



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

VANESSA CORREIA CAMPOS

**O USUÁRIO E O TRAFICANTE NA LEI 11.343/2006: UMA
ANÁLISE SOBRE OS CRITÉRIOS DISTINTIVOS.**

Salvador
2018

VANESSA CORREIA CAMPOS

O USUÁRIO E O TRAFICANTE NA LEI 11.343/2006: UMA ANÁLISE SOBRE OS CRITÉRIOS DISTINTIVOS.

Trabalho de conclusão apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Doutora Thaís Bandeira Oliveira Passos.

Salvador
2018

VANESSA CORREIA CAMPOS

O USUÁRIO E O TRAFICANTE NA LEI 11.343/2006: UMA ANÁLISE SOBRE OS CRITÉRIOS DISTINTIVOS.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

Orientador: Thais Bandeira Passos

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Daniela Carvalho Portugal.

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia.



CAMPOS, Vanessa Correia. **O usuário e traficante na Lei 11.343/2006: uma análise sobre os critérios distintivos**. Monografia (Graduação, Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo a análise das figuras do usuário e do traficante na Lei de Drogas, assim como os critérios distintivos utilizados pelos Juiz no momento de realizar o correto enquadramento do fato à norma incriminadora correspondente. Para isto, estudamos as normas tipificadas no art. 28, caput, e do artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, pontuando que são muito semelhantes em seu preceito primário, enquanto ao preceito secundário, completamente opostos. Enfatizamos que a legislação não possui parâmetros seguros para diferenciar o usuário do traficante, fato que causa grave insegurança jurídica nas decisões judiciais. Também demonstramos que a Lei atual de Drogas se mostra seletiva e discriminatória; seja no primeiro momento de sua criação, seja quando é aplicada ao caso concreto. Ainda ressaltamos que, em que pese pela legislação vigente serem aplicadas aos usuários medidas alternativas, na prática esse mandamento vem sendo ignorado, prevalecendo a repressão e estigmatização, no seu nível mais elevado, a ponto de ser confundido ou identificado pelos órgãos judicantes como traficante. Por fim, reconheceu-se a necessidade da criação de parâmetros objetivos de distinção entre o bônimo usuário-traficante, a fim de que se tenha um mínimo de segurança jurídica e uniformidades nas decisões.

Palavras-Chaves: Lei nº 11.343/2006. Usuário e Traficante. Critérios Distintivos. Seletividade penal.

CAMPOS, Vanessa Correia. **O usuário e traficante na Lei 11.346/2006: uma análise sobre os critérios distintivos**. Monografia (Graduação, Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the figures of the user and the drug trafficker in the Drug Law, as well as the distinctive criteria used by the Judge at the moment of accomplishing the correct framing of the fact the corresponding incriminating norm. For this, we study the norms typified in art. 28, caput, and article 33, caput, of Law 11.343 / 2006, stating that they are very similar in their primary precept, while the secondary precept, completely opposite. We emphasize that the legislation does not have safe parameters to differentiate the user from the trafficker, a fact that causes serious legal uncertainty in judicial decisions. We have also shown that the current Drug Law is selective and discriminatory; either at the first moment of its creation, or when it is applied to the concrete case. We also emphasize that, in spite of the fact that current legislation is applied to users, alternative measures, in practice this commandment has been ignored, repression and stigmatization prevailing at its highest level, to the point of being confused or identified by the judicial organs as a trafficker. Finally, it was recognized the need to create objective parameters of distinction between the user-drug trafficker, in order to have a minimum of legal security and uniformities in decisions.

Key Words: Law nº 11.343 / 2006. User and Dealer. Distinctive Criteria. Penal selectivity.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal.

CP – Código Penal.

CPP – Código de Processo penal.

SISNAD – Sistema Nacional de Política sobre drogas.

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 BREVE HISTÓRICO.....	10
2.1 Definição de drogas.....	14
2.2 Política Criminal de Drogas.....	17
2.3 O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD): princípios e objetivos.....	21
3 O USUÁRIO E O TRAFICANTE DE DROGAS NA LEI 11.343/2006.....	23
3.1 O Usuário De Drogas.....	23
3.2 Distinção entre Usuário e Dependente.....	26
3.3 Breves considerações sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 343/2006...	27
3.4 O Traficante De Drogas.....	32
3.4.1 Alteração do tipo penal atual em comparação com o tipo de tráfico da lei anterior.....	32
3.4.2 O bem jurídico tutelado.....	33
3.4.3 Tráfico de drogas crime equiparado a hediondo.....	35
3.4.4 Causa de diminuição de pena.....	38
4 A DISTINÇÃO USUÁRIO/TRAFICANTE.....	39
4.1 Os critérios utilizados para distinguir o porte para consumo próprio e o tráfico.....	40
4.2 A seletividade penal na lei de drogas.....	46
4.3 Direito penal do fato x direito penal do autor.....	53
4.3.1 O poder discricionário do Juiz.....	56
4.3.2 Princípio da proporcionalidade.....	58
4.3.3 Princípio da segurança jurídica.....	60
4.3.4 Efeitos da criminalização secundária: aumento da população carcerária..	62
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
6 REFERÊNCIA.....	68

1. INTRODUÇÃO

A questão das drogas é um grande problema no Brasil, sendo objeto de discursos entre os diversos campos de debate, pois atinge direta ou indiretamente toda a sociedade civil. É bem-vinda, portanto, atenção e estudo acerca das contradições e obscuridade da legislação de drogas (Lei 11.343/2006), diante da sua complexidade e relevância.

Pretende-se com o presente trabalho de conclusão de curso analisar a figura do usuário e do traficante na atual lei de drogas, bem como a aplicação e interpretação dos critérios legais utilizados pelo juiz para distingui-los no caso concreto, a fim de que seja demonstrada a possível seletividade penal tão duramente criticada pela doutrina, mas tão corriqueira na realidade brasileira.

A resolução nº 3 do Conselho Nacional de Política sobre Drogas – CONAD, de 27 de outubro de 2005, que aprovou a Política Nacional de Drogas – PND, incluiu dentre os pressupostos dessa: “reconhecer as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada”. Assim, mister se faz compreender o processo de diferenciação dos delitos ora em comento, tendo em vista as dúvidas e inquietações que ocorre na identificação de cada um.

Os parâmetros legais elencados no parágrafo 2º do art. 28 da Lei 11.343/2006, utilizados para aferir a destinação da droga – ao consumo ou a traficância dado a sua natureza subjetiva e em razão de concentrar-se totalmente nas mãos dos juízes, geram um série de desdobramentos negativos, sobretudo, para os indivíduos que eventualmente submetam-se à incidência desta lei. Dentre os quais destacam-se a falta de segurança jurídica e uniformidade nas decisões judiciais, a possibilidade de aplicação heterogênea da lei penal, a eleição de indivíduos criminalizados pelo tráfico de drogas, o incremento do encarceramento, e a ineficácia da “despenalização” da conduta do usuário de drogas.

Primeiramente, realizamos um breve contexto histórico acerca da legislação das drogas ao longo história do Brasil, bem como a definição do termo “drogas”, no seu aspecto técnico e legal.

Como o tema é abrangente, fez-se necessário, para melhor compreensão do estudo, tecer algumas considerações acerca da política criminal de drogas, a forma

como “as tendências político-criminais” vêm sendo aceita e incorporada no Brasil e no mundo moderno

No terceiro capítulo, delineou-se a diferença entre usuário e dependente de drogas, sendo ambos os destinatários das atividades de prevenção e reinserção social, porém, não se confundem, porquanto recebem tratamentos penais diversos.

Também, buscamos estudar a conduta e a responsabilização penal do usuário de drogas, destacando considerações que merecerem ser vislumbradas sobre a natureza jurídica do artigo 28 da lei 11.363/2006, abordando os divergentes pontos de vistas acerca de que fenômeno jurídico aconteceu com a mudança normativa do preceito secundário da norma incriminadora do porte de drogas para consumo pessoal.

Após, foram analisadas a conduta e a responsabilização penal do traficante, comparando com a norma incriminadora do artigo 12 da lei 6.368/76, assim como pontuado o caráter hediondo que recai sobre este delito, sendo considerado moralmente reprovável.

No quarto capítulo, buscamos estudar cada um dos critérios trazidos pelo legislador no artigo 28, § 2º da lei 11.343/2006 para diferenciar o porte de drogas para o consumo pessoal do tráfico ilícito de drogas, ressaltando que conduzem a criminalização pelo delito de tráfico ilícito das camadas mais vulneráveis a incidência do poder punitivo do estado.

Em seguida, explanou-se sobre a seletividade penal à luz da criminologia crítica, com o escopo de demonstrarmos como esta encontra-se presente nos delitos previstos na legislação em comento e seus impactos na população carcerária do país.

Ademais, analisamos a teoria do direito penal do autor comparando-as com o direito penal do fato adotado pelo direito penal brasileiro quando da análise do crime, com intuito de se perquirir a sua influência na criação da norma do art. 28, § 2º da lei 11.343/2006.

Por conseguinte, tecermos considerações sobre o amplo poder discricionário dado aos órgãos julgadores no momento de proceder à classificação usuário ou traficante, além de pontuar a violação de princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, como o princípio da proporcionalidade e o princípio da segurança jurídica.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do presente trabalho é a vertente teórico metodológica: jurídica-sociológica, com as seguintes fontes de pesquisa: revisão bibliográfica, tendo por base entendimento doutrinário e jurisprudencial, além da própria legislação de drogas.

Por fim, espera-se demonstrar que os parâmetros de distinção usuário/traficante adotados na legislação vigente, apresentam-se inadequados para o correto enquadramento do fato à norma incriminadora, pois, em verdade legitimam a seletividade do direito penal.

2. BREVE HISTÓRICO.

A primeira legislação brasileira que tratou do tema drogas foram as Ordenações Filipinas, em 1603, quando o Brasil era colônia de Portugal, que em seu título 89 dispunham “que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venoso”.¹

Posteriormente, o Código Penal da República de 1890 considerava crime “expor a venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”.²

Incriminava-se o comércio de substâncias consideradas venosas em desacordo com os requisitos estabelecidos em outra norma complementar ou a sua utilização para ministrar ou vender sem prévia e necessária autorização. Configurando um delito consubstanciado em uma norma penal em branco.

Entretanto, apenas este dispositivo não foi suficiente para “combater a onda de toxicomania no Brasil em 1914”, motivo pelo qual foram editados outros decretos para reforçar a proteção penal frente ao crescente uso de substâncias venosas.³

Em 1921 promulgou-se o Decreto 4.294, inspirado na Convenção de Haia de 1921, o qual foi regulamentado pelo Decreto 14.969/1921, que determinava a criação dos sanatórios para toxicônomos.

Pode-se dizer que existia também uma preocupação do legislador com o tratamento de saúde do usuário de drogas, ao prever criação de sanatórios.

Em seguida, merecem registro o Decreto nº 780, de 28 de abril de 1936, modificado pelo decreto nº 2.953 de agosto de 1938, pois representaram “grande impulso na luta contra a toxicomania no Brasil”, antecedendo e servindo de base para edição do dispositivo 281 do código penal de 1840.⁴

1 GRECO FILHO, Vicente; Tóxicos – prevenção – repressão; página 41; 8ª edição, 1992, editora Saraiva.

2 Ibidem.

3 Ibidem.

4 Ibidem.

No código de 1940 estava, portanto, tipificado o crime o tráfico ilegal de drogas. Por sua vez, o art. 281 sofreu modificações com a lei nº 4.451/64, com acréscimo da ação de plantar.⁵

Também modificou a redação do art. 281 do código penal o Decreto-lei 385/68, o qual estabelecia a mesma sanção para traficante, usuário e dependente.⁶

Neste período, foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização e Entorpecente, aprovada pelo Decreto-lei nº. 891, de novembro de 1938, “com atribuições de estudar e fixa normas gerais sobre fiscalização e repressão em matérias de entorpecentes, bem como consolidar as normas dispersas a esse respeito”⁷

Para fins de identificar as substâncias consideradas entorpecentes, o Brasil, adotou as listas de entorpecentes trazidas no plano internacional pela Convenção Única Sobre Entorpecente por meio da promulgação do Decreto nº 54.216/64, pois era mais completo se comparado à lista prevista no Decreto-lei nº 891/1938, anteriormente adotada pelo País.⁸

A Convenção Única Sobre Entorpecente foi um marco inicial da nova política criminal sobre drogas. De acordo com Érika de Carvalho e Gustavo Ávila seu principal objetivo consiste:

O principal objetivo da convenção é o de combater a o abuso dos entorpecentes por meio de ações internacionais coordenadas, criando dois escopos de intervenção, (I) a limitação da posse, do uso, da troca, da distribuição, da importação, da exportação, da manufatura e da produção de drogas exclusivamente para o uso médico e científico, (II) o combate ao tráfico por meio da cooperação entre os países. Sua intenção expressa no art. 9 § 4º, é a diminuir a oferta de drogas ao máximo, mantendo apenas a produção e o estoque necessários a demanda médica e científica.⁹

5 GRECO FILHO, Vicente; Op. Cit.

6 CARVALHO, Salo; Política Criminal de Drogas no Brasil. Dissertação de mestrado apresentada ao curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do título Mestre em Direito. Florianópolis, página 32, 1996.

7 GRECO FILHO, Vicente; Op. Cit.

8 GRECO FILHO, Vicente; Op. Cit.

9 CARVALHO, Érika Menezes de; ÁVILA, Gustavo Noronha; 10 Anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos, político-criminais. Belo Horizonte: ed. D'Plácido, 2016. P. 60. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/10/10-anos-da-lei-de-drogas.pdf>. Acesso em 03/02/2018. P. 60.

Em 1967, foi editado o Decreto-lei nº 159, que ampliou a lista de entorpecentes, ao considerar como tal as substâncias capazes de gerar dependência física ou psíquica:

Diploma legal de importância na repressão ao uso de substâncias que causam dependência física ou psíquica, foi editado, em 10 de fevereiro de 1967, o Decreto – Lei nº 159, que equiparou as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica aos entorpecentes para fins penais e de fiscalização e controle. Nesta matéria, o Brasil foi o segundo país do mundo a enfrentar o problema, considerando tão nocivo quanto ao uso de entorpecente o uso, por exemplo, dos anfetamínicos, ou dos alucinógenos.¹⁰

Com a edição da lei nº 5.726/1971, foram instituídas medidas preventivas e repressivas a substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, bem como acentuada a diferença entre o usuário e o dependente.¹¹

Em seguida, promulgada a primeira lei de tóxico (Lei 6.368/76), que revogou a norma do art. 281 do código penal, cujo título era comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecente.

Essa legislação colocou em dispositivos separados o tráfico ilícito de entorpecentes e a posse para uso próprio, elencados no art. 12 e 16 respectivamente, visando assim, a diferenciação no tratamento penal, malgrado apenas no que se refere a duração das penas. Nesse sentido, as penas podiam variar de 3 a 15 anos de reclusão e multa para o tráfico e de detenção de 6 meses a 2 anos e multa para o uso. O aumento da repressão ao tráfico ilícito de drogas tinha por objetivo a redução e o combate à comercialização de drogas.

A Constituição Federal de 1988 equiparou o delito de tráfico de drogas a crime hediondo enquadrando-o nos crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, (art. 5º, XLIII), além de permitir a extradição de brasileiro naturalizado, se comprovado envolvimento com tráfico ilícito a qualquer tempo, ou seja, antes ou depois da naturalização.

Sequencialmente, criou-se a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que restou frustrada quanto ao seu objetivo de aprimoramento do tratamento da questão das drogas no país, pois “o projeto possuía tantos vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas que foi vetado em sua parte penal, somente tendo sido

10 GRECO FILHO, Vicente; Op. Cit.

11 CARVALHO, Salo; Op. cit. P. 34.

aprovada a sua parte processual, ou seja, a parte penal continuava sendo a de 1976, enquanto a processual, de 2002.”¹²

Promulgada a atual lei de drogas – Lei 11. 343/2006, revogou-se a legislação de 2002 e 1976, e instituiu –se o Sistema de Políticas Públicas sobre Drogas no Brasil – SISNAD, voltado para de um lado a prevenção do uso de drogas e reinserção, de outro, para a repressão à produção e ao tráfico de drogas.

2.1 Definição de drogas

“De origem controversa, a palavra **droga** pode ter origem do persa *droa* (odor aromático), do hebraico *rakab* (perfume) ou do holandês antigo *droog* (folha seca, porque antigamente quase todos os medicamentos eram feitos à base de vegetais)”¹³

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) “droga é toda substância que introduzida no organismo vivo, pode modificar uma ou mais de suas funções.”¹⁴

Maria Lúcia Karam conceitua drogas, nas seguintes palavras:

[...] definições um pouco mais precisas, sendo comumente aceito o conceito de droga como toda substância que, atuando sobre o sistema nervoso central, provoque alterações das funções motoras, do raciocínio, do comportamento, da persecução ou do estado de ânimo do indivíduo, podendo produzir, através de seu uso continuado, um estado de dependência física ou psíquica.¹⁵

Assim, abrange o conceito de drogas tanto, as substâncias lícitas, aquelas livremente comercializadas, a exemplo do álcool, da Coca-Cola, do café, do tabaco e de certos medicamentos, como as substâncias ilícitas, cujo comércio e consumo é proibido.

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, no parágrafo único do art. 1º define drogas com a seguinte redação:

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

12 CAPEZ, Fernando. Artigo: Nova Lei de Tóxico – Das modificações legais relativas à figura do usuário. 07 de dezembro de 2006. Disponível em: < <http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962>> Acesso em 12/10/2017.

13 Disponível em: < <http://www.imesc.sp.gov.br/infodrog.htm> >; acesso em: 25/11/2017.

14 Disponível em: < file:///C:/Users/Vanessa/Downloads/file13.pdf >; acesso em: 25/11/2017.

15 KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias. Niterói, RJ. Editora: Luam, 1993, P. 26.

Pela leitura do artigo, observa-se que estamos diante de uma norma penal em branco heterogênea, que necessita de regulamentação do Poder Executivo sobre as substâncias consideradas drogas.

No Brasil, o ato que regulamenta as substâncias consideradas drogas e plantas é a Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Nas lições de Rogério Greco, normas penais em branco heterogênea são:

Diz-se heterogênea, ou em sentido estrito, a norma penal em branco quando o seu complemento é oriundo de fonte diversa daquela que a editou. No caso do art. 28 da Lei Antidrogas, por exemplo, estamos diante de uma norma penal em branco heterogênea, uma vez que o complemento necessário ao referido artigo foi produzido por uma autarquia (ANVISA) vinculada ao Ministério da Saúde (Poder Executivo), que integra o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) – art. 14, I, do Decreto nº 5.912 de 27 de setembro de 2006 –, e a Lei nº 11.343/2006 foi editada pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo).

Assim, para que possamos saber se uma norma penal em branco é considerada homogênea ou heterogênea é preciso que conheçamos sempre, sua fonte de produção. Se for a mesma, ela será considerada homogênea; se diversa, será reconhecida como heterogênea.¹⁶

Segundo o Autor tem-se que esta espécie de norma penal em branco que necessita de complemento oriundo de uma fonte diversa da lei em sentido estrito ofende o princípio da legalidade, pois afasta o poder legislativo de participar tanto da inclusão de novas substâncias (criminalização), quanto da exclusão de substâncias já existentes (descriminalização), sendo que a Constituição reservou a União para legislar sobre matéria penal, (art. 22, I CF).

Sobre a questão de ofensa ao princípio da legalidade pelas normas penais em branco, destaca Greco o posicionamento de Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar, quando asseveram:

“Não é simples demonstrar que a lei penal em branco não configura uma delegação legislativa constitucionalmente proibida. Argumenta-se que há delegação legislativa indevida quando a norma complementar provém de um órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, ao passo que quando tanto a lei penal em branco quanto sua complementação emergem da fonte geradora constitucionalmente legítima não se faz outra coisa senão respeitar a distribuição da potestade legislativa estabelecida nas normas fundamentais. O argumento é válido, mas não resolve o problema. Quando assim se teorizou, as leis penais em branco eram escassas e insignificantes: hoje, sua presença é considerável e tende a superar as demais leis penais, como fruto de uma banalização e administrativização da lei penal. A massificação provoca uma mudança qualitativa: através das leis penais em branco o legislador penal está renunciando à sua função

16 GREGO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. P. 100-101.

programadora de criminalização primária, assim transferida a funcionários e órgãos do Poder Executivo, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação da cláusula da última ratio, própria do estado de direito”.¹⁷

Entretanto, o entendimento prevalecente na doutrina é de que não há ofensa ao princípio da legalidade, desde que a norma penal em branco preveja aquilo que se denomina núcleo essencial da conduta.

O termo drogas constitui elemento descritivo do tipo, sendo assim apenas a utilização de determinadas substâncias em desacordo com a Portaria SVS/MS 344/98 ou sem a necessária autorização enseja a configuração dos crimes previstos na Lei 11.343/2006.¹⁸

Nesse mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes:

Assim, mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou em lista elaborada pelo Poder executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer ações previstas nos art. 33 a 39. O mesmo ocorre em relação à aplicação das medidas destinadas ao usuário e ao dependente (art. 28). Estamos diante da denominada lei penal em branco ou norma penal em branco, que exigem um complemento normativo. Não existindo esse complemento, a figura típica não se completa (ou seja: não há que se falar em tipicidade penal).¹⁹

Então, em síntese, para fins penais droga é toda substância, capaz de gerar dependência, desde que esteja expressamente prevista em regulamento executivo.

Ainda sobre a nomenclatura drogas, verifica-se que a legislação vigente optou pela terminologia “drogas”, ao invés de “substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica” adotada pela Lei 6.386/76.

A esse respeito, opinam Mendonça & Carvalho:

Entendemos que, apesar de ter rompido com o termo tradicionalmente utilizado, andou bem o legislador ao adotar a expressão “drogas”, pois esta já era utilizada pela Organização Mundial de Saúde. Ademais, a terminologia anterior poderia trazer a equivocada impressão de que qualquer substância que determinasse dependência física ou psíquica era considerada entorpecente, o que, como sabemos, não é verdade. Por fim, o termo droga, além de ser mais amplo que o de substância entorpecente, é a expressão mais difundida no meio social, principalmente entre a população.²⁰

17 GREGO, Rogério. Op. Cit. p. 100-101.

18 BARCILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Op. Cit. 45.

19 GOMES, Luiz Flávio. Lei de drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343/06, de 23.08.2006, 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011. P. 34.

20 MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de drogas: Lei 11. 343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Método, 2008. P. 23.

Com a mudança do termo, restou esclarecido que o objeto de estudo da legislação vigente não alcança todas as substâncias causadoras de dependências, tão somente aquelas que estejam previstas em regulamentos consideradas ilícitas.

2.2 Política Criminal de Drogas

Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, política criminal pode ser entendida como “a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.”²¹

Neste sentido, a política criminal está tanto vinculada à seleção dos bens protegidos pelo aparelho estatal, bem como os meios e formas utilizado pelo mesmo para obstar que tais bens sejam constantemente ofendidos.

Saló de Carvalho, em sua *dissertação de mestrado*, considera a política criminal a ciência ou arte da reação contra o delito/desvio passa a ser, conforme Delmas-Marty, “o conjunto através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”. Sendo assim, as formas de reação contra o delito/desvio são instrumentos de toda estrutura social, e não se reduz apenas ao âmbito Estatal.²²

Diante disso, tem-se que a política criminal está relacionada ao estudo das melhores ações práticas e princípios que orientam os órgãos estatais e a sociedade na busca pela redução da criminalidade.

As políticas criminais de controle sobre drogas no Brasil decorrem de discursos e modelos internacionais incorporados e desenvolvidos no país.

“Sobrevém na década de cinquenta o “modelo médico-jurídico”, fundamentado na ideologia da diferenciação, cujo discurso sobre drogas consistia em traçar distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre o doente e o delinquente”.

Sobre esse “modelo médico-jurídico”, Saló de Carvalho:

Assim, sobre os ‘culpados’ recai o discurso jurídico que define o estereótipo criminoso, passando a serem considerados como corruptores da sociedade. Sobre o consumidor, devido a sua condição social, incidiria o discurso médico, consolidado pelo modelo médico-sanitário em voga na década de cinquenta, que difunde o estereótipo da dependência.²³

21 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11 ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015. P.126.

22 CARVALHO, Saló; Op. Cit. p. 34.

Neste cenário, o usuário habitual era definido como dependente, estabelecendo aí o estereótipo da dependência, e o traficante como delinquente, cujo estereótipo era de criminoso.

Todavia, com o incremento da comercialização e do tráfico ilícito de drogas, o modelo médico-jurídico foi substituído pelo modelo jurídico-político, tendo em vista a preocupação do legislador em elevar o rigor da resposta penal aos delitos de traficância, com escopo de controlar a expansão do tráfico de drogas. Nesse sentido:

A escassez do discurso médico-jurídico, no que tange à repressão, dá lugar ao sistema preponderantemente jurídico, baseado em legislação severa que, ao mesmo tempo que ainda mantém resquícios do antigo sistema (discurso médico-jurídico), elabora e legitima novo discurso, enfatizando o jurídico-político.²⁴

Esse modelo de política criminal repressivo está fundamentado no proibicionismo e criminalização das drogas. Essa política de controle das drogas estava destacada na Lei 6.386/76, na medida em que aumentou severamente os delitos de tráfico de drogas.

Segundo Carvalho o modelo repressivo foi incorporado ao País, tendo por base uma visão ideológica tripartite: Defesa Social, Segurança Nacional e Lei e Ordem.

A ideologia da Defesa Social e da Segurança Nacional surgem com a instauração da Guerra Fria e a bipolarização entre leste-oeste. Ambas, diferentes ideologias estão relacionadas “a noção fragmentada da dicotomia entre o bem e o mal.”²⁵

A defesa social nasce como um “sistema de controle social contra a criminalidade.”²⁶ Fundamenta-se, dentre outros princípios, no princípio do bem e do mal, em que a criminalidade (mal) deve ser defendida em prol da sociedade (bem).

23 CARVALHO, Salo; Op. Cit. p. 28-29.

24 CARVALHO, Salo; Op. Cit. p.36.

25 CARVALHO, Salo; Op. Cit. p. 174-175.

26 CARVALHO, Salo; Op. Cit. p.161.

Neste sentido, Carvalho afirma que “se na visão da Defesa Social o mal deve ser recuperado e punido intimidatoriamente, na ideologia da Segurança Nacional este deve ser eliminado e neutralizado”.²⁷

É, portanto, neste cenário que é incrementado no Brasil uma política criminal bélica, uma verdadeira guerra contra as drogas e contra a criminalidade, cujos discursos proferidos embasavam-se na noção de combate ao inimigo, isto é, o traficante, identificado como inimigo declarado pelo Estado, alvo de combate e repressão a ser exterminado a todo custo para o bem da sociedade.

Contudo, o modelo repressivo no Brasil acompanhou as tendências internacionais, especialmente dos Estados Unidos da América. A Convenção de Viena de 1988, aprovada pelo Congresso Nacional em 1991 e Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, em vigor no país desde junho de 1991, consolidaram a política de repressão às drogas no Brasil.²⁸

Cumprir ressaltar como exemplo desta militarização no País na busca pela eliminação do tráfico de drogas a Operação Rio, realizada em 1994 e 1995, a partir de convênio firmado entre as Forças Armadas do Governo Federal e a Polícia Militar do Governo do Estado do Rio de Janeiro.²⁹

Na década de 90, ganha espaço e força um novo discurso acerca da questão das drogas, que tem como escopo a prevenção do uso e a redução dos danos causados aos envolvidos com as drogas. O modelo de redução de danos surge como uma alternativa às estratégias proibicionistas e essencialmente repressivas as drogas, que se baseavam na abstinência e tolerância zero.

Segundo Luiz Flávio Gomes esse discurso sofreu reforço com a criação, pelo Decreto 7.179, de 20 de maio de 2010, alterado pelo Decreto 7.426, de janeiro de 2011, do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas.³⁰

A política de redução de danos propõe a “descriminalização gradual das drogas”, em que o objetivo a minimização das consequências físicas e psicológicas

27 CARVALHO, Salo; Op. Cit. p. 176.

28 CARVALHO, Salo; Op. Cit.

29 CARVALHO, Salo; Op. Cit.

30 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p.35.

associadas ao consumo de drogas, sem que haja uma obrigação de exterminação do uso de drogas a qualquer custo.³¹

A título de exemplo ilustrativo da lógica que opera no modelo proibicionista e no modelo de redução de danos, comenta Mendonça & Carvalho:

Exemplificamos. Pelos meios tradicionais de prevenção e repressão, o dependente de drogas injetáveis deverá ser privado de todo e qualquer contato com a substância na qual é viciado, bem como de todos os meios que teria à disposição para obter e utilizar a droga. Com isso, espera-se que as dificuldades colocadas impeçam-no de saciar o vício. O resultado dessa estratégia de combate, no entanto, por vezes, traz mais danos à saúde do que dependente e à sociedade do que a própria utilização da droga. Veja que, no exemplo, o que acontece em regra não é a abstinência do uso. Ao contrário, o dependente passa a buscar todos os meios possíveis para obter a droga, ainda que ilícitos. [...]

Mediante a política de redução de danos, o dependente versado no exemplo seria tratado de forma diferenciada. Se for viciado em drogas injetáveis, deverão ser-lhes distribuídas, gratuitamente, seringas descartáveis, para que não precise fazer uso das seringas de outras pessoas, evitando o risco de contágio com doenças transmissíveis pelo sangue, em especial AIDS. A depender da gravidade da dependência é possível não mais fazer uso delas.³²

Assim, a política de redução de danos está vinculada a atuação positiva do Estado no sentido de preservar a saúde e o bem-estar do usuário e dependente, através da prestação de assistência médica, da demarcação de locais adequados para o consumo, a preconização do uso de drogas mais leves para substituição das mais pesadas.³³

Frisa-se, ainda, que segundo Luiz Flávio Gomes, existe mais duas *Tendências-político-criminais*, em termos mundiais, além das tendências proibicionista e de redução de danos, já abordadas neste presente trabalho.

São elas: I) modelo *liberal radical ou liberalização total*, defendida especialmente pela revista inglesa *The Economist*, a necessidade de liberalização das drogas, sobretudo quanto aos usuários, sob a ideia que o direito penal seleciona os pobres como destinatários da legislação de drogas, pois apenas estes são encarcerados. II) *a justiça terapêutica*, em que o foco é o tratamento e recuperação do dependente e usuário, de acordo com suas diferenças e necessidades.³⁴

31 GOMES, Luiz Flávio. Op.cit.

32 MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. Cit. p..39.

33 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit.

34 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. 126-127.

Podemos dizer que a atual legislação de drogas, Lei 11. 343/2006, abrange de um lado a tendência proibicionista quanto a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas. De outro, o modelo prevencionista adotado em face do usuário e do dependente, ao estabelecer como princípios a prevenção, atenção e reinserção dos mesmos.

2.3. O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD): princípios e objetivos.

O SISNAD substitui o Sistema Nacional Antidrogas, uma vez que se alterou o foco e a direção da política estatal de drogas com relação ao tratamento e responsabilidade atribuída ao usuário e ao traficante.

Observa-se que a terminologia “antidrogas” expressa uma política tão somente de repressão e rigor para aqueles que se envolvem com substâncias ilícitas, contudo, tal expressão tornou-se incompatível com a nova postura adota pelo legislador em face do usuário e dependente de drogas ilícitas, qual seja de prevenção, educação e auxílio.³⁵

O SISNAD foi criado com a finalidade de 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 à repressão a produção e ao tráfico.

A prevenção do uso é veiculada especialmente por meio da educação e do conhecimento acerca dos malefícios e consequências que podem sofrer os usuários de drogas. É imprescindível, portanto, a participação dos mais diversos setores sociais.

A atenção e reinserção social estão relacionadas com a tentativa de minimizar o estigma que sofrem os usuários e dependentes, de modo a reintegrar esses ao convívio social, através da promoção de oportunidades e atividades que visem a aceitação social, o reconhecimento e sobretudo o respeito em relação ao dependentes e usuários enquanto pessoa humana, cidadãos integrante da sociedade.

Dentre os princípios que regem o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, elencados no art. 4º da Lei 11.343/2006,³⁶ destacam-se o respeito à

35 MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. Cit. p. 30.

36 Art. 4º São princípios do Sisnad: I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;
II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;

autonomia e à liberdade da pessoa humana (I), especialmente quanto a liberdade de tratamento, a promoção da responsabilidade compartilhada entre o Estado e a Sociedade (III), o reconhecimento de fatores correlacionados com o uso e o tráfico de drogas, e a necessidade de adoção de uma abordagem disciplinar no tratamento com relação aos usuários, dependentes e traficantes (IX).

O reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a produção de drogas não autorizada e o tráfico ilícito, implica na necessidade de implantação e investimentos por parte do Estado a viabilizarem fatores de proteção. Nessa seara, reside a responsabilidade do Estado: fornecer oportunidades para todas as pessoas, através da oferta de emprego, da promoção de programas que viabilizem o crescimento profissional, criação de escolas etc.³⁷ Assim, a atuação do Estado reside na prestação estatal, na concretização do mínimo existencial garantido constitucionalmente.

Ademais, o sistema orienta a adoção de uma abordagem multidisciplinar sobre a questão das drogas, sob diversos ângulos: não apenas da saúde pública e da sanção penal, mas de todas as disciplinas que direta ou indiretamente podem ser úteis ao enfrentamento da questão, como: a assistência social, pedagogia, psicologia, direito.

São quatro os objetivos do SISNAD:

Art. 5º-O Sisnad tem os seguintes objetivos:

-
- III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;
 - IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;
 - V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad;
 - VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;
 - VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;
 - VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;
 - IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;
 - X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;
 - XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas – Conad.

37 BARCILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Op. Cit..12.

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

A inclusão social está relacionada com a forma como deve a sociedade tratar o usuário e o dependente, ou seja, com respeito e sem preconceito ou discriminação, também está ligada à maneira como o próprio usuário/dependente pensa sobre si mesmo.³⁸

A promoção da inclusão social é viabilizada pela oportunidade de trabalho, de estudo, de participação e contribuição na sociedade, a fim de que sejam combatidas as diferenças sociais, de modo a torná-los menos vulneráveis a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas.

O acesso ao conhecimento sobre as consequências físicas, sociais e psicológicas do seu uso é ponto principal da socialização do conhecimento, é fundamental a divulgação e informação a todas as pessoas acerca dos riscos provenientes dessas substâncias.³⁹

Em que pese os princípios e objetivos almejados pela legislação, especialmente no que diz respeito às atividades de atenção, prevenção, auxílio e reinserção social do usuário e dependente tenham o escopo de deslocá-lo da visão repressiva e estigmatizadora em que se situa o traficante de drogas, não é isso que de fato ocorre na realidade, tendo em vista que a própria legislação não é clara quanto à distinção entre usuário e traficante.

38 BARCILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Op. Cit. p..16.

39 BARCILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 16.

3. O USUÁRIO E O TRAFICANTE DE DROGAS NA LEI 11.343/2006

3.1 O Usuário De Drogas.

A Lei 11.343/2006 propõe-se a eliminar a confusão que durante um bom tempo existiu (e ainda existe) no Brasil entre o usuário e o traficante, separando a conduta do usuário e do traficante em artigos distintos, com o fito de dar tratamento penal particular aos sujeitos envolvidos com as drogas, em que o traficante é punido de forma rigorosa, e o usuário de drogas, de forma branda.

O artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006 revogou o artigo 16 da Lei nº 6.368 de 1976, o qual previa pena detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa para os usuários de drogas.

Nesse sentido, o revogado artigo 16 da Lei nº 6.368 de 1976, distanciava-se do artigo 12 da mesma Lei, que tipificava o crime de tráfico de drogas quanto a elevação da pena, ou seja, pena de prisão para o crime de tráfico era mais elevada que a pena de prisão cominada para crime do porte de drogas para o consumo pessoal.

Consequentemente, podemos afirmar que sob a égide da legislação anterior inexistia uma preocupação com as necessidades e a peculiaridade do usuário e do dependente de droga, pois, eram vistos socialmente segundo a ideologia da repressão e demonização de todos aqueles que faziam uso de substâncias psicoativas.

O artigo 16 da Lei nº 6.368 de 1976, revogado pela atual lei de drogas, continha a seguinte redação:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

A legislação vigente modificou a penalidade aplicada aos usuários de drogas, substituindo as penas de detenção e multa trazidas pela Lei nº 6.368 de 1976 por penas alternativas a prisão, a saber: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O art. 28, *caput*, da Lei 11.343/2006, define o usuário como aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal sem autorização ou acordo com a determinação legal. Vejamos:

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

I - Advertência sobre os efeitos das drogas;

II - Prestação de serviços à comunidade;

III - Medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Observa-se que para a configuração do crime de uso de drogas é preciso que fique comprovado o dolo específico, o fim especial de agir do agente, ou seja, a droga deve destinar-se: “para o consumo pessoal”. Se a destinação for para terceiro, incorre o agente na modalidade do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Além do mais, exige-se para figuração do crime de porte de drogas para consumo pessoal que se trate de “droga sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Caso a droga esteja autorizada ou em concordância com determinação legal ou regulamentar a conduta será atípica, pois a modalidade do art. 28, *caput*, traz como um dos elementos do tipo “droga sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

O crime da posse de drogas para consumo pessoal consuma-se pela realização de quaisquer condutas descritas no tipo, independente do resultado, configurando-se crime de perigo abstrato, tendo em vista o potencial risco a coletividade e a saúde pública pela simples posse de drogas ilícitas.

Por esta razão, conforme assevera Marcão a quantidade muito pequena de drogas não enseja a desfiguração do ilícito, pois, para que seja figurado o crime, não há a necessidade de comprovação da lesividade da conduta ou à quantidade apreendida, já que se trata de crime de perigo presumido.⁴⁰

O grande destaque da Lei 11.343/2006 está no fato de não ser possível em hipótese alguma a aplicação da pena privativa de liberdade, nem mesmo em flagrante delito. Assim, dispõe o art. 48, § 2º da referida Lei que, “tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente (Juizados Especiais), ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários”.

Sobre a modificação da pena aplicada ao usuário de drogas, proposta pela Lei atual, comentário interessante de mencionar é a justificativa final do Senado Federal ao Projeto de Lei 115, convertido na Lei 11.343.2006, veiculado pelo parecer 846, da Comissão de assuntos sociais do Senado, publicado no Diário do Senado Federal em 6 de julho de 2006, trazida por Mendonça & Carvalho:

O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é, na verdade, dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso da droga pode lhe trazer.⁴¹

Diante disso, consideramos que a opção legislativa pela revogação da pena privativa de liberdade para os usuários orienta-se no sentido da política de redução de danos buscando, desse modo, a ressocialização, prevenção e tratamento do indivíduo, baseando-se no caráter preventivo da pena bem como no princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2. Distinção entre Usuário e Dependente.

40 MARCÃO, Renato Flávio. Tóxicos: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas: anotada e interpretada, 10ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2015. P. 68.

41 MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. Cit. p.46.

O usuário de drogas não se confunde com o dependente. Não se pode dizer que todo usuário necessariamente se tornará um dependente químico.

Sobre tal distinção salienta Flávio Gomes:

É preciso distinguir, prontamente, o usuário do dependente de drogas. Nem sempre o usuário torna-se do dependente. Aliás, em regra o usuário de drogas não se converte num dependente. Ser usuário de droga (ou de álcool) não significa ser tóxico-dependente (alcoólatra). A distinção é muito importante para o efeito de se descobrir qual medida alternativa será mais adequada em cada caso concreto.⁴²

Como é sabido, o usuário de drogas trata-se do indivíduo que utiliza drogas de forma esporádica, ocasional, enquanto o dependente químico define-se como “uma condição física e psicológica causada pelo consumo constante de substâncias psicoativas. A dependência química é considerada uma doença crônica, que é causada pela necessidade psicológica da pessoa de buscar o prazer e evitar sensações desagradáveis, causadas pela abstinência”.⁴³

O usuário distancia-se do dependente quanto ao controle do uso das substâncias. O primeiro detém o controle sobre o desejo de usar a substância, bem como o controle emocional e físico. O segundo perde o controle do consumo e, por conseguinte, do seu estado físico e emocional.⁴⁴

É relevante a distinção especialmente no que se refere à consequência penal aplicada a cada agente, individualmente considerado. Neste ínterim, a legislação atual prevê a possibilidade de absolvição imprópria do indivíduo dependente de drogas, afastando a aplicação da pena e prevendo em seu lugar a medida de segurança.⁴⁵

Conforme o diploma legal do art. 45 da Lei 11.343/2006:

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

42 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p. 123.

43 Disponível em: < <https://www.significados.com.br/dependencia-quimica/>>. Acesso em 05/12/2017.

44 Disponível em: < <https://www.webartigos.com/artigos/usuario-ou-dependente-de-drogas/126573>>. Acesso em 05/12/2017.

45 MARCÃO, Renato Flávio. Op. Cit.

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

Tendo em vista que as consequências penais do usuário e do dependente são bem diferentes, não devem ser confundidos, podendo, inclusive o dependente químico ser isento de pena quando no momento da ação delitiva não tinha nenhuma capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determina-se de acordo com esse entendimento.

3.3 Breves considerações sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 343/2006

O *caput* do artigo 28 da atual Lei de Drogas estabelece como resposta penal: a advertência sobre o uso das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Têm-se que o legislador aboliu a pena privativa de liberdade no que se refere a usuários e dependente, em seu lugar adotou medidas ou penas alternativas ao cárcere.

Diante dessa postura, discute-se na doutrina a natureza jurídica deste dispositivo. A controvérsia reside em saber qual o fenômeno que sucedeu com a conduta da posse de drogas para consumo pessoal: descriminalização, legalização ou despenalização da posse de drogas para o consumo pessoal.

Luiz Flávio Gomes entende que houve descriminalização formal, tratando-se o art. 28, *caput*, de uma infração *sui generis*.

O pensamento do referido autor está fundamentado na definição de crime trazida pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, (Decreto Lei 3.914/41), “*in verbis*”:

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

Entende o jurista que a posse de drogas para o consumo pessoal deixou de ser crime do ponto de vista formal, sob a justificativa de que as sanções previstas

pela Lei 11.343/2006 não importam de modo algum a pena de prisão, embora continue sendo um ilícito *sui generis* - um ato contrário ao direito.

Nas palavras de Flávio Gomes:

Ora, se legalmente – no Brasil – “crime” é infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada, cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de drogas para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser “crime” do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa).⁴⁶

Para o referido autor a norma do art. 28 constitui ilícito *sui generis*, de caráter penal. Não se trata de crime nem de contravenção penal, porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão.

Distancia-se da posição de Luiz Flávio Gomes, o pensamento de Alice Bianchini, para a qual houve o fenômeno do *abolitio criminis*, encontrando-se conduta do usuário apartada da esfera penal, vejamos:

O art. 28 não pertence ao Direito penal, sim, é uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da lei dos juizados). Houve uma descriminalização substancial (ou seja: *abolitio criminis*).⁴⁷

Dentre outros argumentos, pontua a autora que justifica-se o fenômeno da abolição de crime (art. 28) pela lei vigente, tendo em vista as consequências da conduta de art. 28: trata-se de medidas de natureza educativa; bem como as consequências para o descumprimento de transação penal ou de sentença condenatória: limita-se apenas a admoestação verbal ou multa (art. 28, §2º).

Então, Luiz Flávio Gomes entende que houve descriminalização formal e, Alice Bianchini, descriminalização substancial.

A descriminalização verifica-se quando sobrevém lei posterior que retira a natureza de crime da conduta, anteriormente considerada ilícito penal. Desdobra-se em três espécies, a saber:

Descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal (como infração penal) deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato, mas não retira do campo do direito penal (transforma o

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p. 132.

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p. 127.

'crime' numa infração penal sui generis; é a descriminalização formal); (b) a que elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo etc. (descriminalização "penal") e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente (nisto consiste a chamada descriminalização substancial).⁴⁸

De encontro à posição do fenômeno da descriminalização está o pensamento de Renato Marcão segundo o qual não ocorreu a descriminalização. Afirma que, "a ausência de cominação privativa de liberdade não afasta a possibilidade de a conduta estar listada como crime ou contravenção".⁴⁹

Entende o citado autor que a fundamentação da descriminalização pautada no art. 1º na Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro não deve ser aplicado atualmente, vez que esta Lei de Introdução ao Código Penal é de 1940, encontrando-se, portanto desatualizada. Conforme as suas palavras "à época em que foi elaborada, nem se cogitava da aplicação de outra "pena", não privativa de liberdade, como "pena principal", para qualquer crime, daí o diminutivo alcance da definição que decorre da lei de introdução, que era perfeita para o seu tempo."⁵⁰

Do mesmo modo são as lições de Fernando Capez:

Entendemos, no entanto, que não houve a descriminalização da conduta. O fato continua a ter a natureza de crime, na medida em que a própria Lei o inseriu no capítulo relativo aos crimes e as penas (Capítulo III); além do que as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, § 1º, da nova Lei). A Lei de Introdução ao Código Penal está ultrapassada nesse aspecto e não pode ditar os parâmetros para a nova tipificação legal do século XX.⁵¹

A jurisprudência, 1º Turma do Supremo Tribunal Federal, contudo, posicionou-se primeiramente em 2007, firmando o entendimento de que se trata de um crime punido com penas alternativas, sendo usuário, portanto, um "tóxico-delinquente" (RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.13.02.2007). Vejamos:

I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a

48 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p.. 130.

49 MARCÃO, Renato Flávio. Op. Cit. p.. 53.

50 MARCÃO, Renato Flávio. Op. Cit. p. 53.

51 CAPEZ, Fernando. Op. Cit.

estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

(STF - RE: 430105 RJ, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/02/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

Outrossim, a 5ª Turma do Supremo Tribunal Federal, manteve o mesmo entendimento quando do julgamento do Habeas Corpus nº 73432-MG, cujo relator era o Ministro Félix Fischer. Vejamos:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 16, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME DE POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL. NÃO INCIDÊNCIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. OCORRÊNCIA DE DESPENALIZAÇÃO. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. RETROATIVIDADE. I - Hipótese em que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 16, da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos) a uma pena privativa de liberdade (09 meses de detenção, em regime semi-aberto). II - A superveniência da Lei nº 11.343/2006, mais especificamente em seu art. 28 (posse de droga para consumo pessoal), contudo, ensejou verdadeira despenalização, "cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal" (cf. consignado no Informativo nº 456/STF, referente a questão de ordem no RE 430105/RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence). III - Vale dizer, o crime de posse de substância entorpecente para consumo pessoal, em razão da lex nova, não mais está sujeita a pena de prisão, mas sim às seguintes penas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28 e incisos, da Lei nº 11.343/2006). IV - Dessa forma, tratando-se, ao menos neste ponto, de novatio legis in

mellius, deve ela retroagir (art. 5, XL, da CF e art. 2º, parágrafo único, do CP), a fim de que o paciente não mais se sujeite à pena de privação de liberdade. Writ concedido.

(STJ - HC: 73432 MG 2006/0283417-4, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 14/06/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.08.2007 p. 299)

Sendo assim, a jurisprudência do STF entende que houve o fenômeno da despenalização, cujo significado “é suavizar a resposta penal, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo-se intacto o caráter ilícito do fato (o fato continua sendo uma infração penal ou infração de outra natureza).⁵²”

Ademais reconheceu a aplicação da retroatividade da lei penal mais benéfica - *novatio legis in melius*, com fulcro no art. 5, XL, da CF e art. 2º, parágrafo único, do CP. Portando, a lei atual retroage para alcançar fatos anteriores à sua vigência.

3.4 O Traficante De Drogas

3.4.1. Alteração do tipo penal atual em comparação com o tipo de tráfico da lei anterior

O art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, dispõe que incorre em crime de tráfico ilícito:

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

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

A Lei nº 6.368/76, no seu art. 12 trazia em sua redação os 18 (dezoitos) verbos repetidos na lei atual de drogas, entretanto quanto a sanção, a pena privativa de liberdade amentou passando de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão, e multa de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, para 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e multa 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Segundo Luciana Boiteux, a intenção do legislador em aumentar a pena mínima no crime tráfico seria obstar a possibilidade de aplicação das penas alternativas a prisão, em consonância com o disposto no art. 44, *caput* da referida Lei, o que, para ela, representa um retrocesso, diante do entendimento pelo

⁵² GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p.131.

Supremo Tribunal Federal pela admissibilidade da substituição das penas, ainda sob égide da Lei anterior. (Art. 33, § 4º, art. 44, caput: STF possibilidade de penas alternativas - resolução do Senado 1 HC 256/2010.)⁵³

O tipo penal do referido artigo trata-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, respondendo pelo crime de tráfico de drogas o agente que praticar uma ou mais ações descritas no tipo, no mesmo contexto fático. Ou seja, podem ser realizadas quaisquer das ações isoladas ou conjuntamente, respondendo o agente por um crime apenas, por força do princípio da alternatividade. Assim, por exemplo, aquele que adquire e traz consigo a droga incorre em um único crime, na hipótese do art. 28, ou na hipótese do art. 33, a depender do caso concreto.⁵⁴

Trata-se, em regra, de crime doloso. Excepcionalmente, admite-se que seja praticado culposamente, quanto aos verbos “prescrever” e “ministrar”.⁵⁵ Diferentemente do crime tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006, que se exige a demonstração do elemento subjetivo específico, isto é: a droga seja *para o consumo pessoal*, no crime do art. 33, *caput*, é prescindível demonstração de especial fim de agir, apesar de a expressão “tráfico de drogas” estar relacionada à ideia de mercancia e lucro.

Sendo assim, o crime de tráfico de drogas caracteriza-se apenas pelo dolo genérico, consubstanciado na vontade e na livre consciência de praticar um dos 18 (dezoito) verbos do tipo, ciente de o faz sem a autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.⁵⁶

Ademais, trata-se de crime de mera conduta, não sendo necessário alcançar o resultado naturalístico, isto é, não é preciso que haja alguma modificação no mundo exterior para a configuração do crime; e crime de perigo abstrato, em que se dispensa para a consumação um risco concreto ao bem jurídico.

53 BOITEUX, Luciana. Controle Penal Sobre às Drogas ilícitas: O impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade (Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo: faculdade de Direito, 2006. Disponível em: <<http://comunidadesegura.org.br/files/controlenpenalsobredrogasilicitas.pdf> > Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

54 BARCILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 85.

55 LIMA, Renato Brasileiro. Legislação criminal especial comentada: volume único I, 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.P.743.

56 Ibidem, p. 706

Os crimes de perigo abstrato baseiam-se numa presunção de que a prática de determinada conduta representa um risco a um bem jurídico, mesmo que não haja a comprovação efetiva do risco criado pelo agente no caso concreto.⁵⁷

Ainda, registra-se que se considerará crime a prática de quaisquer dos verbos do tipo penal se estiver em desacordo com determinação legal ou regulamentar ou sem autorização, que são elementos normativos do tipo. Do contrário, é forçoso reconhecer-se a atipicidade.⁵⁸

3.4.2. O bem jurídico tutelado.

Foi a partir do século XIX que o conceito de bem jurídico surgiu na história dogmática do direito penal, por influência das concepções iluministas que definiam o fato punível como lesão de direitos subjetivos.⁵⁹

Birbaum, segundo a maioria da doutrina utilizou primeiro o termo bem jurídico em substituição ao conceito de direito subjetivo, para designar uma pretensão que teria o indivíduo perante o Estado de proteger determinados interesses e valores fundamentais para a sociedade.⁶⁰

Bindin apresentou um outro conceito de bem jurídico, definindo-o como estado valorado pelo legislador⁶¹. Para ele, a norma é a “única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico”.⁶²

Já Von Liszt trouxe o conceito de bem jurídico para a estrutura do delito, conceituando como “interesse juridicamente protegido”, concebendo-o como elemento central da estrutura do delito.⁶³

57 Ibidem. p. 706.

58 MARCÃO, Renato Flávio. Op. Cit. p. 95

59 BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal: parte geral. 23ª. ed. ver.ampl. e atual. São Paulo, SP: Saraiva. 2017 P. 45

60 COELHO, Yuri Carneiro. Bem Jurídico-penal. Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2003. P.25.

61 Ibidem. p.43.

62 Ibidem. p. 23.

63 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 45.

Segundo Luiz Regis Prado, bem jurídico “é um ente (dado ou valor social) material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido”.⁶⁴

Os bens metaindividuais caracterizam-se por ultrapassar a esfera individual, alcançando toda a coletividade, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade. Dentro deste contexto evidencia-se a saúde pública.⁶⁵

Para Cezar Bitencourt, bens jurídicos, em última instância são frutos do Estado Democrático de Direito, que devem ser utilizados como princípio interpretativo e como ponto de partida para estrutura do delito.⁶⁶

Saliente-se que a noção de bem jurídico distingue-se do objeto da ação. O objeto da ação compreende um elemento do tipo penal, seja corpóreo ou incorpóreo, a ser atingido pelo autor do crime. O bem jurídico, por sua vez, está situado no plano axiológico, representado por um valor social tutelado pelo direito penal.⁶⁷

Para Claus Roxin, a noção de bem jurídico traz limites ao legislador, no sentido de proibir criação de normas jurídicas incriminadoras fundamentadas em ideologia que atentem contra direitos fundamentais e humanos, em ataques a valores morais, a proteção de sentimentos, a consciente autolesão, etc.⁶⁸

Segundo Renato Marcão o objetivo maior da Lei de Drogas é a saúde pública, diante da potencialidade lesiva que o delito de porte de entorpecente representa para a sociedade.⁶⁹

A seleção dos bens jurídicos está orientada nos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.⁷⁰ Assim, podemos dizer que a saúde pública, encontra fundamento no art. 196 e seguintes da Carta Magna, que se reconhece a

64 PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de direito penal brasileiro. 14^a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015. P. 225.

65 Ibidem. p. 224.

66 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p.. 48.

67 PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Op. Cit. p.. 218-219

68 ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. P. 20- 24.

69 MARCÃO, Renato Flávio. Op. Cit. p. 54.

saúde como "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."⁷¹

A saúde pública é o fundamento para todo o corpo da Lei.

Outrossim são as lições de Barcila & Rangel:

Portanto, qual seria o bem jurídico tutelado nos crimes de tráfico e posse de drogas para consumo pessoal? Parece que a finalidade da norma é, principalmente, o risco que as drogas acarretam das mais variadas formas: a) aquisição do vício em decorrência do mal uso ou de erro induzido por terceiro que age de má-fé; b) desconhecimento parcial ou total do usuário dos efeitos gerados pelas drogas como consequências que variam do dano à saúde até a morte; c) utilização da droga para a prática de homicídio doloso por envenenamento; d) prática de lesões e homicídio culposo; e) agravamento de quadros psicóticos; f) acesso de crianças e pessoas portadora de necessidades especiais as drogas etc.⁷²

Portanto, a razão da proteção penal em tutelar tanto o porte de drogas para o consumo pessoal quanto o tráfico ilícito de drogas, está no perigo ou risco social que o envolvimento com tais substâncias pode provocar, seja na esfera individual e familiar, seja na sociedade como um todo.

3.4.3. Tráfico de drogas crime equiparado a hediondo.

A Constituição Federal, no art. 5º, XLIII, concedeu o mesmo tratamento destinado aos crimes hediondos ao crime de tráfico ilícito de drogas, quando o considera, crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.⁷³

A palavra hediondo, de acordo com o dicionário informal, é aquilo que imprime repulsa e horror; horrível; repulsivo; repugnante; que provoca intensa indignação moral.⁷⁴

70 GREGO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. P.36.

71 LIMA, Renato Brasileiro. Op. Cit. p. 701.

72 BARCILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Op. Cit. p.84.

73 BARCILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo Op. Cit. p. 160

74 Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/hediondo/>>. Acesso em 11/12/2017.

Nesse sentido, o crime considerado hediondo, é aquele que causa maior senso de reprovação pela sociedade quando comparado a outros delitos, recebendo por isso um maior rigor penal em sua punição.

Partindo desta premissa, o legislador elegeu formalmente determinados crimes para rotulá-los como hediondos tratando-os de forma igual sem levar em consideração a peculiaridade de cada crime, ou seja, independentemente de quem seja o autor da ação, sua personalidade, sua conduta social antecedente; sejam quais forem os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, ou ainda, o comportamento da vítima.⁷⁵

A Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8. 072/90, estabelece medidas que assemelham as condutas tipificadas no tráfico de drogas aos crimes considerados hediondos. Como por exemplo: o cumprimento de pena em regime inicialmente fechado, a possibilidade de encaminhamento para estabelecimentos penais de segurança máxima, entre outros.⁷⁶

O art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, veda expressamente a concessão de, *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, com ou sem fiança aos crimes previstos no arts. 33, *caput*, § 1º, 34 a 37, bem como a conversão de suas penas em restritivas de direitos. No parágrafo único prevê a possibilidade da concessão do livramento condicional depois do cumprimento de 2/3 da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Por seu turno, a Lei 8.072/90, em seu artigo 2º, dispõe que os crimes hediondos, a tortura, o tráfico de drogas e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança, não mencionando a vedação à concessão da suspensão condicional da pena, nem a vedação à substituição das penas em restritivas de direitos.

Observa-se que a pretensão do legislador é proibir o *sursis* e a substituição das penas em restritivas de direitos apenas para o crime de tráfico ilícito de drogas, contrariando o princípio da isonomia em relação aos demais crimes equiparados a hediondos pela própria constituição, sem justo motivo.⁷⁷

75 LEÃO, José Leal: Crimes Hediondos – Aspectos Políticos Jurídicos da Lei 8.072/90, 1ª edição, 1996, editora Atlas. P.25

76 BARCILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 160.

77 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p. 248

Todavia, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o assunto, entendendo ser constitucional a vedação à suspensão condicional do processo no crime de tráfico, por estar em consonância com o disposto no art. 5º, XLIII da Constituição Federal e com a Lei 8.072/90.⁷⁸

Em relação a proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos no crime de tráfico de drogas, o Supremo Tribunal Federal assentou inconstitucional o artigo 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, na parte em que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vindo o Senado Federal a suspender a observância do preceito no território nacional,⁷⁹ pois a vedação, em abstrato, da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é incompatível com o princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).⁸⁰

Sendo assim, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando a pena aplicada não for superior a quatro anos, e o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o réu não seja reincidente em crime doloso e as circunstâncias do crime indiquem que a substituição é suficiente. (Art. 44 do CP).

A graça, indulto e anistia, nas palavras de Mendonça & Carvalho “ são espécie de clemência soberana, de “indulgência do príncipe”⁸¹, em que o Estado renuncia ao seu Direito de Punir, por questões de política criminal”. A anistia é de competência do Congresso Nacional, e o indulto e a graça são da atribuição do Presidente da República.

Quanto à vedação à liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de drogas, foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois entendeu que a mera inafiançabilidade do delito não impede a concessão da liberdade provisória (sem fiança) e que a sua vedação apriorística é incompatível com os princípios constitucionais da presunção da inocência e do devido processo legal, bem como o mandamento constitucional que exige a fundamentação para todo tipo de prisão.⁸²

78 MARCÃO, Renato Flávio. Op. Cit. p..249.

79 Ibidem. p. 255.

80 LIMA, Renato Brasileiro. Op. Cit. p. 77.

81 MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. Cit. p. 197.

82 MARCÃO, Renato Flávio. Op. Cit. p.250.

Foi editada a Lei nº 11.464/07, que modificou a Lei dos Crimes Hediondos (art. 2º, II), passando a admitir expressamente a concessão de liberdade provisória sem fiança aos crimes hediondos e equiparados.⁸³

Nesse sentido, cabe ao magistrado apreciar a existência dos requisitos da prisão preventiva à luz do art. 312 do CPP também nos crimes hediondos e equiparados, inclusive no tráfico de drogas, no sentido de que, uma vez ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, deve ser concedida a liberdade provisória, pois a gravidade do fato e a presumível periculosidade do agente não podem invalidar o princípio da presunção da inocência.⁸⁴

3.4.4 Causa de diminuição de pena.

Nos crimes de tráfico disposto no art. 33, caput, e nas formas equiparadas do § 1º, trouxe o legislador a causa especial de diminuição de pena, a fim de diferenciar o que a doutrina denominou de “pequeno traficante” ou “traficante ocasional” e o “grande traficante” ou “traficante profissional”, regulamentada no § 4º deste artigo, nos seguintes termos:

Art. 33, § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Essa causa de diminuição de pena, não estava prevista na antiga Lei de Drogas (Lei nº 6.368/76). Sua criação foi influenciada por questões de política criminal de drogas, que busca mitigar a resposta penal ao pequeno traficante, aqueles que estão iniciando na traficância, não se aplicando ao traficante habitual, com a finalidade de propiciar uma oportunidade mais rápida de ressocialização.⁸⁵

Dessa maneira, também assevera Marcão: “inegável que aquele que se inicia no crime está por merecer reprimenda menos grave, o que era impossível antes da vigência do novo § 4º, e a minorante em questão tem por objetivo

83 LIMA, Renato Brasileiro. Op. Cit. p. 75.

84 MARCÃO, Renato Flávio. Op. Cit. p. 251.

85 LIMA, Renato Brasileiro. Op. Cit. p.756.

beneficiar somente o traficante eventual, e não aquele que faz do tráfico o seu meio de vida”⁸⁶.

A previsão de causa de diminuição de pena está amparada no princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, pois visa punir de forma proporcional e particular a conduta dos indivíduos envolvidos com o comércio ilícito de drogas. Para tanto, faz-se mister preencher determinados requisitos, cumulativamente.

O primeiro requisito é o agente ser primário, ou seja, que não tenha nenhuma condenação criminal transitada em julgado, no momento da ação delitiva.

O segundo é os bons antecedentes, tal conceito é obtido por exclusão, isto é, aquele que não tem maus antecedentes, possui bons antecedentes. São considerados antecedentes, apenas, as condenações criminais com transito em julgado que não mais caracterizam a reincidência, em razão do decurso do lapso temporal de cinco de anos (Art. 64, I, do CP).⁸⁷

O terceiro requisito é que o agente não se dedique à atividade criminosa, nem integre organização criminosa. Significa dizer, nas palavras de Renato Brasileiro que “o acusado deve desenvolver algum tipo de atividade laborativa lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para a criminalidade.”⁸⁸

Assim, uma vez preenchidos todos os requisitos, o agente passar a ser titular de um direito subjetivo à diminuição da pena, não podendo ser negado, discricionariamente pelo juiz.⁸⁹

4. A DISTINÇÃO USUÁRIO/TRAFICANTE

86 MARCÃO, Renato Flávio. Op. Cit. p..X.

87 LIMA, Renato Brasileiro. Op. Cit. p.757.

88 Ibidem. p.757.

89 MARCÃO, Renato Flávio. Op. Cit. p.. 145.

Em que pese a conduta do crime de tráfico de drogas esteja prevista no art. 33⁹⁰, *caput* e seguintes da legislação atual, e a conduta do porte para consumo pessoal esteja tipificada no art. 28⁹¹, assemelham-se muito quanto à descrição dos verbos nucleares incriminadores.

A punibilidade, porém, são completamente opostas. Ao traficante, é imposto o encarceramento. Ao usuário, o não encarceramento. Desta feita, imperioso diagnosticar o que leva um indivíduo a ser intitulado como traficante e outro como usuário, afinal de contas, tratam-se de delitos autônomos, independentes, que mereciam ser assim trabalhados pelo legislador, de forma objetiva e precisa, sem margem para dúvida ou confusão.

Entretanto, utilizou-se o legislador de dispor em uma norma penal de textura aberta os parâmetros de distinção entre o usuário e traficante, segundo prescreve o §2º do art. 28 da Lei: “o juiz atenderá à natureza e à quantidade de 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”.

Ademais, a dicção do art. 28, *caput*, aponta a necessidade de constatação da intenção especial do agente de ter a posse da droga para o consumo próprio (o chamado *dolo específico* ou elemento subjetivo), a *contra sensu* do delito de tráfico, que apenas depende do *dolo genérico*, a vontade livre e consciente de repassar a droga, com fim lucrativo ou não, leia-se: ainda que gratuitamente. Encontra-se aí também mais um elemento diferenciador.

4.1. Os critérios utilizados para distinguir o porte para consumo pessoal e o tráfico.

Existem dois sistemas utilizados pelos diversos ordenamentos jurídicos para proceder quanto à distinção do porte de drogas para o consumo próprio do tráfico de drogas. São eles: o sistema da quantificação, em que o legislador fixa um quantum

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

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

diário, que entenda ser razoável para o consumo pessoal. Dessa forma, o agente que for pego com a quantidade de drogas acima desse limite, considerar-se-á como traficante. E o sistema da quantificação judicial, pelo qual incumbe aos órgãos julgadores proceder a diferenciação, com base no caso concreto.⁹²

O sistema penal brasileiro adotou o sistema de quantificação judicial. Sem dúvidas, há muitas críticas quanto a esta opção legislativa, tendo em vista que os elementos diferenciadores dispostos pelo legislador elencados no art. 28 § 2º da Lei 11.343/2006, são revestidos de uma carga valorativa e subjetiva muito grande.

É sabido que a criação de normas penais incriminadora deve estar vinculada ao princípio da legalidade estrita, pelo qual “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal” (Art. 1º CP). É corolário deste o princípio da taxatividade ou mandado de determinação dos tipos penais, que impõe a utilização de termos claros e precisos na descrição da conduta típica, sendo vedados tipos penais vagos, ambíguos e imprecisos.

A não ser assim ferem-se diversas garantidas individuais do cidadão frente ao poder de punir do Estado, pois dá-se lugar à insegurança jurídica, à incerteza quanto à restrição do seu direito à liberdade, o qual estará submetido a decisões judiciais subjetivas e arbitrárias, proferidas segundo valores, sentimentos e preconceitos próprios de cada órgão julgador. Nesse esteio, acerca das normas de textura vaga e indeterminada, salienta Roxin:

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não protege o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do ius puniendi estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo.⁹³

A norma penal do art. 28, § 2º da Lei 11.343/2006 contém a seguinte descrição: 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”.

92 LIMA, Renato Brasileiro. Op. Cit. p.706.

93 BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 1. 23ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

Têm-se que o legislador utilizou “excessivamente conceitos que necessitam de complementação valorativa,” requerendo do magistrado um juízo valorativo para complementar a descrição típica do art. 28, caput, e do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.⁹⁴

Estamos, portanto, diante de uma norma desprovida de técnica legislativa correta e adequada, que não assegura aos cidadãos a previsibilidade e imparcialidade do comportamento estatal face às suas condutas.

Passaremos a análise dos critérios diferenciadores utilizados pelos juízes na classificação do crime quando do caso concreto. São eles: à natureza e à quantidade de substância apreendida, o local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente. (Art. 28, § 2º)

A natureza e quantidade de drogas constituem objeto material do delito, e são apenas dois dos critérios a serem observados, não podendo ser considerados individualmente. A pequena quantidade de drogas não descaracteriza o crime de tráfico, se os outros parâmetros pré-estabelecido apontem o contrário.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se posicionou, no sentido de que o princípio da insignificância não se aplica ao crime de tráfico de drogas, tendo em vista que se trata de crime de perigo abstrato contra a saúde pública, não atendendo aos vetores do princípio da insignificância, a saber: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Neste esteio, já decidiu a Suprema Corte: "o fato de o agente haver sido surpreendido com pequena quantidade de droga- três gramas- não leva à observação do princípio da insignificância, prevalecendo as circunstâncias da atuação delituosa - introdução da droga em penitenciária para venda a detentos".⁹⁵

94

95 STF, 1ª Turma, HC 87.319/PE, Rei. Min. Marco Aurélio, j. 07/11/2006, DJ 15/12/2006. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 88.820/BA, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/12/2006, DJ 19/12/2006. Sob o argumento de que se trata de crime de perigo abstrato contra a saúde pública, sendo, pois, irrelevante, a quantidade de substância apreendida, o STJ também não admite a aplicação do princípio da insignificância ao tráfico de drogas. A propósito: 736 STJ, 6ª Turma, HC 156.543/RJ, Rei. Min. Og Fernandes, j. 25/10/2011, DJe 09/11/2011; STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 125.332/MG, Rei. Min. Jorge Mussi, j. 20/10/2011, DJe 14/11/2011; STJ, 6ª Turma, HC 104.158/SP, Rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27/09/2011, DJe 13/10/2011.

Incumbe ao julgador buscar informações acerca da quantidade de substância máxima diária que é tolerado pelo organismo de um indivíduo, de modo que se identifique o numerário apreendido como razoável para o consumo pessoal.⁹⁶

Ressalte-se que a natureza e quantidade de drogas devem ser analisadas de forma conjunta, pois a numerário da substância está atrelada a sua natureza, ou seja, a qual espécie de drogas está sendo apreendida no caso concreto.⁹⁷

O local e as condições em que ocorreram a ação referem-se a locais em que são considerados zonas típicas de tráfico, entretanto deve-se atentar que nessas localidades há também a presença de usuários.

Os antecedentes do agente como parâmetro a ser avaliado pelo juiz é alvo de críticas; segundo Samuel Miranda Arruda, a utilização dos antecedentes criminais para se identificar, no caso concreto, a conduta típica que o agente praticou enseja o retorno ao direito penal do autor, tendo em vista que o legislador deixa de analisar o fato criminoso objetivamente para realizar uma apreciação subjetiva do agente, consagrando uma verdadeira presunção de culpabilidade, contrariamente ao princípio de presunção da não-culpabilidade, previsto constitucionalmente.⁹⁸

Entretanto, a doutrina tem entendido que nada impede que este critério seja considerado de forma conjunta com os demais, servindo como apenas um dos fatores interpretativos a serem utilizados pelo juiz no enquadramento típico.

As circunstâncias sociais e pessoais referem-se às condições econômica do agente, ao seu poder aquisitivo, de maneira que se for apreendida uma grande quantidade de droga nas mãos de um pobre, presume-se a posse da droga para traficância.

Sobre esse critério, leciona Guilherme de Souza Nucci:

Naturalmente, espera-se que, com isso, não se faça um juízo de valoração ligado às condições econômicas de alguém. Ex.: Se um rico traz consigo cinco cigarros de maconha, seria usuário porque pode pagar pelas drogas. Entretanto, sendo o portador pessoa pobre, a mesma quantidade seria considerada tráfico. [...] Ilustrando, de modo mais razoável: aquele que traz consigo quantidade elevada de substância entorpecente e já possui anterior

96 LINS, Emmanuela Vilar. A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social, 2009, disponível em: < <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf> > P.250. Acesso em 22/10/2017.

97 Ibidem.

98 ARRUDA, Samuel Miranda. Drogas: aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Ed. Método. P.32.

condenação por tráfico evidencia, como regra, a correta tipificação no art. 33 desta Lei. [...] o agente que traz consigo pequena quantidade de droga, sendo primário e sem qualquer antecedente, permite a conclusão de se tratar de mero usuário [...]. Não há entre os critérios o predomínio de uns sobre os outros, tudo a depender do caso concreto.

Visto que o poder aquisitivo da agente apreendido, pode facilmente oferecer uma visão final equivocada de classificação, ou seja, o agente com poder aquisitivo menor deve ser automaticamente condenado por tráfico de drogas? Ou um o agente com poder aquisitivo maior, mesmo portando uma grande quantidade de drogas deve ser tido como usuário? ⁹⁹

Nesse esteio, a pobreza, o desemprego, a falta de uma profissão, ou de ensino superior, são fatores que estão associados a circunstâncias de traficância, de maneira que, não raro a única “prova” do tráfico é o desemprego ou o subemprego daquele que se encontra com posse de drogas, por se supor que, estando desempregado ou subempregado, não teria condições de comprar a droga para o uso pessoal. ¹⁰⁰

Desta feita, é muito comum que o usuário seja equivocadamente incriminado como traficante, pois não conseguem provar que são usuários, já que não dispõem de capacidade de defesa técnica, além de a legislação obstar tal possibilidade, ao considerar como elementos para que se incrimine alguém circunstância de natureza pessoal, econômica e social do agente, como: a cor, a etnia, a religião, a preferência sexual, a raça.

Diante disto, sem dúvida as classes menos favorecidas da sociedade são alvos principais do sistema punitivo estatal, sendo considerados os suspeitos e transgressores do crime de tráfico. Já as classes privilegiadas, estão longe de serem atingidos por esta norma penal.

A corroborar com exposto acima, Maria Lúcia Karam:

A posição precária no mercado de trabalho, as deficiências da socialização familiar, o baixo nível de escolaridade, presentes entre os que ocupam uma posição inferior na sociedade, são, não como se costumam a pontar, causas da criminalidade, mas sim características desfavoráveis, que, identificando seus portadores com o estereótipo de criminoso, terão influência determinante naquele processo de seleção dos que vão desempenhar o papel de criminoso. ¹⁰¹

99 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 308.

100 KARAM, Maria Lúcia. Op. Cit. p.. 58.

101 Ibidem. p. 58.

Assim, os indivíduos que tem oportunidades de emprego ou possui condições melhores de vida não tem reconhecida pelo aparelho estatal punitivo a prática do crime de tráfico, tão somente pelo seu status social.

A miserabilidade econômica e social de um indivíduo não pode se tornar causa para imputação de penalidade, bem como não pode servir de argumento para concebê-lo como criminoso, sob pena de estar-se a violar a própria política de prevenção trazida pela vigente Lei de Drogas que traz uma proteção acrescida aos vulneráveis, em seu art. 18, ao estabelecer como atividade de prevenção do uso indevido de drogas, aquelas que estejam direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco, com a finalidade da promoção e fortalecimento dos fatores de proteção.¹⁰²

Infere-se que os critérios previstos na legislação de drogas, estão direcionados tendenciosamente para incriminar aqueles que estão à margem da sociedade. Leia-se “preto e pobre”. Porquanto, verifica-se com base na aplicação dos critérios de distinção das condutas ora mencionadas que o crime de tráfico de drogas é imputado a certas pessoas que vistam a característica ou o papel de “criminoso” estipulado pelo legislador.

Segundo as lições de Zaffaroni, o direito penal escolhe determinados indivíduos a criminalização, mediante um estereótipo pré-estabelecido pelo legislador. Este poder de selecionador incide tanto na elaboração das normas típicas, como na sua aplicação, o que leva o aparelho punitivo estatal valer apenas para aqueles já selecionados, os demais, ainda que pratique a conduta típica, será de algum modo excluído da aplicação da lei penal.¹⁰³

Impõe-se transcrever suas lições, Zaffaroni:

Os sistemas penais reproduzem sua clientela por meio de um processo de seleção e condicionamento criminalizante que orienta por estereótipos proporcionados pelos meios de comunicação de massa. (...). Os órgãos do sistema penal selecionam de acordo com esses estereótipos, atribuindo-lhes e exigindo-lhe esses comportamentos, tratando-os como se se comportassem dessa maneira, olhando-os e instigando a todos a olhá-los do mesmo modo, até que se obtém, finalmente a resposta adequada ao papel assinado.¹⁰⁴

102 LINS, Emmanuela Vilar. Op. Cit.

103 ZAFARONI. Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal, 3º ed., 1998, Rio de Janeiro, RJ. Revan, P. 245.

104 Ibidem. p.133.

Esse processo de seleção penal é visível nos crimes elencados na lei em discursão, em que o sistema penal escolhe determinadas pessoas de acordo com sua posição social para assumir o papel de usuário e o papel de traficante. Este visto como criminoso e perigoso, aquele como digno de ajuda e misericórdia.

Sobre a inserção de um papel criminal em um indivíduo, explica o ilustre autor Alessandro Baratta:

Por outro lado, como documentam as estatísticas criminais ligadas às pesquisas sobre a criminalidade latente, “a inserção em um papel criminal depende, essencialmente, da condição social a que pertence o desviante, ou da situação familiar de que provém. Mas, com isto não se quer sustentar, como pretenderia a criminologia tradicional, que a pertença a um estrato social ou a situação familiar produzam no indivíduo uma maior motivação para o comportamento desviante, mas que uma pessoa que provém destas situações sociais deve ter consciência do fato de que seu comportamento acarreta uma maior probabilidade de ser definido como desviante ou criminoso, por parte dos outros e de modo particular por parte dos detentores do controle social institucional do que outra pessoa que se comporta do mesmo modo, mas que pertence a outra classe social ou a um milieu familiar íntegro”.¹⁰⁵

Assim, o fator de que se valem os detentores do controle social punitivo institucionalizado para selecionar quais as categorias de pessoas serão alvos da aplicação da lei penal é a condição socioeconômica, tendo em vista que “não somos todos igualmente “vulneráveis” ao sistema penal, que costuma orienta-se por estereótipos”.¹⁰⁶

4.2 A seletividade penal na lei de drogas

A seletividade penal desdobra-se na criminalização primária e na criminalização secundária.

A criminalização primária ocorre no processo de edição das leis, na criação de condutas típicas, e na eleição dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

Segundo Zaffaroni, o processo de criminalização primária, pode ser conceituado como o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas.¹⁰⁷

A seleção dos bens feita pelo legislador parte da estrutura antagônica da sociedade, onde aqueles que detêm o poder hegemônico punem os segmentos

105 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, 3º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 112.

106 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PEIRANGELI, José Henrique. *Op. Cit.* p.. 73.

107 ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

inferiores ou marginalizados, de modo que sejam resguardados os seus valores e interesses.¹⁰⁸

Nesse sentido é que a grande parte dos crimes estão direcionados para os indivíduos marginalizados, enquanto os indivíduos pertencentes aos setores hegemônicos quase não se submetem ao sistema penal.

Segundo Zaffaroni, a criminalização secundária é:

Enquanto a criminalização primária (elaboração de leis penais) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre as pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos, para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização).¹⁰⁹

A criminalização secundária, então, seleciona pessoas que irão se submeter à incidência da lei penal, que está a cargo das agências judiciais, isto é instituições policiais, Ministério Público, Poder Judiciário e Órgãos da execução penal.

Com relação aos órgãos judicantes, por exemplo, quando julgam casos em que envolvem algum indivíduo de classe social média ou elevada, como médicos, “os juízes costumam experimentar um sentimento de incômodo, uma preocupação em aplicar a pena, preocupação que não se manifesta quando se trata de indivíduos dos estratos inferiores, ao qual a pena é aplicada sem hesitação, pois menos comprometedora para o seu status social, já baixo”.¹¹⁰

Também corrobora com esse possível incômodo que é gerado na maioria dos juízes ao terem que exercer o poder punitivo para certas categorias sociais, Alessandro Baratta, que traz o seguinte comentário:

Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isso leva os juízes inconscientemente, a tendência de juízos diversificados conforme a posição social do acusado. (...). Em

108 GONÇALVES, Thiago André Silva; ARAÚJO, Elson Luiz; SANTANA, Isael José. Artigo: A Seletividade do sistema penal e a pena de prisão. 2010. P. 415. Disponível em: <file:///C:/Users/Vanessa/Downloads/3317-5170-1-PB.pdf> acesso em 28/10/2017.

109 ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro Op. Cit. p. 43.

110 KARAM, Maria Lúcia. Op. Cit. p.60.

geral pode-se afirmar que existi uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme a lei dos indivíduos pertencentes os estratos médios e superiores, o inverso ocorre com os indivíduos proveniente dos estratos inferiores.¹¹¹

Sendo assim, os juízes, órgãos das agências judiciais responsáveis pelo processo de criminalização secundária, aplicam de forma destemida sem receio a repressão e rigor da lei penal, e de modo mais brando e cauteloso, para aqueles que detêm condições de vida um pouco melhores de vida, quando lhe são imputados crimes, o que é bem difícil.

Nesse sentido, em concordância com Oscar Vieira “o Estado, como construção de representação social, tem dificuldades em aplicar a lei de forma igual para todos. É doce para os amigos e cruel com aqueles que coloca na posição de inimigos.”¹¹²

Com efeito, os órgãos julgadores ainda que inconscientemente são influenciados em suas decisões pela condição social do indivíduo, bem como pelo estigma/metáforas regras que incidem sobre os marginalizados da sociedade. O estigma corresponde a uma valoração negativa sobre todos os que estão envolvidos com substâncias entorpecentes, gerando um tratamento penal inferior e um tratamento penal selecionador.¹¹³

É consequência da seletividade penal e do estigma social as denominadas “cifras ocultas e as cifras douradas da criminalidade, fazendo, no primeiro caso, com que muitos crimes e/ou muitos autores de crimes não sejam investigados e/ou processados, ou, quando se trata da cifra dourada, com que algumas classes sociais sejam praticamente excluídas do processo de criminalização, que recairá sobre as camadas sociais mais frágeis.”¹¹⁴

Segundo Orlando Zaccone D’Elia Filho, o sistema penal seleciona as pessoas que vão responder pelo crime de tráfico ilícito de drogas, a partir de determinados fatores trazidos pelo criminólogo Augusto Thompson, que explica a seleção dos destinatários da norma do tráfico ilícito de drogas, a saber: a visibilidade

111 BARATTA, Alessandro. Op. Cit. p. 177-178

112 VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 261.

113 BARCILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 53.

114 MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Artigo: Usuário ou Traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas, 2010. P. 1100.

da infração; a adequação do autor ao estereótipo do criminoso construído pela ideologia prevalente; a incapacidade do agente em beneficiar-se da corrupção ou prevaricação; e a vulnerabilidade à violência.¹¹⁵

É importante mencionar de forma sucinta cada um desses fatores. Quanto ao fator da visibilidade, afirma Thompson que:

As classes média e alta tendem a passar a maior parte do tempo em locais fechados; os indivíduos marginalizados vivem a céu aberto. Compreende-se, por isso mesmo, haver muito mais probabilidade e de serem os delitos dos miseráveis vistos pela polícia do que os perpetrados pela gente de posição social mais elevada. Como consequência, idênticos comportamentos, dependendo do estrato a que pertence o sujeito, mostrarão variações quanto a gerar o reconhecimento de serem criminosos.¹¹⁶

Assim, como é sabido, o policial apenas tem acesso às favelas, aos locais em que se encontra a população pobre, por isso mesmo, é alvos de perseguições policiais sistemáticas, que levam a inúmeras condenações pelo crime de tráfico, sem existirem sequer provas, apenas o testemunho dos agentes do Estado.

O segundo fator na discriminação seletiva daqueles que são classificados como traficante é a adequação do autor ao estereótipo de criminoso, isto é a ideia imposta no seio social de que a criminalidade está associada a pobreza. O terceiro fator é a incapacidade do agente em beneficiar-se da corrupção ou prevaricação. Conforme nos ensina Thompson: "só pode subornar quem dispõe de recursos (corrupção); só pode pedir para ser atendido quem goza de prestígio (prevaricação)". Assim quem dispõe de poder econômico não é reconhecido como traficante, pois pode oferecer vantagens patrimoniais em troca do silêncio das autoridades e no seu enquadramento como usuários de drogas, haja vista que a própria legislação autoriza essa margem de escolha às autoridades instituídas.

Neste processo de seleção do sistema penal é construída a imagem do traficante, quase sempre associada à figura de um sujeito negro, jovem e pobre.¹¹⁷

115 FILHO, Orlando Zaccone D'Elia. Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 06.

116 FILHO, Orlando Zaccone D'Elia. Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 06

117 MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Op. cit

Infelizmente, a associação entre criminalidade e pobreza persiste na sociedade, de modo que os indivíduos considerados perigosos para o direito penal são os que não possuem poder de consumo. É dizer, no Brasil, traficante tem “cara”, o que é totalmente incompatível com a destinação geral e abstrata originária das normas. Embora, na seara penal, as normas já são manipuladas no processo de criação, quando seleciona determinadas pessoas para se submeterem ao poder punitivo do Estado.

Nesse sentido, destacam-se as palavras de Vera Malaguti Batista:

O estereótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador da favela, próximo do tráfico de drogas vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda.¹¹⁸

De outro lado também, não se pode deixar de ressaltar a visão disseminada pela mídia e pela opinião pública do traficante.

A esse respeito foi realizado uma pesquisa pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e pela Universidade de Brasília (UnB), realizada entre março de 2008 e julho de 2009, nos Tribunais do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, cujo resultado constatou que o estereótipo do traficante perigoso, violento, que não teme a lei, enriquecido com o comércio de drogas, que comanda o crime organizado e mata centenas de pessoas, imposto pelos meios de comunicações à sociedade, que acaba por incorporar esse padrão, na realidade, não passa de réu primário, preso sozinho, com pouca quantidade de drogas e que não tem associação com o crime organizado.¹¹⁹

Assim sendo, percebe-se que a norma penal definidora do tipo de tráfico está voltada para o último escalão do esquema empresarial do tráfico, no setor mais vulnerável da grande e complexa rede de venda de substância psicoativas¹²⁰, na medida em que os critérios legislativos de configuração, precisamente o art. 28 § 2º, encaixa-se perfeitamente nesta parcela visível e alvo da repressão estatal. Orlando

118 BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*, 1988. P. 28.

119 MACHADO, Nara Borgo Cypriano. *Op. Cit.*

120 DINO, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Artigo: *Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação*. 2017 Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1155/1217>> Acesso em 08/01/2018.

Zaccone D'Elia Filho assevera que “um simples olhar pelos milhares de presos condenados por esse crime revela que, apesar de participarem do comércio ilegal de substâncias entorpecente, não passam daquilo que o criminólogo Nils Christie denominou de “acionistas do nada”. Em continuidade afirma Zaccone D'Elia Filho:

Ocupando a ponta final do comércio de drogas proibidas, "esticas", "mulas" e "aviões" ficam tão-somente com uma parcela ínfima dos lucros auferidos do negócio, quantia esta que nunca os levará a possuir participação real nas empresas que atuam no mercado ilegal das drogas. Sem propriedade, afastados de uma rede social que os proteja e privados até da própria honra, os varejistas das drogas ilegais, em nossa cidade, formam um contingente perigoso, levando o mesmo criminólogo a concluir: "Em todos os países industrializados a guerra contra as drogas reforçou concretamente o controle do Estado sobre as classes potencialmente perigosa."¹²¹

Ou seja, todos os esforços do Estado estão concentrados nas camadas mais vulneráveis, não existindo uma preocupação em perquirir os indivíduos que comandam e possuem o controle sobre esta complexa rede de vendas de substâncias ilícitas. Uma vez que a norma do art. 28 § 2º é bem clara quanto aqueles que serão submetidos a ela.

Segundo os dados referentes a todo o ano de 2015 e o primeiro semestre de 2016, colhidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) o número exato de presos no sistema penitenciário brasileiro somou 726.712 pessoas em junho de 2016, dentre os quais 64% da população prisional é composta por pessoas negras e 75% da população prisional brasileira não chegou ao ensino médio. Menos de 1% dos presos possui graduação.¹²²

Os crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a 28% da população carcerária total. Levando em consideração o total de mulheres presas no Brasil (45.989), 62% das prisões está relacionada ao tráfico de drogas. Por sua vez, quando considerado apenas homens presos, essa taxa é de 26%.¹²³

121 FILHO, Orlando Zaccone D'Elia. Op. Cit. p. 17.

122 Disponível: BRASIL <<http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>> Acesso: 15/02/2018.

123 Disponível: BRASIL <<http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>> Acesso: 15/02/2018.

Os dados levantados pelo Infopen comprovam o pensamento do Autor – Zaccone, de que os alvos da norma do crime de tráfico de drogas são as classes subalternas da sociedade.

Nesse sentido, há flagrante violação ao direito fundamental a igualdade, pois na criação daquela norma incriminadora o legislador predispõe-se a tutelar interesses de um determinado grupo social, de forma a “privilegiar aqueles com quem tem laços especiais, e discriminar os que não são do seu círculo.”¹²⁴

O princípio da igualdade sob a vertente da imparcialidade serve como um mandado de não discriminação. Temos como exemplo a consagração deste no enunciado do art. 3º, IV, da CF, que elenca como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação, dentre outros.¹²⁵

Segundo Oscar Vieira, o papel do princípio da igualdade quando destinado ao legislador, deve ser de barrar classificações e diferenciações destituídas de sentido. Entende o princípio da igualdade como uma determinação ao legislador para que ele nunca classifique ou discrimine pessoas, exceto em situações em que isso se mostre necessário.¹²⁶

O enunciado do art. 28, § 2º, contém conceitos que autorizam de forma indireta a discriminação de pessoas, notadamente aquelas que pertencem a grupos subalternos da sociedade. Sendo assim, viola-se as ideias de igualdade na lei, pela qual é vedado ao legislador criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas; também a igualdade perante a lei, pela qual se impõe à autoridade pública a aplicação da lei de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.¹²⁷

São inúmeros os exemplos de tratamento penal selecionador no Brasil. Dentre milhões de casos, está o caso de Rafael Braga, 29 anos, um jovem negro e pobre, morador de favela no Rio de Janeiro, catador de material reciclável, que foi

124 VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit. p. 261.

125 Ibidem. p. 262

126 Ibidem. p. 263.

127 MORAES, Alexandre. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2015. 31ª ed. P. 35.

condenado pelo crime de tráfico e associação para o tráfico, a 11 anos de prisão, além de pagamento de multa de R\$ 1. 687, 00, por ter sido supostamente flagrado com 0,6 gramas de Maconha, 9,6 gramas de Cocaína e um rojão, cuja condenação baseou-se exclusivamente nos depoimentos dos policiais, tendo sido negado pela justiça o pedido de liberdade.¹²⁸ Enquanto, Breno Fernando Solon Borges, de 37 anos, filho da presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul, a Desembargadora Tânia Garcia Freitas Borges, empresário, branco, dono de metalúrgicas e serralherias no Mato Grosso do Sul, no Paraná e Santa Catarina é preso em flagrante por portar 129 quilos de maconha, 270 munições de grosso calibre e uma pistola 9 mm, acusado de tráfico de drogas e armas. Em três meses ganhou o direito de aguardar em liberdade seu julgamento fora da prisão, após sua defesa conseguir um laudo psiquiátrico que alega que ele sofre de Síndrome de Borderline.¹²⁹

O direito de responder em liberdade sobre a justificativa de laudo médico demonstra que os membros da classe alta ou média, quando são flagrados cometendo crime, logo são considerados doentes mentais, desequilibrados, que precisam de ajuda médica, ao invés de serem tratados como criminosos e responderem perante a lei pelos seus atos.¹³⁰

Rafael e Breno são apenas dois entre tantos casos que revelam a desigualdade de tratamento perante a justiça penal entre pretos e pobres, brancos e ricos, notadamente quanto aos crimes que envolvem a legislação de drogas.

Desta feita, é imperioso tecer algumas breves considerações acerca do direito penal do autor, que para a discussão à baila é conveniente.

4.3 Direito penal do fato x direito penal do autor

Segundo Zaffaroni e Pierangeli podemos dizer que o direito penal do autor representa “uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada

128 Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/22/condenacao-de-rafael-braga-gera-revolta/>> Acesso: 15/02/2018.

129 Disponível em: < <http://www.almapreta.com/editorias/da-ponte-pra-ca/entre-rafael-braga-e-breno-borges-mora-a-seletividade-penal/>> Acesso: 15/02/2018.

130 Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/27/rafael-braga-e-breno-borges-quando-9g-de-racismo-pesam-mais-que-129kg-de-maconha/>> Acesso: 15/02/2018.

verdadeiramente delitiva”.¹³¹ Dessa forma a reprovação incide não sobre o fato típico, mas sobretudo sobre a personalidade.

O direito penal do autor pode estar fundamentado na periculosidade, numa concepção determinista do homem, em que este é movido por causas, sendo incapaz de autodeterminação. O crime ou ato representa apenas “o sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal.”¹³²

Sendo assim, segundo esta concepção o Direito Penal deve reprimir a atitude interna jurídica corrompida do indivíduo, pois este é considerado um ser inferiorizado que deve ser neutralizado por representar um perigo a sociedade, e a sua conduta um sintoma de sua personalidade ou de alguma característica corruptível.¹³³

Entretanto, o direito penal do autor também pode estar fundamentado na culpabilidade do autor, onde o juízo de repressão recai sobre quem é o indivíduo que praticou a ação delitiva, pelo seu modo de vida. Nesse sentido explica Zaffaroni e Pierangeli:

Assim diz-se que quando um homem comete homicídio, por exemplo, e trata-se de um sujeito que tem maus hábitos e reações violentas e imoderadas, é mais culpável que quando o mesmo homicídio é cometido por alguém que não tem esse tipo de reações, mas que, ao contrário, é mais calmo e pacífico. Sustenta-se que, no primeiro caso, é mais reprovável porque sua reação é mais própria de sua personalidade do que no segundo, em que constitui um episódio isolado dentro de sua personalidade. Dessa maneira, no primeiro caso é mais reprovável a personalidade – e, portanto, o delito do que no segundo.¹³⁴

Os mesmos autores ainda fazem menção aos chamados tipos penais do autor, nos quais era proibida normativamente a personalidade do autor, ou seja, a forma de ser de um homem em si mesma, assim, por exemplo, não se proibia matar, mas ser homicida.¹³⁵

131 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PEIRANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 113.

132 Ibidem. p.113.

133 BRUNONI, Nivaldo, Ilegitimidade do direito penal de autor a luz do princípio de culpabilidade. 2007. disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm> 19 de dezembro de 2007. Acesso em 10/01/2018.

134 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PEIRANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 545-546

135 Ibidem. 403.

Cabe ressaltar as palavras de Nivaldo Brunoni sobre os tipos penais do autor. Vejamos:

A tipologia etiológica tem por fim último detectar os autores sem que seja preciso esperar o acontecimento da conduta. Ou seja, não se coíbe o subtrair coisa alheia móvel, mas **ser** ladrão; não se proíbe matar, mas **ser** homicida, etc. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal. Nela também se possibilita a criminalização da *má vida* ou *estado perigoso*, independentemente da ocorrência do delito, por meio da seleção de indivíduos portadores de determinados caracteres estereotipados: vagabundos, prostitutas, dependentes tóxicos, jogadores, ébrios, etc. Ou, também, a aplicação de penas *pós-delituais*, em função de determinadas características do autor, por meio de tipos normativos de autor: reincidentes, habituais, profissionais, etc.¹³⁶

Felizmente, o sistema penal brasileiro optou pelo direito penal do fato quanto à análise da configuração do crime, entretanto lançou mão do direito penal do autor em algumas situações, como: para a fixação da pena, regime de cumprimento da pena, espécie de sanção, grau de culpabilidade, consequências do crime, antecedentes etc. (art. 59 do CP).¹³⁷

Nesse sentido, o indivíduo só pode ser responsabilizado penalmente caso seja comprovado mediante o devido processo legal que tenha praticado uma conduta típica, antijurídica e culpável, independente dos seus antecedentes e de sua história de vida anterior ao delito.¹³⁸

Por conseguinte, a tipificação do delito deve estar pautada em parâmetro objetivo, não sendo permitida a avaliação do caráter ou do modo de viver da pessoa serem consideradas para determinar a punição penal, pois o julgamento tem por objeto o fato praticado - a ação ou omissão, o objeto é a conduta do homem, e não o ser da pessoa humana.¹³⁹

Conforme leciona Fernando Capez:

No tocante ao seu objeto, tem-se que o Direito Penal somente pode dirigir os seus comandos legais, mandando ou proibindo que se faça algo, ao homem, pois somente este é capaz de executar ações com consciência do

136 BRUNONI, Nivaldo, Ilegitimidade do direito penal de autor a luz do princípio de culpabilidade. 2007. disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm> 19 de dezembro de 2007. Acesso em 10/01/2018

137 ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Direito Penal do autor ou Direito Penal do fato? Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 28 julho de 2009. Acesso em 10/01/2018.

138 Ibidem

139 BRUNONI, Nivaldo. Op. Cit.

fim. Assim, lastreia-se o Direito Penal na voluntariedade da conduta humana, na capacidade do homem para um querer final.¹⁴⁰

Assim, têm-se que o direito penal não se presta a punir o modo de ser das pessoas, nem as escolhas e caminhos que as pessoas decidiram seguir em suas vidas, a censura deve limitar-se às ações externas que correspondam a tipos penais.

Observa-se que a norma incriminadora elaborada para determinar se o fato praticado, isto é, a posse de substâncias ilícitas é destinada para o uso pessoal ou para o comércio apresenta no plano concreto conteúdo socialmente injusto, pois conforme abordado no capítulo anterior, critérios como *às circunstâncias sociais e pessoais* e os *antecedentes* do agente levam à incriminação de categorias de pessoas, selecionadas à criminalização, no caso, pelo crime de tráfico de drogas. Dessa forma, distancia-se da essência do direito penal do fato, pelo qual “os tipos devem definir fatos, associando-lhes penas, e não estereotipar autores”.¹⁴¹

Quando o legislador descreve como critério para incorrer em crime de tráfico ou em porte para o consumo pessoal *as circunstâncias pessoais e sociais* não nos parece absurdo nem exagero dizer que esta norma foi criada à luz da lógica que orienta o Direito Penal do Autor, pois tais *circunstâncias pessoais e sociais* nada mais são que o modo de vida do agente, características pessoais sobre as quais recai o juízo de reprovabilidade da conduta. Outrossim, os *antecedentes* do agente como elemento para o convencimento do juiz quando da prática do delito, induzem o magistrado a considerar a personalidade do agente, pesando os crimes passados em desfavor do Réu, quando o sistema penal veda a dupla punição pelo mesmo fato.

Tendo em vista que esses critérios previstos na norma penal, os quais em sua maioria são de natureza subjetiva, devem ser avaliados pelo juiz no caso concreto para que só então determine qual o delito que o indivíduo praticou, podemos dizer que neste momento o juiz é autorizado a lançar mão do poder discricionário.

140 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral. 15^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 24.

141 Ibidem. p. 44

4.3.1 O poder discricionário do Juiz.

A discricionariedade, segundo Justen Filho “é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do poder-dever de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico”.¹⁴²

Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua a discricionariedade nos seguintes termos:

"Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente".¹⁴³

Com efeito, a discricionariedade consiste na autonomia que tem o administrador de escolher a solução mais adequada para o caso concreto, tendo em vistas as circunstâncias e os limites estabelecidos em lei para o deslinde da questão, atentando-se sempre para o interesse público.

Certo é que para o exercício deste poder-dever a de serem observados limites e condições trazidos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, a discricionariedade ocorre quando a própria lei confere à administração a escolha da melhor solução, a critérios de conveniência e oportunidade; quando a lei é omissa em certas situações e, quando a lei estabelecer determinada competência, mas não definido as condutas a serem adotadas.¹⁴⁴

Nos casos da norma disposta no art. 28, § 2º da Lei 11.343/2006, nos parece que o legislador lançou mão da discricionariedade quanto à solução para os delitos previstos nesta lei, ao anotar que incumbe ao juiz decidir se a droga se destinava ao consumo pessoal ou à traficância, valendo-se das circunstâncias de cada situação fática, pois, a depender do caso concreto, bem como da autoridade julgadora, pode haver conclusões distintas, inclusive para casos semelhantes.

142 FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 8ª ed. rev.ampl. e atual. Belo Horizonte. MG: Fórum, 2012. P. 203.

143 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32ª. ed.rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2015. P. 1001

144 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 29. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2016. P. 256.

Para que o juiz fundamente a sua decisão, estabelece a norma supracitada que deve observar 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 os antecedentes do agente. Como os critérios a serem considerados contém um conteúdo vago e impreciso, a apreciação do juiz tende a ser recheada de subjetividade, restando por comprometida a independência e imparcialidade.

Diante disto, apropriando-se da conveniência e oportunidade conferida aos juízes pelo legislador, vez que não estabeleceu solução predeterminada ao caso concreto, os juízes reproduzem a ideologia da diferenciação em suas decisões, em que sobre o traficante recai o discurso de criminoso e sobre o usuário o discurso médico-jurídico.

O legislador, ao autorizar a utilização da discricionariedade, atua em desconformidade com o princípio da legalidade estrita, reservado às matérias de direito penal, previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, “in verbis”: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade é um instrumento de defesa das liberdades fundamentais do cidadão em face do poder punitivo estatal, justamente por isso é que as matérias relacionadas ao direito penal devem ser reservadas apenas a lei em sentido formal.

Nesse sentido, Justen Filho, aduz que a determinação constitucional da estrita legalidade quer dizer a supressão da competência normativa externa ao poder legislativo para a disciplina de certo tema, o que significa a proibição da complementação da matéria pelo poder executivo e por via de consequência da discricionariedade.¹⁴⁵

Embora, não é isso que ocorre com a legislação de drogas, haja vista que é expressa a autorização da liberdade que foi concedida ao juiz para realizar o juízo de tipicidade, isto é, de dizer a subsunção entre um comportamento e o tipo legal do crime, mas de forma mais flexível e aberta, sem estar amparado na devida rigidez que deve conter a tipicidade das normas penais.

Não raro, pode ocorrer que o órgão julgador venha incorrer em arbítrio, agindo fora dos limites estabelecidos na lei, por ser influenciado pelo preconceito e estigma que recai sobre as condutas tipificadas na Lei 11.343/2006. Buscando evitar

145 FILHO, Marçal Justen. Op. Cit. p. 215.

que motivos como esses influenciem a mente do julgador e resultem em decisão abusiva e arbitrária, há dois princípios basilares que orientam os órgãos judicantes no momento da subsunção do fato à norma incriminadora: o princípio da proporcionalidade e o princípio da segurança jurídica.

4.3.2 Princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade decorre da interpretação de valores, princípios e direitos fundamentais protegidos pela ordem constitucional, bem como da concepção de Estado Democrático de Direito. Trata-se, pois, de um princípio implícito, não expresso no texto constitucional que se revela como limitador do *jus puniendi* estatal.¹⁴⁶

O princípio da proibição do excesso não pode ser vislumbrado apenas como critério interpretativo das normas jurídicas, mas inclusive como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.¹⁴⁷

Desdobra-se em três subprincípios o princípio da proporcionalidade, a saber: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação se refere à adequação entre os meios e os fins pretendidos, no sentido de auferir se determinado meio é apto, capaz de alcançar o fim desejado pelo legislador.

Pelo princípio da necessidade o meio escolhido deve ser indispensável para atingir o fim proposto, não podendo exceder os limites do necessário, na falta de outros menos gravosos e de igual eficácia.¹⁴⁸

Segundo as palavras de Canotilho “o princípio da necessidade coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos gravoso para o cidadão”.¹⁴⁹

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, está associado a relação de ponderação entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica.

146 COELHO, Yuri Carneiro. Op. Cit. p. 99

147 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 70.

148 PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Op. Cit. p. 120.

149 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constitucional. P. 264.

Conforme assevera Yuri Coelho, a proporcionalidade em sentido estrito “coloca em pauta um processo comparativo de possibilidades jurídicas da aplicação da medida restritiva de liberdade”.¹⁵⁰

Isso significa que qualquer restrição à esfera da liberdade individual, deve estar pautada no juízo de comparação entre o bem jurídico tutelado e o direito fundamental a liberdade.¹⁵¹ Com o objetivo de ponderar os custos e benefícios que o sacrifício de um bem pode implicar tanto para o cidadão quanto para ordem jurídica.¹⁵²

O princípio da proporcionalidade encontra-se na fase legislativa, denominada proporcionalidade em sentido abstrato, segundo a qual há de ser observado pelo legislador no momento da criação das normas incriminadoras a proporção entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena que lhe é cominada.

¹⁵³

Também está presente na fase judicial, chamada de proporcionalidade concreta, segundo a qual incumbe ao juiz observar a proporção entre a gravidade do fato concreto e a pena aplicada ao seu autor.¹⁵⁴

De acordo com o que leciona César Robert Bitencourt, a violação do princípio da proporcionalidade está para além da inobservância deste quando da aplicação das leis penais no caso concreto, mas inclusive se manifesta no exercício imoderado do poder, do próprio poder legislativo no ato de legislar, quando da criação de normas muitas vezes ambíguas, contraditórias, incongruentes que carecem de razoabilidade.¹⁵⁵

A restrição da liberdade, como já explicitado neste trabalho é pena a ser aplicada em caso que se comprove o delito do tráfico de drogas, não se falando em pena de prisão para a posse de consumo pessoal. A conduta do traficante é mais reprovável penalmente que a conduta do usuário de droga, merecendo tratamento

150 COELHO, Yuri Carneiro. Op. Cit. p.103

151 Ibidem. p.105

152 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 71.

153 PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Op. Cit. p.120.

154 Ibidem.120.

155 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 70.

distinto. É por esta razão que não podem ser confundidos, em hipótese alguma, sob pena de restar violado o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, a consequência penal a ser imposta pelo juiz para o comportamento desviante deve ser apta a alcançar a correção e punição da mesma, sempre nos limites do necessário, atentando-se para não incorrer em excesso ou em injustiças, pois, tem o cidadão em seu favor o direito fundamental a liberdade, o qual apenas pode ser restringido quando houver justo motivo para isso. Assim sendo, é inconstitucional, inaceitável que um usuário receba o tratamento penal de um traficante, a privação da sua liberdade, quando a aplicação de medidas alternativas seria menos gravosa e mais eficaz à sua finalidade da norma que é a reinserção social e restauração do mesmo.

4.3.3 Princípio da segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica constitui uma das bases do ordenamento jurídico brasileiro pelo qual há de se preservar a estabilidade e previsibilidade das leis e das decisões judiciais, tendo em vista a proteção da confiança dos indivíduos no Estado Democrático de direito.

O direito penal num Estado democrático de direito, segundo Bitencourt significa que o exercício do *ius puniendi* está submetido ao império da lei ditada de acordo com regras do consenso democrático. Assim o direito penal deve ser concebido respeitando os princípios e garantias constitucionais.¹⁵⁶

É consagrado pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXXVI, pelo qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, contudo aí não se esgota.

Segundo André Ramos Tavares para melhor compreender como se desdobra o conteúdo e a extensão desse direito, apresenta três vertentes: i) a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente, e de acesso ao conteúdo desse Direito; ii) a calculabilidade, quer dizer, a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados; iii) a estabilidade da ordem jurídica.¹⁵⁷

156 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 44

157 TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10ª ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 765.

A estabilidade jurídica não quer dizer a imutabilidade ou estancamento do direito, mas em proporcionar um mínimo de estabilidade as relações jurídicas, impedindo constantes alterações na legislação e nas decisões judiciais, de forma que se proporcione ao cidadão a confiança nas ações do Estado, bem como estabeleça-se limites a sua atuação.¹⁵⁸

Pelo princípio da segurança jurídica, deve ser evitada ao máximo a imprevisibilidade das decisões judiciais, pois o cidadão espera que os juízes julguem conforme o direito, a lei deve ser o limite da atuação do juiz, o sentimento de acaso e incerteza das decisões não deve prevalecer na sociedade. Assim, proíbe-se a atuação do estado imprevisível e inovadora que prejudique direitos do cidadão.

O princípio da segurança jurídica é comprometido quando da aplicação da legislação de drogas, pois se tornou comum a ocorrência de decisões contraditórias entre os órgãos julgadores, uma vez que a lei deixa com o juiz o poder de dizer quem vai ser considerado traficante ou quem vai ser considerado usuário, fazendo surgir nos cidadãos a insegurança e incerteza quanto às consequências dos seus atos, bem como o sentimento de que a sua vida está lançada da sorte e ao acaso, dependendo da livre vontade e subjetividade do magistrado.

Assim, como as condutas de “adquirir”, “guardar”, “ter em depósito”, “transportar” ou “trazer consigo” fazem parte da descrição do tipo tanto do crime de tráfico de drogas quanto no crime da posse de drogas para o consumo pessoal, não é difícil concluir que dois indivíduos apreendidos com a posse de drogas da mesma quantidade e natureza de drogas, em situações semelhantes, porém com condições sociais díspares, a de recebem aplicação discrepante da lei penal. A um, evidentemente ao pobre, recairá a repressão por meio da aplicação da pena privativa da liberdade, já ao outro, que possui condições de vida melhores que aquele, a aplicação de penas alternativas. Dessa maneira, decisões diferentes em casos basicamente similares geram insegurança quanto aplicação da 11. 343/2006.

4.3.4. Efeitos da criminalização secundária: aumento da população carcerária.

158 TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 766.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (**Infopen**) 2015 e 2016, o Brasil é o terceiro País com mais presos no mundo, atrás apenas da Estados Unidos (2,14 milhões) e China (1,65 milhão).¹⁵⁹

A população prisional no Brasil em um período de 10 anos corresponde ao ano de 2000 para o ano de 2010, alcançou um incremento de 113, 2 %, segundo pesquisa realizada por Felipe Mattos Monteiro e Gabriela Ribeiro Cardoso, utilizando como dados o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. (Infopen).

Concluíram os pesquisadores com base nos dados estatísticos coletados que o perfil da população carcerária do Brasil deve-se mais a uma política de repressão e de criminalização da pobreza do que uma política que contenha os índices de ocorrências criminais. Privilegiando-se uma política de encarceramento que está baseada muitas vezes na pressão da sociedade e da mídia por mais segurança.¹⁶⁰

Constataram que “os “clientes naturais” das prisões da miséria são os negros, latinos, com baixa renda familiar, oriundos de famílias do subproletariado e condenados pelo direito comum por envolvimento com drogas, furto, roubo ou atentados à ordem pública, em grande parte, pequenos delitos”.¹⁶¹

Não há dúvidas de que a atual lei de drogas contribuiu significativamente para a superlotação dos presídios, na medida em que os órgãos judiciais não souberam interpretar a lei e aplicar as medidas alternativas à prisão, somado ao fato de não existir um parâmetro seguro e claro a ser seguido para definir a quantidade para o uso.¹⁶²

As consequências que deveriam ser tomadas com relação ao usuário, isto é, enviá-los não para prisão, na condição de traficante, como tem acontecido, mas para unidades de saúde ou assistência social, conforme o que dispõe o teor do art. 28, § 7º da 11.343/2006 tem sido ignorada pelos operadores do direito, ficando apenas no

159 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-o-terceiro-pais-com-mais-presos-no-mundo-diz-levantamento-22166270#ixzz57Pc2kdd3>> Acesso: 20/01/2018.

160 MONTEIRO, Felipe Mattos; CARDOSO, Gabriela Ribeiro. A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária: Um debate oportuno. Disponível em: < file:///C:/Users/Aluno/Downloads/Nova%20pasta/12592-55849-2-PB.pdf > Acesso: 23/01/2018. P. 96-105

161 Ibidem

162 QUINTO, Antonio Carlos. Lei de drogas vem causando lotação no sistema penitenciário. Disponível em: < <http://www5.usp.br/101424/lei-de-drogas-vem-causando-lotacao-no-sistema-penitenciario/>>. Acesso em 24/01/2018.

papel, pois, o encarceramento continua sendo o centro da política de drogas, também para os usuários.¹⁶³

Além disso, o ônus probatório é de difícil alcance nos crimes em apreço, pois é exigido do usuário a prova de que a posse da droga era para o consumo pessoal. Caso este não consiga demonstrar, os tribunais partem para mecânica interpretação que se deu preferência, qual seja: ignorar o princípio da presunção da inocência e do seu correlato *in dubio pro réu* para passar a raciocinar sob a ótica da presunção da culpa, em que a dúvida sobre o delito incorrido gera a apressada presunção de que “só pode ser traficante.”, mesmo que portando quantidade ínfima de drogas.¹⁶⁴

Ademais, se verifica que no processo penal os testemunhos dos policiais de prisão em flagrante são em muitos casos o único fundamento de que se vale o juiz para decidir qual o crime o indivíduo praticou. Tal comportamento é alvo de críticas, porquanto compromete o devido contraditório, diante do peso que tem a palavra dos agentes do estado de influenciar o juiz.

Em que pese não haver uma solução uniformemente aceita para enfrentar o problema da fragilidade do sistema penal no que se refere a diferenciação do binômio usuário-traficante, há quem defenda como saída para este dilema a descriminalização das drogas, sob a justificativa de que a proibição fomenta o comércio de drogas, todavia, o debate sobre a descriminalização das drogas transcende a esfera jurídica, pois envolve em especial, as condições de saúde pública e assistência social do país. Outros, acreditam que a previsão de parâmetros objetivos iria limitar a discricionariedade dos órgãos do sistema penal, concedendo mais segurança na configuração do crime.

Diante deste cenário na estrutura jurídico-penal brasileira Guilherme Nucci aponta duas medidas a serem tomadas, a saber:

- a) inverter o elemento subjetivo do tipo específico, retirando-o do artigo 28 para inserir outro no art. 33. Em outros termos, o crime previsto no artigo 33

163 Art. 28 § 7º. O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

164 Disponível: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rodrigo-chemim-guimaraes/onus-da-prova-no-traffic-de-drogas-a-formula-matematica-do-traffic-resiste-por-tambem-desconsiderar-a-critica-hermeneutica-do-direito-6rnwbicj6grjwuhphbsl5c1t2>>. Acesso em 25/01/2018.

deve conter uma finalidade especial: *para o fim de comercializar, negociar, transmitir a terceiros, mesmo sem fim lucrativo imediato*.¹⁶⁵

Dessa maneira, o usuário, teria a sua condição de simples consumidor relativamente presumida, quando o Estado não conseguir demonstrar que a finalidade do transporte de drogas era para transferência a terceiros. Sendo assim, se aplicaria a inversão do ônus da prova. A título de exemplo ilustra o Autor, “nesse prisma, quem carrega consigo 2 gramas é, em primeiro plano, consumidor; somente se essa presunção se desfizer (presunção relativa), pode-se acusá-lo de tráfico.”

Ademais, entende NUCCI que deve ser criado pelo legislador quesitos objetivos para proceder a diferenciação dos crimes de porte para consumo pessoal do crime de tráfico de drogas, nas palavras do autor:

b) por mais que, num primeiro momento, pareça uma reforma para engessar a atividade judicial, antes assim do que vislumbrar as imensas diferenças de critérios capazes de apontar o tráfico de drogas, para uns juízes e consumo para outros. É fundamental que o Legislativo estabeleça uma quantidade para o porte de cada espécie de drogas, a fim de que se possa *presumir* (presunção relativa) o caráter de consumidor de quem a carrega consegue. Outros países assim fizeram, variando de 20g de maconha até 200g da mesma droga. Nada impede que o portador de 20g seja um traficante, travestido de usuário, motivo pelo qual, desmascarado pelas provas *efetivamente* produzidas nos autos – e não pelo *achismo* de qualquer operador do direito – assim será condenado.¹⁶⁶

Concordamos com a opinião do autor, embora, não olvidemos que a criação de critérios objetivos não tem o potencial de acabar definitivamente com a linha tênue que distingue o usuário do traficante, porém é um caminho que possibilita a diminuição da discricionariedade na interpretação da lei, e promoção de um mínimo de segurança jurídica e uniformidade nas decisões judiciais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

165 NUCCI, Guilherme de Souza. A droga da Lei Drogas, Revista Consultor Jurídico, 4 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas>. Acesso em 24/01/2018.

166 Ibidem.

O desenvolvimento do trabalho possibilitou analisar a figura do usuário e do traficante na lei 11.343/2006, especialmente quanto aos parâmetros de distinção entre as condutas elencados no artigo 28, caput e do artigo 33, caput do mesmo diploma legal.

Sendo a partir daí constata que a norma que estabelece os parâmetros a serem levados em conta pelo juiz para definir o crime praticado pelo agente no caso concreto é altamente seletiva, possuindo natureza subjetiva. Desse modo, não se mostra segura e apropriada para realizar o correto enquadramento do fato a norma incriminadora.

A seletividade é notada quando se faz uma leitura mais crítica da letra da lei do art. 28 § 2º da vigente lei de drogas, onde percebe-se que os critérios previstos pelo legislador são instrumentos a serem utilizados pelo estado-juiz para criminalizar um determinado grupo social.

Desta feita, na prática os órgãos judicantes aplicam a legislação penal sobre drogas de forma heterógena, a depender de quem praticou a ação delitiva. Nesse sentido reconhece-se o delito de tráfico ilícito de drogas, tão somente quando se está diante de indivíduos estereotipados pelo legislador; etiquetados como criminosos. Caso contrário, observa-se uma certa resistência e incomodo em classificar como traficante aqueles que pertencem à sua classe social.

Em continuidade, verificou-se que norma do art. 28, §2º da lei 11.343/2006, contém inspirações no direito penal do autor, quando traz em seu conteúdo as *circunstâncias pessoais e sociais*, bem como os *antecedentes do agente*, critérios a serem considerados para classificar o delito praticado. Portanto, a repressão penal que incide sobre esta norma recai sobre o modo de vida e personalidade do agente, ao invés de pesar sobre o fato praticado.

Também é importante frisar que legislador quando aboliu a pena de prisão para a conduta do usuário de drogas, prevendo em seu lugar penas alternativas, buscou conferir-lhe tratamento no âmbito da assistência social, da educação e da prevenção, afastando-o da repressão punitiva do aparelho estatal. Por via de consequência esperava-se uma relativa diminuição do encarceramento no Brasil com relação aos crimes que envolvam substâncias ilícitas.

Todavia, em razão da lei não estabelecer de forma precisa, certa e objetiva o tipo penal criado para diferenciar os delitos do art. 28, caput e do art. 33, caput, tem causado muitas condenações baseadas na discricionariedade dos juízes, que

proferem suas decisões de acordo com a adequação do indivíduo ao estereótipo de traficante construído na sociedade.

Esta subjetividade da norma impede que a conduta do usuário seja reconhecida e lhe sejam aplicadas as penas alternativas, tendo em vista que vigora no âmbito do judiciário uma espécie de “presunção” de que determinados tipos de pessoas só podem ser traficantes, sem um mínimo de razoabilidade e objetividade. Dessa maneira, o resultado não pode ser outro senão o incremento da população carcerária.

Ademais, percebemos com o trabalho realizado que alguns princípios constitucionais restam feridos, assim como certas garantias fundamentais dos cidadãos, desde a elaboração da lei de drogas até a sua aplicação.

O princípio da legalidade estrita é violado na criação da norma do §2º do art. 28 da lei 11.343/2006, pois o legislador valeu-se de expressões vagas e subjetivas para complementar o tipo penal incriminador, escapando, então, do âmbito do legislativo a tipificação dos crimes.

Consequentemente, a natureza subjetiva da norma que serve de base para o juiz decidir no caso concreto o crime praticado enfraquece o princípio da segurança jurídica quanto às consequências que serão imputadas ao agente, pois a estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais ficam comprometidas diante de tantos julgamentos contraditórios. Dessa forma, é possível encontrar situações fáticas muito semelhantes, mas com respostas jurisdicionais opostas, dependendo sempre da pessoa que praticou a ação delituosa.

O princípio da igualdade também é maculado quando o legislador na criação da norma, utiliza termos como: *circunstâncias pessoais e sociais* assim como os *antecedentes do agente*, os quais permitem a discriminação de determinadas pessoas pelo sistema penal.

O princípio da proporcionalidade (na fase judicial) não é observado na medida em que os magistrados mostram dificuldade em aplicar as penas alternativas a liberdade aos usuários de drogas, sendo assim, optam pelo encarceramento, classificando-os como traficantes. Dessa maneira, a reposta penal se torna extremamente gravosa para a conduta típica do porte de droga para consumo pessoal, quando a lei prevê uma pena menos gravosa e eficaz à sua finalidade, que é de prevenção e reinserção do usuário. À vista disto, o direito fundamental à liberdade é restringido sem justo motivo.

Diante do exposto, entendemos que a norma que estabelece os quesitos para proceder à diferença do binômio traficante-usuário é inconstitucional por estar em confronto com determinados princípios basilares do ordenamento jurídico, ou seja, o seu conteúdo mostra-se incompatível com valores e fundamentos constitucionais.

Sendo assim, é imperioso a criação de critérios legais objetivos e precisos, de modo que a diferença dos tipos penais do artigo 28, caput, e do art. 33, caput, esteja totalmente inserido na lei em sentido formal, e não sob a discricionariedade das agências judiciais, a fim de que reste garantida a segurança nas decisões judiciais que envolvem os crimes desta legislação sobre drogas.

6 REFERÊNCIA

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Ed. Método. P.32.

BARCILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais à lei de drogas: (Lei 11. 343/2006)**. Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**, 3º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 112.

BOITEUX, Luciana. **Controle Penal Sobre às Drogas ilícitas: O impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade** (Tese de Doutorado - Universidade de São Paulo: faculdade de Direito, 2006. Disponível em: <<http://comunidadessegura.org.br/files/controlepenalsobredrogasilicidas.pdf> > Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manuel de direito penal: parte geral**. 23ª. ed. ver.ampl. e atual. São Paulo, SP: Saraiva. 2017 P. 45

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 23ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

BRUNONI, Nivaldo, **Ilegitimidade do direito penal de autor a luz do princípio de culpabilidade**. 2007. disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm> 19 de dezembro de 2007. Acesso em 10/01/2018).

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico-penal**. Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2003. P.25

CARVALHO, Salo; **Política Criminal de Drogas no Brasil**. Dissertação de mestrado apresentada ao curso de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do título Metre em Direito. Florianópolis, página 32, 1996.

CARVALHO, Érika Menezes de; ÁVILA, Gustavo Noronha; **10 Anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos, político-criminais**. Belo Horizonte: ed. D'Plácido, 2016. P. 60. Disponível em: <https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/10/10-anos-da-lei-de-drogas.pdf>. Acesso em

CAPEZ, Fernando. Artigo: **Nova Lei de Tóxico – Das modificações legais relativas à figura do usuário**. 07 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2006/12/07/3962>> Acesso em 12/10/2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 24.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constitucional**. P. 264.

DINO, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Artigo: **Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação**. 2017 Disponível em: < <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1155/1217>> Acesso em 08/01/2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2016. P. 256.

FILHO, Orlando Zaccone D'Elia. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 60.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. rev.ampl. e atual. Belo Horizonte. MG: Fórum, 2012. P. 203.

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. P. 100-101.

GRECO FILHO, Vicente; **Tóxicos – prevenção – repressão**; página 41; 8ª edição, 1992, editora Saraiva.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343/06**, de 23.08.2006, 4ª ed.,ver.,atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011. P. 34.

GONÇALVES, Thiago André Silva Gonçalves; ARAÚJO, Elson Luiz; SANTANA, Isael José. Artigo: **A Seletividade do sistema penal e a pena de prisão**. 2010. P. 415. Disponível em: < file:///C:/Users/Vanessa/Downloads/3317-5170-1-PB.pdf> acesso em 28/10/2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada: volume único I**, 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.P.743.

LEÃO, José Leão: **Crimes Hediondos – Aspectos Políticos Jurídicos da Lei 8.072/90**, 1ª edição, 1996, editora Atlas. P.25

LINS, Emmanuela Vilar. **A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social**, 2009, disponível em: < <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf> > P.250. Acesso em 22/10/2017.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ. Editora: Luam, 1993, P. 26.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Artigo: **Usuário ou Traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**, 2010. P. 1100.

MONTEIRO, Felipe Mattos; CARDOSO, Gabriela Ribeiro. **A seletividade do sistema** prisional brasileiro e o perfil da população carcerária: Um debate oportuno. Disponível em: < file:///C:/Users/Aluno/Downloads/Nova%20pasta/12592-55849-2-PB.pdf > Acesso: 23/01/2018. P. 96-105.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª. ed.rev. e atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2015. P. 1001

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas: Lei 11. 343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Método, 2008. P. 23.

MARCÃO, Renato Flávio. **Tóxicos: Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006: lei de drogas: anotada e interpretada**, 10ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2015. P. 68.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A droga da Lei Drogas, Revista Consultor Jurídico**, 4 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas>. Acesso em 24/01/2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 308.

.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 14ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015. P. 225.

QUINTO, Antonio Carlos. **Lei de drogas vem causando lotação no sistema penitenciário**. Disponível em: < <http://www5.usp.br/101424/lei-de-drogas-vem-causando-lotacao-no-sistema-penitenciario/>>. Acesso em 24/01/2018.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal do autor ou Direito Penal do fato?** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 28 julho de 2009. Acesso em 10/01/2018.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. P. 20- 24.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 765.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 261.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015. P.126.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

BRASIL. Há 726.712 Pessoas presas no Brasil. Disponível: <<http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>> Acesso: 15/02/2018.

MARTINS, Vinicius. Entre Rafael Braga e Breno Borges mora a seletividade penal. Disponível em: < <http://www.almapreta.com/editorias/da-ponte-pra-ca/entre-rafael-braga-e-breno-borges-mora-a-seletividade-penal>> Acesso: 15/02/2018.

OLIVEIRA, Henrique. Rafael Braga e Breno Borges: quando 9 gramas de racismo pesam mais que 129 kg de maconha. Disponível em < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/27/rafael-braga-e-breno-borges-quando-9g-de-racismo-pesam-mais-que-129kg-de-maconha/> >. Acesso: 15/02/2018.

Condenação de Rafael Braga gera revolta. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/22/condenacao-de-rafael-braga-gera-revolta/>> Acesso: 15/02/2018.