma questão relevante para as sociedades, os governos e, por conseguinte, a política externa de suas chancelarias. Tampouco sofreriam

aqueles países – com a possível exceção do México em determinadas épocas – pressões externas significativas em prol de um maior engajamento na questão (SILVA, 2013).

Como eram (de certa forma, ainda são) atores com pouca força diplomática internacional, os países produtores latino-americanos adotaram uma postura de distanciamento das convenções e conferências internacionais. Mesmo com a inclusão da cocaína e da *cannabis* como drogas a serem controladas, na Convenção de Genebra de 1925, a produção dessas drogas continuou crescendo na região.

Quanto ao Brasil, seu distanciamento das tratativas internacionais sobre o controle de drogas justificava-se por não haver problemas relacionados às drogas por aqui. A decisão do governo imperial de impedir a entrada de imigrantes chineses, preteridos por imigrantes europeus, que viriam trabalhar nas lavouras, em boa medida, motivada por preconceito, evitou que o hábito do consumo de ópio se popularizasse aqui.

O Brasil comportou-se durante grande parte do século XX como observador distante e pouco participativo de um problema que não o atingia e parecia que não o atingiria, consumo desmedido de drogas.

2.3. Evolução Histórica Da Legislação Sobre Drogas No Brasil

O Brasil colonial é marcado pela carência de drogas e remédios já consagrados na Europa, dentre os quais, remédios para dor. Essa situação dava margem para atuação de vários curandeiros leigos, mesmo nos principais centros da administração colonial. Com isso, os Boticários e Cirurgiões, diplomados oficialmente, ocupavam o topo da pirâmide profissional, visto que poucos se arriscavam em sair de Portugal e vim para a colônia, além da inexistência de instituições de ensino aqui.

Aqui vigia o mesmo ordenamento jurídico de Portugal. Em 1603, estava em vigência o Código Filipino, que surgiu como resultado do domínio espanhol sobre Portugal, e que previa, em seu Título LXXXIX¹, penas de confisco de bens e degredo para a África para os que portassem, usassem ou vendessem substâncias tóxicas. Trata-se do primeiro comando normativo que regulamentou as drogas em solo brasileiro. Como se vê, a pena imposta era a mesma para quem vendesse ou portasse (consumisse), não havendo qualquer distinção entre usuário e comerciante.

No Código Penal de 1830 não havia nenhuma menção sobre a proibição do consumo

ou comércio de entorpecentes. Embora sua edição tenha sido uma atitude de vanguarda, tratava-se do primeiro código autônomo da América Latina, a realidade brasileira à época não pedia essa regulamentação.

Essa lacuna foi preenchida em 1851, com a edição de um Decreto² disciplinando a política sanitária e a venda de substâncias medicamentosas. Essa foi a primeira iniciativa própria tomada pelo Brasil com vistas a regulamentar a questão das drogas. Este decreto vigorou até a queda do Império.

Desse período até 1890, quando foi editado o primeiro Código Penal da República, havia apenas restrições esparsas em posturas municipais, como a proibição pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro da venda e uso do pito de pango, o cachimbo de barro usado para fumar maconha. O vendedor era multado em 20.000 réis, e os escravos e demais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia (TORCATO, 2016).

Após a queda do Império e a Proclamação da República brasileira, os militares que assumiram o poder promoveram uma série de mudanças normativas, inclusive com a edição de uma nova Constituição, em 1891.

Antes da promulgação da Constituição de 1891, porém, houve a edição de um Decreto³ em 1890 promulgando um novo Código Penal, com previsão expressa para crimes relacionados à venda ou a administração de drogas sem autorização. Assim, voltava a ter, a nível nacional, comandos normativos regulando o comércio de drogas, embora não tenha sido uma resposta aos problemas internacionais relacionados ao ópio. O artigo 159 do Código, incluído no Título III da Parte Especial (Dos Crimes contra a Tranqüilidade Pública) previa como crime: "*expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários*". A pena era de multa. A proibição era, portanto, destinada aos boticários, para prevenir o uso de veneno para fins criminosos.

Como até esse momento a questão das drogas não se apresentava como um problema significativo de saúde pública, não havia uma reação estatal direcionada ao controle da produção e do consumo.

Acontece que essa realidade foi paulatinamente mudando devido a sua especificidade geográfica. Embora não fosse produtor e nem grande consumidor das drogas, o Brasil é, principalmente quando da proibição do comércio, corredor de trânsito delas. E essa característica trouxe inúmeros problemas, como o tráfico de armas, aumento da

criminalidade urbana, corrupção dos agentes governamentais, etc.

Na história de formação do regime internacional de combate às drogas, o Brasil permaneceu submisso às diretrizes das potências protagonistas, principalmente a dos Estados Unidos.

2.2.1. O Decreto nº 2861 de 08 de julho de 1914

Em 1914, o Brasil, através da determinação do então Presidente Wenceslau Braz, sancionou o Decreto nº 2.861³, de 08 de julho de 1914, aprovando a adesão do país à Conferência Internacional do Ópio. O viciado passou a ser tratado como doente, e não como criminoso, mas o tratamento da doença se dava com internações compulsórias a partir de pareceres médicos.

Assim, o Brasil se comprometeu a buscar a fiscalização sobre o consumo da cocaína e do ópio. Neste momento é iniciado uma tentativa de controle. Porém seu consumo já ocorria na sombra da sociedade, e assim sendo, foi proliferando entre os pardos, negros, imigrantes e pobres, o que começou a incomodar o governo.

2.2.2. O Decreto nº 4294 de 06 de julho de 1921

Este Decreto revogou os artigos 159, 396, 397 e 398 do Código Penal de 1890, que tratavam da venda de substâncias venenosas e de bebidas alcoólicas, dando nova regulamentação a essas atividades, com nova abordagem acerca da internação dos toxicômanos, sobre o controle dos entorpecentes nas alfândegas e farmácias, e previam a responsabilização não só do farmacêutico como também dos particulares que participassem, de qualquer forma, na venda ou prescrição de tais substâncias, deixando claro que se tratava de crime comum.

2.2.3. O Decreto nº 20.930, de 11 de 11 de janeiro de 1932

Foi a partir da Consolidação das Leis Penais de 1932 que se inicia a criminalização de condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo das drogas tornadas ilícitas, com a substituição da expressão “substâncias venenosas” do artigo 159 do Código Penal de 1890 por “substâncias entorpecentes”, expansão da quantidade de condutas

proibidas e introdução da cominação de pena privativa de liberdade, fixada para quem fornecesse aquelas substâncias em 1 a 5 anos.

2.2.4. O Decreto nº 780, de 28 de abril de 1936

Instituiu a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, cuja atribuição, dentre outras, era esboçar um anteprojeto de consolidação de todas as leis e decretos até então editados sobre a matéria.

2.2.5. O Decreto nº 891, de 25 de novembro de 1938

Anterior ao Código Penal de 1940, este decreto foi promulgado sob a ditadura do Estado Novo, e tipificou a punição para os atos preparatórios (plantar, cultivar, colher) e tornou mais radical a internação obrigatória, que poderia ocorrer "quando provada a necessidade de tratamento adequado ao enfermo, ou for conveniente à ordem pública" (art. 29 §), não poderia ser no domicílio (art. 28) e poderia ser por tempo indeterminado (art. 29, *caput*).

2.2.6. O Código Penal de 1940

O Código Penal de 1940 veio com o Congresso Nacional fechado, espelhando tendências autoritárias, e reuniu os dispositivos criminalizadores anteriores a ele em seu artigo 281. Embora tenha sido promulgado sob as asas de uma ditadura, o Brasil estava em um momento no qual as drogas não eram o principal problema social na mente de uma sociedade, sobretudo, rural.

2.2.7. A Lei 4.451, de 04 de novembro de 1964

Através desta lei houve a primeira alteração no conteúdo do art. 281 do Código Penal. Ela adicionou ao tipo a conduta de plantar qualquer substância entorpecente, ausente na redação anterior e que visava inibir o crescimento do consumo de *cannabis*.

2.2.8. Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968

Em 1968, esse Decreto inseriu na redação do artigo 281 as ações de preparar e produzir, inclusive no rol de entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica. Alterou-se também o critério de aplicação da pena pecuniária, que passou

a ser fixada tendo como valor referencial o salário mínimo vigente no país. Em razão do entendimento jurisprudencial que vinha descriminalizando o usuário de drogas, esta alteração legislativa equiparou a pena do consumidor à do traficante. Apesar de orientação internacional para que houvesse diferenciação entre os agentes, este decreto-lei manteve a equiparação, causando uma confusão jurídica e científica.

Como até a edição deste Decreto não havia nenhum dispositivo expresso que criminalizasse o usuário, a jurisprudência entendia que o consumo de drogas não era criminalizado. Influenciado principalmente pelos Estados Unidos, o artigo 281 do Código Penal foi alterado para estabelecer a mesma sanção para traficantes e usuários de drogas.

2.2.9. Lei nº 5796, de 29 de outubro de 1971

Foi a primeira Lei específica sobre drogas editada no Brasil, as alterações determinadas por esta Lei ensejaram em pensamentos mais extremados quanto ao tráfico, pois, naquela época, as autoridades militares e policiais passaram a considerar usuário e traficante de drogas como um inimigo interno.

Ainda mantendo as tipificações das condutas relacionadas à produção, ao comércio e ao consumo nas regras do artigo 281 do Código Penal, eleva a pena máxima de 5 para 6 anos, introduz a quadrilha específica para o dito “tráfico”, prevendo a possibilidade de sua formação com apenas duas pessoas (a “duilha”), com penas de 2 a 6 anos de reclusão, e impõe o trancamento da matrícula do estudante encontrado com as substâncias proibidas, bem como a perda do cargo de diretores de estabelecimentos de ensino que deixassem de comunicar às autoridades sanitárias os casos de uso e “tráfico” dessas substâncias no âmbito escolar.

Logo em seu primeiro artigo, o ordenamento enfatiza a guerra contra as drogas, ao afirmar que é dever de todos colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias ilícitas.

2.2.10. Lei nº 6368, de 21 de outubro de 1976

Em 1976 entra em vigor a Lei 6.368/76, que revogou o art. 281 do Código Penal, marcando a completa descodificação da matéria e instaurou no Brasil *"modelo inédito de*

controle, acompanhando as orientações político-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais"(CARVALHO, 2007, p.21). As condutas criminalizadas não diferiram, havendo apenas aumento das penas. Permaneceu o dever jurídico do art. 1º da lei anterior, mas a palavra combate foi substituída pela expressão "*prevenção e repressão*".

2.2.11 A Constituição de 1988

A Constituição Federal/1988, em seu inciso XLIII do artigo 5º, também previu disposições relativas ao combate e repressão às drogas, estabelecendo a equiparação do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos. Desta forma, impediu a possibilidade de fiança, graça ou anistia para esses delitos, bem como determinou a responsabilização criminal dos mandantes, dos executores e dos que se omitirem quando podiam evitar essas infrações.

Por consequência, a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) regulamentou a Constituição Federal e incluiu no rol dos crimes equiparados a hediondos o tráfico ilícito de entorpecentes.

O artigo 243 da Constituição criou a possibilidade de expropriação de glebas onde se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e, no parágrafo único, previu a perda de valores apreendidos em decorrência do tráfico de drogas.

3. PROBLEMAS CONCEITUAIS DA LEI N° 11.343/2006

3.1. A JUSTIFICATIVA DE UMA NOVA LEI DE DROGAS

A Lei 11.343/2006 é apenas mais uma dentre as legislações dos mais diversos países que, reproduzindo os dispositivos criminalizadores das proibicionistas convenções da ONU, conformam a globalizada intervenção do sistema penal sobre produtores, comerciantes e consumidores das selecionadas substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção, que, em razão da proibição, são qualificadas de drogas ilícitas.

Com o intuito de se dar uma nova abordagem ao tratamento das drogas, foi promulgada em 2006 uma nova Lei de Drogas. Essa Lei instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD.

A nova lei representa a primeira tentativa no âmbito legal de harmonizar o desenvolvimento das políticas públicas de saúde e segurança, uma vez que a saúde pública é o bem maior que se busca proteger com todo o aparato do sistema repressivo da política antidrogas nacional.

A criação do SISNAD tinha como objetivo articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com: a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas, conforme determina o artigo 3º da lei.

Entretanto, os capítulos que tratariam da composição e organização do SISNAD, bem como das atribuições dos órgãos que o comporiam, foram vetados pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva que, nas suas razões, alegou que os artigos ao disporem sobre organização e funcionamento da Administração Pública, criavam obrigações aos entes federados, contrariando a Constituição da República.

A previsão era de que representantes do Ministério da Saúde, da Educação, da Justiça, do Gabinete de Segurança Institucional, da Política Social, entre outros, compusessem o SISNAD, buscando uma abordagem integral e transversal da questão das drogas. O fato é que, sem a definição do conjunto dos órgãos, e das respectivas diretrizes de funcionamento, ele perdeu dinâmica e capacidade intervadora, restando apenas a execução descentralizada da lei, no âmbito das esferas federal, distrital, estadual e municipal, conforme o artigo 7º, único mantido.

A Lei trouxe em sua redação o advento da nomenclatura “drogas” ao invés de “tóxicos” e “entorpecentes”, conforme entendimento pacífico da Organização Mundial de Saúde - OMS.

A Lei prossegue a escalada de elevação das penas cominadas aos autores de condutas identificadas ao “tráfico”. Como visto, na revogada Lei 6.368/76, que triplicara as penas, a pena mínima para os tipos básicos de crimes identificados ao “tráfico” era de três anos de reclusão. A Lei aumenta essa pena mínima para cinco anos de reclusão.

E, diante da previsão de circunstâncias qualificadoras (por exemplo, o emprego de arma ou o fato do “tráfico” ser feito nas imediações de escolas ou locais de trabalho), que aumentam de um sexto a dois terços as penas previstas para aqueles tipos básicos de crimes, as penas efetivamente aplicadas dificilmente ficarão no mínimo de cinco anos de reclusão. Isto já ocorria na vigência da Lei 6.368/76, em que a freqüente identificação de circunstâncias qualificadoras tornava rara a aplicação da pena mínima. Na Lei 11.343/2006, a lista de circunstâncias qualificadoras é ampliada, o que tornará ainda mais rara a aplicação da pena mínima.

Ela ainda reafirma a antecipação do momento criminalizador da produção e do comércio das drogas tornadas ilícitas. Essa antecipação se revela no abandono das fronteiras entre consumação e tentativa, com a tipificação autônoma (isto é, a previsão na lei como crime) da posse, do transporte ou da expedição das substâncias ou matérias primas proibidas. Possuir, transportar ou expedir são condutas que constituem apenas um começo da execução da venda ou de qualquer outra forma de fornecimento, que caracterizam propriamente o “tráfico”.

O postulado da proporcionalidade também é violado quando se equipara o fornecimento gratuito ao “tráfico”. O “tráfico” é, por natureza, uma atividade econômica. “Tráfico” significa negócio ou, mais propriamente, comércio. Do ponto de vista criminalizador, uma conduta sem o objetivo de obter proveito econômico, como é o fornecimento gratuito, tem um menor conteúdo de reprovação, não podendo ser tratada da mesma forma.

A Lei 6.368/76 não fazia nenhuma distinção entre o fornecimento gratuito e o fornecimento com o objetivo de obter proveito econômico. A Lei 11.343/2006 só o faz em parte, apenas distinguindo a conduta de quem eventualmente oferece a droga ilícita, sem

objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para um consumo conjunto, prevendo para essa conduta uma pena bem mais leve.

Essa única diferenciação, condicionada à finalidade de um consumo conjunto, leva à esdrúxula situação de se tratar como “traficante” quem oferece ou fornece gratuitamente, mas não pretende consumir. Parece até um incentivo ao consumo, que, paradoxalmente, permanece criminalizado na vaga tipificação da indução, instigação ou auxílio ao uso.

Além disso, a Lei trouxe uma distinção entre o usuário e o traficante de drogas, dando àquele um tratamento penal diferenciado. O artigo 28 da nova lei cuida do usuário ou dependente de drogas para consumo pessoal e altera a conduta prevista na legislação anterior, inclusive em seu preceito secundário, não mais prevendo detenção ou multa, mas sim penas educativas. Essas modificações levaram parte mínima da doutrina a acreditar que houve descriminalização do consumo de drogas, contudo, houve, segundo a melhor doutrina, uma descarceirização do usuário de drogas, e segundo o STF, despenalização.

A determinação de que a droga se destinava ao consumo pessoal será atribuída pelo juiz, que será obrigado a considerar a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente (artigo 28, § 2º). Elementos estes que serão principalmente descritos pela autoridade policial e irão balizar o convencimento do juiz.

Desta forma, os agentes policiais, responsáveis pelo primeiro nível de controle da ação institucional, continuam exercendo o poder de detenção dos indivíduos, delimitando as ações que se enquadram ou não na conduta prevista no artigo 28. E, considerando que estes são formados pela visão tradicionalista e estereotipada, acabam por reproduzir o sistema de descriminação dos usuários.

Segundo dados do censo carcerário realizado em 2014 pelo Departamento Penitenciário Nacional, em 2006, quando a Lei 11.343 começou a valer, eram 31.520 presos por tráfico nos presídios brasileiros. Em junho de 2013, esse número passou para 138.366, um aumento de 339%. Nesse mesmo período, só um outro crime aumentou mais dentro das cadeias: tráfico internacional de entorpecentes (446,3%).

Assim, o tratamento dado ao dito “usuário”, embora de forma tímida, caminha para um tratamento menos combativo e mais preventivo, mas a explosão do aumento do número de presos por tráfico leva a questionar a efetividade da Lei quanto a essa proteção.

3.2. O USUÁRIO NA LEI 11.343/2006

Como a Lei visa dar ao usuário um tratamento mais preventivo, é importa que se tenha bem definido a sua distinção do traficante. É preciso considerar a definição do uso de drogas que está disposto no artigo 28, da lei 11.343/06, que define como usuário aquele que “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Assemelha-se também ao usuário aquele que, 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”. Para o usuário, não há pena privativa de liberdade.

Após analisar o histórico legislativo no tocante às leis antidrogas, percebe-se claramente que o consumidor de drogas teve um tratamento privilegiado pela nova lei, especialmente se a observarmos sob o enfoque das penas cominadas. Assim, ao não mais prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, confrontando-se o atual artigo 28 com o antigo artigo 16, da Lei n. 6.368/76, não há dúvidas de que o tratamento agora dispensado é muito mais brando.

O juiz poderá aplicar uma advertência sobre os efeitos das drogas, condenar à prestação de serviços à comunidade ou também aplicar uma medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, incisos I a III). Para identificar o usuário, pela redação do § 2º, do mesmo artigo, cabe ao juiz verificar se a droga encontrada em seu poder se destinava a uso pessoal ou não. No entanto, deverá analisar a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolver a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

A pena de advertência tem por finalidade avivar, revigorar e, em alguns casos, incutir na mente daquele que incidiu em qualquer das condutas do artigo 28, as consequências danosas que o uso de drogas proporciona à sua própria saúde.

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas 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.

Desta forma, apesar da conduta continuar sendo tratada como criminosa, pretende-se que o usuário sequer passe pela autoridade policial, sendo, quando possível, encaminhado diretamente aos juizados de plantão. Além disso, não há mais inquérito policial, devendo ser realizado apenas o termo circunstanciado.

Apesar de a lei determinar que caiba ao juiz realizar a diferenciação do usuário e do traficante, na prática é a polícia que efetua a prisão, ou o encaminhamento à Delegacia em caso de usuário, e é o Delegado de Polícia que conduz o inquérito, ou ainda, é esse último o responsável pelo Termo Circunstanciado no caso de entender que a droga encontrada seja para consumo. Portanto, a distinção começa já na abordagem da pessoa encontrada com droga e no seu encaminhamento à Delegacia de Polícia.

Assim, alguns autores, cito como exemplo: Luiz Flávio Gomes (2006), Rogério Cunha Sanches (2006), Maria Lúcia Karam (2010), *et alia*, passaram a afirmar que houve uma descriminalização do uso de drogas. Uma das justificativas é que a Lei de Introdução ao Código Penal - Decreto-Lei nº 3.914/1941, considera como crime a infração penal a que a lei comine pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa (art. 1º.). Assim, como o novo tipo penal não prevê pena de reclusão ou detenção, não poderia ser enquadrada como infração penal.

Este argumento reforça a tese garantista há muito defendida, no sentido de que a conduta é auto lesiva, não ofende a saúde pública e está ligada a intimidade e vida privada do usuário.

Acontece que a parte geral do Código Penal foi inteiramente modificada por uma reforma ocorrida em 1984. Assim o artigo 12 do Código Penal versa que as suas regras gerais serão aplicadas à legislação penal especial quando esta não dispuser de modo diverso. Por óbvio, a Lei nº 11.343/06 é especial. Assim, há incidência direta do artigo 12 do Código Penal. Além disso, a Constituição Federal de 1988 é bastante clara ao prever penas outras, diferentes dessas estampadas na Lei de Introdução do Código Penal, em seu art. 5º, inciso XLVI.

Conforme já falado, houve um abrandamento na punição do crime do uso de drogas. Para muitos, a não cominação de pena privativa de liberdade deve ser entendida como uma despenalização da conduta. Por certo, as penas privativas de liberdade não são mais as únicas previstas para o caso de incidência de crimes.

É o entendimento defendido no STF pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no Recurso Extraordinário 430105 QO/RJ, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Parte do voto:

"(...)

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*. Essa é a nossa posição. (...)"

Como visto, o tipo penal não ficou sem pena, pois há a previsão de penas restritivas de direitos no caso de violação da proibição de consumir drogas

Ao analisar o tipo penal, a conclusão é de que não há mais a possibilidade de o usuário de drogas ser levado ao cárcere por este crime, mas que o tipo ainda é criminal, pois ainda há a possibilidade das penas restritivas de direito. Como não há mais a previsão de aplicação de pena de prisão ao usuário, em hipótese nenhuma, depreende-se que houve uma clara descarceirização da conduta.

Afirmam os juristas adeptos a esse entendimento que o artigo 28 da Lei supracitada não acarretou a descriminalização e tampouco a despenalização da conduta. O que ocorreu foi um abrandamento da pena e à descarceirização do crime, posto que ainda é possível a cominação de pena, porém não a pena privativa de liberdade.

A descarceirização, por sua vez, não retira o caráter criminoso, tampouco a incidência de sanção penal. Visa apenas ao afastamento da aplicação da pena privativa de liberdade em virtude da reduzida necessidade de intervenção por parte do Estado (VALOIS, 2016).

3.3. O TRAFICANTE NA LEI 11.343/2006

A Lei 11.343/06 não conceitua o que vem a ser tráfico propriamente dito, nem o que é porte, apenas apresenta critérios para que as autoridades judiciais utilizem como parâmetro para diferenciar ambas as condutas. Por ora, tais critérios, demonstram-se insuficientes para

distinguir as condutas e, por conseguinte, abrem espaço para a arbitrariedade, de modo que as decisões possam vir a violar garantias penais e processuais.

O conceito de traficante de drogas não é claro. Grande parte da doutrina considera os parâmetros estabelecidos em lei insuficientes. É vago considerar que traficante “é a pessoa que negocia substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”, como está na Lei.

Acresce-se ao problema da conceituação, o fato de que o agente considerado traficante de drogas é submetido a uma lei penal em branco heterogênea, devido a sua tipificação incompleta, necessitando de complementação encontrada em portaria da ANVISA.

Quanto ao tipo penal, o traficante de drogas, previsto no artigo 33, caput, é reconhecido quando realiza as seguintes condutas: 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.

Será submetido às mesmas penas aquele, que segundo o parágrafo primeiro do artigo 33: importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; semear, cultivar ou fazer a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; utilizar local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consentir que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Desta forma, há uma conceituação vaga da definição da conduta do traficante, visto que os critérios positivados são abrangentes, dando ao agente público muita discricionariedade para enquadrar a pessoa abordada.

Quando se verifica, então, quais foram os mecanismos de criação de estereótipos de “traficantes”, de controle punitivo das classes sociais mais baixas, consideradas perigosas, e

de repressão bética ao tráfico de drogas, percebe-se que aqueles considerados “perigosos”, mesmo que estejam apenas fazendo uso de droga ilícita, serão submetidos à pena de prisão.

Esse modelo repressivo e seletivo, herdado há anos, ainda está presente no modelo de segurança pública brasileiro, mesmo diante de novo diploma legal. A atual lei brasileira antidrogas pune com muito rigor o traficante que, como será demonstrado através da jurisprudência, foi estereotipado pelo Estado, com apoio da mídia, mas que na verdade não passa de jovens pobres, preso com pequena quantidade de droga.

Assim, apesar do aparente tratamento penal mais benéfico, a atual Lei de Drogas traz em seu bojo um grande potencial de encarceramento. Tal fato se evidencia ao compararmos os dispositivos normativos incriminadores do crime de tráfico nos dois diplomas legais, pois, percebemos que houve um aumento significativo na pena mínima para o crime de tráfico, antes de três anos, agora de cinco anos, demonstrando com esta desproporcionalidade que a legislação acaba assumindo a figura do traficante como um inimigo a ser combatido (ZAFFARONI, 2008).

3.4 A JURISPRUDÊNCIA APLICADA NA DIFERENCIACÃO DO USUÁRIO DO TRAFICANTE

A Lei de Drogas, apesar de ter trazido avanços reconhecidos, tais como a despenalização do usuário e o reconhecimento de políticas de prevenção e redução de danos, gerou impactos indesejados. Em seu art. 28, § 2º, ela elenca oito critérios legais de distinção entre o porte para uso próprio e o tráfico de drogas: a quantidade e a natureza da substância apreendida; o local e as condições da ação; e as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente. Juntos formam um conjunto de critérios em sua maioria subjetivo, sendo de fato objetiva apenas a referência à natureza da substância apreendida, cuja ilicitude é fixada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Essa formulação tem se mostrado insuficiente. O critério da quantidade, potencialmente objetivo, acabou ficando em aberto, sem indicação clara de parâmetros de distinção, o que gera uma insegurança visível na aplicação da lei.

Desse modo, a discricionariedade autorizada pela lei, possibilita, diante da falta de critérios suficiente à classificação das condutas, que as autoridades judiciais exerçam com arbitrariedade a diferenciação da conduta ora praticada pelo usuário, ora praticada pelo traficante, o que implica em decisões equivocadas, que expressam, muito mais, as

convicções pessoais dos magistrados do que o próprio texto legal.

De acordo com o censo carcerário realizado em 2014 pelo Departamento Penitenciário Nacional, percebe-se que houve um aumento exponencial da população presa por tráfico de drogas. Dos 622.202 detentos do Brasil, 174.216 estão presos por tráfico, 28% da população carcerária. Esse percentual é ainda maior quando a conta inclui apenas mulheres: 64% das presidiárias estão encarceradas pelo artigo 33 da Lei de Drogas. A maioria dos presos provisórios e condenados por tráfico de drogas no Brasil é composta de réus primários, que levavam consigo pequenas quantidades de substância ilícita, flagrados em operações de policiamento de rotina, desarmados, sem provas de envolvimento com a criminalidade organizada. Mesmo quando o Judiciário desclassificar a conduta para porte de drogas para consumo pessoal, reconhecendo não haver traficância, é frequente que o acusado esteja preso cautelarmente há alguns meses.

Desde quando a Lei Antidrogas passou a vigorar, o tráfico de narcóticos passou a corresponder a quase um quarto dos crimes ocorridos no Brasil, demonstrando que a atitude repressiva do Estado passou a encarcerar mais pessoas pelo comércio ilícito de entorpecentes. Assim, é possível verificar que o tráfico de drogas passou a ser o crime mais praticado e responsável pelo alto índice de encarceramento brasileiro (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Prevendo a lei que o local e as condições sociais determinam a diferença entre usuários e traficantes, o Estado, amparado pela lei, não tem dúvidas de que são as populações mais pobres as responsáveis pelo tráfico de drogas no Brasil.

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

Nesse sentido, vale transcrever a experiência de Zaccone (2007, p. 19-20): (...) um delegado do meu concurso, lotado na 14^a Delegacia de Polícia (Leblon), autuou, em flagrante, dois jovens residentes na zona sul pela conduta descrita para usuário, porte de droga para uso próprio, por estarem transportando, em um veículo importado, 280 gramas de maconha, o que equivaleria a 280 “baseados”. O fato de os rapazes serem estudantes universitários e terem emprego fixo, além da folha de antecedentes criminais limpa, era

indiciário de que o depoimento deles, segundo o qual traziam a droga para uso próprio era pertinente.

Segundo o estudo encomendado pelo Ministério da Justiça “Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas”, nas varas criminais do Distrito Federal, quase 70% (setenta por cento) dos processos relacionados ao tráfico de drogas, referem-se a presos com quantias inferiores a 100 (cem) gramas de maconha. No Rio de Janeiro, 50% (cinquenta por cento) estavam com quantidade inferior a 100 (cem) gramas e outros 50% (cinquenta por cento) superior.

A referida pesquisa também mostra que em 0,9% das condenações, o “traficante” possuía até 1 (um) grama de droga ilícita, ou seja, até um cigarro, caso se trate de maconha, por exemplo; 13,9% foram condenados por possuírem entre 1 (um) a 10 (dez) gramas de substância ilícita e 53,9% dos condenados por tráfico foram assim classificados em virtude da apreensão de 10 (dez) a 100 (cem) gramas de drogas ilícitas.

Assim, o verdadeiro perfil dos condenados por tráfico de drogas, ou seja, 68,7% das condenações no Rio de Janeiro e Distrito Federal decorrem de um volume que varia entre menos de 01(um) até 100 (cem) gramas de drogas ilícitas.

Voltando para o caso narrado dos estudantes universitários classificados como usuários, com 280 gramas de maconha, o estudo demonstra que o caso deles deveria ser enquadrado como tráfico de drogas, caso eles estivessem no perfil “esperado”. Na verdade, apenas 14, 8% dos condenados por tráfico de drogas nos estados do Rio de Janeiro e no Distrito Federal foram apreendidos com uma quantidade que variava entre 100 gramas e 1Kg de droga ilícita, o que significa que por muito menos de 100 gramas os moradores de favelas, pobres, são considerados traficantes de drogas.

Os últimos números publicados pelo Departamento Penitenciário Nacional, através do “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOOPEN”, de dezembro de 2014, falam em 622 mil presos no país – significativamente maior do que os 384 mil reportados em dezembro de 2006. A lei de drogas é apontada como o principal motor desse crescimento. Estudos sobre o perfil das pessoas presas por tráfico no Brasil mostram que elas em sua maioria foram detidas em flagrante, estavam desarmadas, sozinhas e carregavam consigo pequenas quantidades de drogas. Poderiam, talvez, se tratar de usuários.

Uma análise mais detida dos relatórios do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias mostra se tratar do número de crimes reportados pelos quais pessoas estão

presas – e apenas quando são declarados. Penitenciárias em mais de 20 estados brasileiros não registram esse número, uma quantidade maior o faz apenas parcialmente – incluindo a União, responsável pelas unidades federais.

Fato é que, tanto pela subnotificação quanto pela aplicação equivocada de uma percentagem de crimes em dados sobre pessoas, não sabemos quantos são os presos por drogas no país. Sabemos apenas que são muitos e que seu número cresce exponencialmente desde a promulgação da nova lei de drogas.

Não é demais concluir que a aplicação da Lei 11.343/06 é seletiva quando diferencia o usuário do traficante de drogas, e como o poder judiciário acaba por ampliar essa seletividade no momento em que, na prática, define essa diferenciação.

3.3. A necessidade de critérios objetivos que diferenciem o usuário do traficante

Dada a fragilidade de conceituação por parte da Lei 11.343/06, no referente a diferenciação entre usuário e traficante, é necessário que sejam estabelecidos parâmetros objetivos a partir dos quais se possa ter mais segurança jurídica na determinação de tipificação do agente detido.

As cinco condutas que configuram o uso de entorpecentes (adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo) do artigo 28 da Lei de Drogas são repetidas no artigo 33, de tráfico, o que, para Salo de Carvalho (2016), dever-se-ia levar em consideração o dolo da prática comercial. Esse entendimento não é o do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que entende ser desnecessária a comprovação da mercancia da droga, bastando estar presente um dos verbos do artigo 33. É o que está descrito na publicação “Jurisprudência em Teses”, na parte destinada à Lei de Drogas:

- 1) O tráfico de drogas é crime de ação múltipla e a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, é suficiente para a consumação da infração, sendo prescindível a realização de atos de venda do entorpecente. Precedentes: HC 332396/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 15/03/2016; HC 298618/ SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 04/11/2015; AgRg no AREsp 397759/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 20/08/2015; AgRg no REsp 1360277/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 05/09/2014; AgRg no AREsp 303213/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO

BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 14/10/2013; HC 225555/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 569)

Segundo o artigo 18 do Código Penal, “ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente” ou quando há modalidade culposa. Dessa forma, só ocorre delito “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (dolo, artigo 18, I, Código Penal) ou “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (culpa, artigo 18, II, Código Penal). Contudo, os policiais não costumam levar em conta se houve dolo ou não quando alguém é pego com drogas (os delitos desse tipo não têm previsão de culpa).

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 nº 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.

Está em andamento no Supremo Tribunal Federal o relevante caso que trata da possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio (RE 635.659 – SP, Rel. Min. Gilmar Mendes). O Recurso Extraordinário foi interposto pelo Defensor Público Geral do Estado de São Paulo, argumentando que o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei de Drogas ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal.

Embora o voto do relator tenha sido pela descriminalização do uso de todas as drogas, caminho que penso ser o mais correto para o enfrentamento do problema, merece destaque o voto do Ministro Roberto Barroso no sentido de adoção de critérios objetivos para o porte de drogas:

(...)

VII. Necessidade de um critério objetivo que sirva de orientação para distinguir consumo pessoal de tráfico

1. Independentemente da criminalização ou não do porte de drogas para o consumo pessoal, é imprescindível que se estabeleça um critério objetivo para distinguir consumo de tráfico. A matéria é tratada, atualmente, no § 2º do art. 28 da Lei 11.348/2006, que dispõe:

“Art. 28. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às

circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

2. É preciso estabelecer um critério por alguns motivos óbvios. O primeiro, naturalmente, é diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, evitando que a sorte de um indivíduo fique ao sabor do policial ou do juiz ser mais liberal ou mais severo. O segundo, mais importante ainda, é que a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. Ela produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu e destacado por todas as pessoas que lidam com o problema: os jovens de classe média para cima, moradores dos bairros mais abonados, como regra, são enquadrados como usuários; os jovens mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes.

3. O voto do Min. Gilmar Mendes apresenta duas propostas em relação à distinção entre consumo e tráfico. Em primeiro lugar, afirma que o ônus de comprovar a finalidade diversa do consumo pessoal é da acusação. Estou de pleno acordo. Em segundo lugar, que a autoridade, se achar que a hipótese é de aplicação do art. 33 (tráfico), deve levar o acusado, em curto prazo, à presença do juiz. Trata-se da audiência de custódia, que temos todos defendido aqui. Também estou de acordo com essa proposta. Mas creio que essas duas medidas são insuficientes.

4. Por isso, vou adiante para propor um critério quantitativo que sirva como referencial para os juízes. O Instituto Igarapé, em Nota Técnica – que me foi entregue pelo grande brasileiro e ex-Ministro da Justiça José Gregori – firmada por especialistas de áreas diversas – e que incluem o ex-Ministro da Saúde e médico José Gomes Temporão, a psicanalista Maria Rita Kehl e o economista Edmar Bacha – alertam que critérios objetivos muito baixos aumentariam o problema e propõem, como adequado para a realidade brasileira, uma quantidade de referência fixa entre 40 gramas e 100 gramas. Observo que 40 gramas é o critério adotado pelo Uruguai e 100 gramas o critério adotado pela Espanha. Em Portugal, país com uma bem sucedida experiência de mais de uma década na matéria, o critério é de 25 gramas.

5. Minha preferência pessoal, neste momento, seria pela fixação do critério quantitativo em 40 gramas. Porém, em busca do consenso ou, pelo menos, do apoio da maioria do Tribunal, estou propondo 25 gramas, como possível denominador comum das diferentes posições. Cabe deixar claro que o que se está estabelecendo é uma presunção de que quem esteja portando até 25 gramas de maconha é usuário e não traficante. Presunção que pode ser afastada pelo juiz, à luz dos elementos do caso concreto. Portanto, poderá o juiz, fundamentadamente, entender que se trata de traficante, a despeito da quantidade ser menor, bem como de que se trata de usuário, a despeito da quantidade ser maior. Nessa hipótese, seu ônus argumentativo se torna mais acentuado.

Embora ele tenha proposto como parâmetro a quantidade de 25 gramas, com base no bem-sucedido modelo português, ressalvou que “poderá o juiz, fundamentadamente, entender que se trata de traficante, a despeito da quantidade ser menor, bem como de que se trata de usuário, a despeito da quantidade ser maior.” Sendo esse o caso o ônus argumentativo do magistrado será maior. Acerca do plantio, votou por utilizar o parâmetro adotado no Uruguai que é de 6 (seis) plantas fêmeas.

Caso o Supremo simplesmente declare a inconstitucionalidade da norma sem estabelecer critérios objetivos, subsistirá no sistema jurídico penal uma lacuna perigosa para determinação de quem seria traficante ou não. Como o caso trata da atipicidade da conduta necessariamente deve ser criado um parâmetro distinguindo o usuário do traficante, sob pena de manter vigente uma omissão que viola a Constituição.

Diante da subjetividade presente no artigo 28, § 2º, 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?

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. Nesse sentido, o Instituto Igarapé, instituição sem fins lucrativos, independente e apartidária, composta por pesquisadores de diversas áreas do conhecimento e que trabalha com cinco macro temas: (i) política sobre drogas nacional e global; (ii) segurança cidadã; (iii) consolidação da paz; (iv) cidades seguras; e (v) segurança cibernética, propôs, por uma “Nota técnica: Critérios objetivos de distinção entre usuários e traficantes de drogas”, 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 Técnica:

“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.

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 tabela:

Quantidades de porte de drogas para consumo próprio – Cenários de Referência (consumo per capita)⁷			
Substâncias	Cenário 1	Cenário 2	Cenário 3
Maconha (gramas)	25g	40g	100g
Maconha (pés fêmeas florido)	6 pés	10 pés	20 pés
Cocaína/Crack⁸ (gramas)⁹	10g	12g	15g

(Propostas de cenários do Instituto Igarapé para a adoção de quantidades objetivas)

Ainda segundo a nota:

“Cada um desses diferentes cenários poderá produzir impactos distintos no enfrentamento dos problemas acima mencionados. O cenário mais conservador fica aquém do objetivo de reverter os efeitos adversos indesejados da insegurança na aplicação da lei 11.343/2006, por isso indicamos que o mais adequado para a realidade brasileira é uma quantidade de referência fixa entre os cenários 2 e 3. Alguns signatários da nota, inclusive, rejeitam o primeiro cenário, pois temem que o seu efeito seja negativo. É preciso ser realista e responsável na apreciação dos cenários: alertamos o perigo da adoção de critérios muito baixos, incompatíveis com os padrões de uso brasileiros, que resultariam no efeito oposto ao pretendido. Critérios objetivos muito baixos aumentam o encarceramento e agravam a crise do sistema penitenciário, como nos mostra o exemplo recente do México.”

Esses cenários servem como parâmetros, cabe ainda ressaltar que a adoção de qualquer modelo de critério objetivo de distinção não leva à caracterização automática daqueles flagrados portando quantidades acima das indicadas como traficantes. A indicação de quantidades de referência deve servir apenas como base para orientar os aplicadores da lei sobre o perfil do usuário, permanecendo a necessidade de caracterizar atividade de tráfico que justifique a invocação do art. 33.

Nesse sentido, o STJ 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.

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) (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.

O estabelecimento de critérios objetivos pelo Judiciário não exclui a atuação do legislador omisso. Há uma urgente necessidade para que se estabeleça critérios normativos, deixando à Corte Suprema o seu papel de zelar pela Constituição. Pois caso o art. 28 da Lei de Drogas seja declarado inconstitucional, ainda restará uma insegurança jurídica na diferenciação do usuário para o traficante.

4. CONCLUSÃO

No presente estudo, o foco principal foi fazer uma análise crítica descritiva, tentando entender os critérios de distinção entre usuário e traficante positivados na atual Lei de Drogas, o que resultou em uma apreciação especial aos artigos 28 e 33 da lei em comento.

Num primeiro momento, foi feita uma análise sobre a evolução normativa internacional acerca do tratamento dado às drogas, enfatizando as primeiras legislações nacional disciplinando o assunto, além de expor um paradigma sobre a sua situação atual das drogas no país e seus efeitos, demonstrando que as drogas transcendem o âmbito penal, e incidem nas mais diversas áreas como: infraestrutura, educação, política, saúde entre outros âmbitos sociais.

Foi estudado, ainda, o início e o desenvolvimento do sistema repressivo no Brasil. Ao longo dessa evolução ocorreram muitas modificações nos tratamentos dados pelo Estado para usuários de drogas e traficantes. Apesar de sempre ter sido aplicado métodos repressivos, nos últimos anos, passou-se a considerar alguns usuários de drogas como doentes, que necessitam de tratamentos médicos e não sanções penais do Estado.

Como visto, as drogas estão presentes nas sociedades humanas desde sempre, com uso que varia do cotidiano ao festivo. Imaginar uma sociedade sem drogas é não ter respeito pela realidade, é uma ilusão infantil.

Apesar das sociedades terem convivido, sem maiores problemas, por muitos anos, com a presença das drogas (agora) ilícitas, por questões econômicas, geopolíticas e morais, bem como por necessidade de se controlar alguns grupos sociais e étnicos, a questão relacionada ao tráfico de drogas ganhou dimensão internacional e passou a exigir que os Estados se aparelhassem para “guerrear” contra esse mal. Acontece que essa guerra custa caro em termos de vidas e de recursos públicos envolvidos.

A política de guerra às drogas estabelecida no mundo desde o início do século XX vem há muito produzindo efeitos nefastos, na medida em que sob pretexto de combater a violência acabou se transformando em um grande catalisador dela.

Ao colocar uma série de substâncias - consumidas por um número expressivo de pessoas - na ilegalidade a política criminalizante criou um grande mercado ilícito altamente rentável e que por estar à margem de qualquer regulação vem gerando diversas ocorrências negativas sem conseguir a redução do consumo das substâncias colocadas na ilegalidade.

Nesse contexto, o Brasil promulgou a Lei 11.343/06 que surgiu como alternativa as Lei 6.368/76 e 10.409/02 que já não mais serviam a refrear plenamente as nuances da criminalidade moderna e tampouco refletia os avanços nas pesquisas e estudos científicos sobre drogas.

No que concerne às ações próprias ou facilitadoras do consumo houve, na Lei 11.343/06, a descarcerização por meio da proibição de pena de prisão para quem incorre nos delitos previstos no artigo 28. No tocante ao tráfico, a nova lei aumentou as quantidades mínimas de pena, recrudescendo ainda mais o tratamento penal, processual e executório do imputado.

Por todo o exposto, entende-se que a Lei 11.343/06 tenha representado um avanço em comparação com as Leis anteriores, principalmente, no tocante a descarcerização do uso de drogas. Todavia, não foi resolvido um dos maiores problemas existentes na criminalização do tráfico e consumo de drogas no Brasil, qual seja, o da diferenciação, na prática, entre tais condutas criminosas.

Os critérios alçados pela jurisprudência se apresentam da mesma maneira, insuficientes a diferenciação, uma vez que, as autoridades judiciais os recepcionam da forma que lhes parecerem mais convenientes, fazendo com que dependa, muito mais, de suas convicções pessoais do que da análise dos critérios, propriamente dita.

Deste modo, a falta de definição legal mostra-se muito perigosa, pois a classificação da conduta de tráfico ilícito ou porte de droga para consumo pessoal fica a critério da Vara, Câmara ou Turma para onde o processo será distribuído, a depender de o juiz ser mais liberal ou mais conservador.

A regulamentação, o controle e a fiscalização das substâncias a serem legalizadas, inclusive no que diz respeito à sua qualidade, podem e devem ser feitos da mesma forma que já são regulamentados, controlados e fiscalizados a produção e o comércio de medicamentos e suas substâncias ativas, bebidas (alcoólicas ou não), cigarros e outros produtos derivados do tabaco, alimentos e quaisquer outros bens e produtos que eventualmente envolvam risco à saúde pública (no Brasil, a regulamentação, o controle e a fiscalização de tais atividades são feitos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, nos termos da Lei 9.782/99).

Medicamentos, bebidas alcoólicas, cigarros e outros produtos derivados do tabaco sofrem restrições à sua propaganda, à distribuição gratuita ou à comercialização em

determinados lugares (por exemplo, em estabelecimentos de ensino e de saúde), devendo ainda trazer em suas próprias embalagens advertências sobre o risco que causam à saúde. Tais medidas, naturalmente, podem ser aplicadas às substâncias a serem legalizadas.

Formas de responsabilização podem e devem recair sobre produtores e distribuidores de mercadorias potencialmente nocivas à saúde de seus consumidores. Poderia, por exemplo, o Estado estabelecer restrições à produção e à comercialização de substâncias psicoativas recreativas (quaisquer que sejam elas), criando, para seus produtores e distribuidores, uma obrigação específica de contribuir para o custeio do sistema de saúde pública.

Ocorre que a criminalização joga o mercado para fora dos âmbitos institucionais de resolução de conflitos fazendo com que quase toda e qualquer disputa por espaço no mercado seja marcada pelas mais diversas formas de violência, gerando o resultado que pretensamente a criminalização evitaria.

Num país onde o consumo de bebidas alcoólicas é estimulado e, muitas vezes, exaltado, o proibicionismo de algumas drogas selecionadas mostra-se uma grande hipocrisia, que não tem justificativa científica nenhuma.

Há algum sentido na política de guerra às drogas? É possível guerrear contra uma coisa (drogas)? Ou será que a guerra é contra pessoas periféricas?

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, T. **Almanaque das drogas: um guia informal para um debate racional.** São Paulo: Leya, 2012.
- BRASIL, **Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 01 junho 2017.
- BRASIL, **Decreto-lei no 385, de 26 de dezembro de 1968.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-385-26-dezembro-1968-378122-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 01 junho 2017.
- 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: 01 junho 2017.
- BRASIL, **Lei no 4.451, de 4 de novembro de 1964.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4451-4-novembro-1964-376671-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 junho 2017.
- BRASIL, **Lei no 5.726, de 29 de outubro de 1971.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5726-29-outubro-1971-358075-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 junho 2017.
- BRASIL, **Lei no 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6368-21-outubro-1976-357249-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 junho 2017.
- CABETTE, E.L.S. **O art. 28 da Lei de Drogas e a reincidência.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12988-12989-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- CARVALHO, G.S. **Drogas no contexto do Direito Penal brasileiro.** Disponível em: <<http://www.imesc.sp.gov.br/pdf/artigo%206%202020DROGAS%20NO%20CONTEXTO%20DO%20DIREITO%20PENAL%20BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- CARVALHO, S. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06 (8a edição, revista e atualizada).** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. 462 p.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2014.
- CUNHA, R.S. **Manual de Direito Penal: Parte especial. Volume único.** 8^a ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2016. 944p.
- DE SOUZA, K.O.J. **A pouca visibilidade da mulher brasileira no tráfico de drogas.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v14n4/v14n4a05>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- DEPUTADOS, Câmara dos. **Decreto nº 828, de 29 de setembro de 1851.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html>>. Acesso em: 01 jun. 2017.
- ESCOHOTADO, A. **Historia general de las drogas.** Madri: Espasa Calpe, 2005.

- GONÇALVES, V.V. **Desriminalização e Legalização da Maconha.** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=17485>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- KARAM, M.L. **Drogas: dos perigos da proibição à necessidade da legalização.** Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- KARAM, M.L. **Drogas: é preciso legalizar.** Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- KARAM, M.L. **Drogas: Legalizar para respeitar os Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- KARAM, M.L. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- KARAM, M.L. **Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5456>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- MASSON, C. **Direito Penal esquematizado: parte especial.** 6^a ed. São Paulo: Grupo Gen, 2016. v.1. 1128p.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Tráfico e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas. Disponível em: www.mj.gov.br. Acesso em 05, jun. 2017.
- MOREIRA, R. **Drogas: Por que não legalizar?** Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- NACIONAL, Departamento Penitenciário. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <<http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 05 jun. 2017.
- PLANALTO. **CODIGO CRIMINAL DO IMPERIO DO BRAZIL.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.
- ROSA, F. B. da. **Legitimação do ato de criminalizar.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, 80p.
- SANTOS, J.A.T.; OLIVEIRA M.L.F. **Políticas públicas sobre álcool e outras drogas: breve resgate histórico.** Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/enfermagem/article/view/3449>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- SENADO. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>>. Acesso em: 24 maio 2017.
- SENADO. **História do combate às drogas no Brasil.** Disponível em: <<https://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 jun. 2017.
- SILVA, A.C. **Análise do artigo 33 da nova Lei de drogas e sua eficácia processual.** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=4398>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- SILVA, L.L. **A questão das drogas nas relações internacionais: uma perspectiva brasileira.** 1^a ed. Brasília: FUNAG, 2013.

- TORCATO, Carlos Eduardo Martins. **A HISTÓRIA DAS DROGAS E SUA PROIBIÇÃO NO BRASIL: DA COLÔNIA À REPÚBLICA.** São Paulo: Edusp, 2016.
- VALOIS, L.C. **O Direito Penal da guerra às drogas.** Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- VALOIS, Luis Carlos. **O Direito penal da guerra às drogas.** Belo Horizonte: D'plácido, 2016.
- VEIGA, L.S. **A criminalização do porte de drogas para o consumo pessoal.** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=16488>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- VENTURA, C.A.A; BRANDS, B. **Políticas e leis sobre drogas ilícitas no Brasil e a perspectiva de familiares e pessoas próximas a usuários de drogas: estudo na Cidade de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil.** Disponível em: <<http://200.144.183.88/handle/BDPI/3183>>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.
- ZACCONE, O. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas.** 1^aed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La legislación antidrogas latinoamericanas: sus componentes de derecho penal autoritário.** In: Fascículos de Ciencias Penais, v. 3, nº 2, Porto Alegre: Fabris, 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro. 1^aed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2008.