



**UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR**  
Reconhecida pela Portaria – MEC. n.º 1580, de 09/11/1993.  
Curso de Direito – Campus III – Umuarama

DOUGLAS ALVES DA SILVA

**POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS E SUA SUBJETIVIDADE NA DEFINIÇÃO DE  
USUÁRIO E TRAFICANTE**

UMUARAMA  
2021

DOUGLAS ALVES DA SILVA

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS E SUA SUBJETIVIDADE NA DEFINIÇÃO DE  
USUÁRIO E TRAFICANTE

Trabalho apresentado ao curso de Direito da  
Universidade Paranaense – UNIPAR, como  
exigência parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Alessandro Dorigon

UMUARAMA  
2021

Autor:

Nome: Douglas Alves da Silva

Curso: Direito

CPF: 073.186.029-26

End. Res.: Avenida Olinto Cardoso de Lucena, nº 1378, Cidade Gaúcha/PR

Fone: (44) 9 2002-5767

RA: 00200148

RG: 10.851.639-9

E-mail: douglas.silva.00@edu.unipar.br

Professor Orientador:

Nome: Alessandro Dorigon

Titulação: Mestre em Direito

End. Res.: Av. Pres. Castelo Branco, nº 3806, Sala 503, Umuarama-PR

Fone: (44) 3622-2081

E-mail: alessandroorigon@prof.unipar.br

## **FICHA DE AVALIAÇÃO DO TRABALHO DE CURSO**

### **Critérios:**

Considerando que a supressão da apresentação oral do Trabalho de Curso (TC) não significa critérios aleatórios para atribuição da nota pelo Professor Orientador, relaciona-se as questões de avaliação de acordo com o **Art. 23 do Regulamento Geral das Atividades de Elaboração do Trabalho de Curso do Curso de Graduação em Direito**, as quais deverão servir de parâmetros orientadores para atribuição da nota.

**I Etapa** - análise do levantamento bibliográfico (mínimo de cinco obras) realizado pelo aluno em consonância com o tema proposto e discutido com o Professor Orientador, com peso de até 1,0 (um vírgula zero) na composição da nota final;

1,0

**II Etapa** - linhas gerais do desenvolvimento do trabalho com base no levantamento bibliográfico, elaboração do Resumo Expandido e apresentação na Mostra de Trabalhos Científicos do Curso de Direito, com peso de até 3,0 (três vírgula zero) na composição da nota final;

2,5

**III Etapa** - término do desenvolvimento do trabalho conforme item anterior, com peso de até 2,0 (dois vírgula zero) na composição da nota final;

2,0

**IV Etapa** - introdução e conclusão do trabalho, com peso de até 2,0 (dois vírgula zero) na composição da nota final;

2,0

**V Etapa** - análise geral do trabalho: conteúdo e apresentação escrita (organização seqüencial, relevância do tema e correção gramatical) do trabalho, de acordo com as normas para publicação, com peso de até 2,0 (dois vírgula zero) na composição da nota final;

1,5

NOTA FINAL DO TC	<b>9,0 - NOVE</b>	<b>X</b>	APROVADO(A)
			REPROVADO(a)

<b>TÍTULO DO ARTIGO</b>
<b>POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS E SUA SUBJETIVIDADE NA DEFINIÇÃO DE USUÁRIO E TRAFICANTE</b>

<b>O trabalho será encaminhado para publicação pelo(a) professor(a) orientador(a)?</b>	SIM	<b>X</b>
	NÃO	

<b>ACADÊMICO(A):</b>		<b>DOUGLAS ALVES DA SILVA</b>		
<b>R.A.</b>	<b>00200148</b>	<b>SÉRIE/TURMA</b>	<b>4.<sup>a</sup></b>	<b>A( ) B( X )</b>
			<b>5.<sup>a</sup></b>	<b>A( ) B( )</b>
		<b>PERÍODO</b>	<b>Matutino</b>	
			<b>Noturno</b>	<b>X</b>
<b>ORIENTADOR(A):</b>		<b>ALESSANDRO DORIGON</b>		

Umuarama-PR, 10/11/2021.

**Prof. Alessandro Dorigon**  
Assinatura do(a) Prof.(a) Orientador(a)

Dedico este artigo aos meus pais, pilares essenciais nesta jornada.  
Sem eles, nada seria possível.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me guiado até aqui e me ajudado a superar as dificuldades.

Aos meus queridos pais, Edinilza e Rosival e a minha irmã Bruna, por todo apoio e constante incentivo durante essa caminhada. A vocês, minha eterna gratidão.

Aos amigos, em especial aos que tive a oportunidade de conhecer nesta universidade, pelo companheirismo e ajuda e por tornarem essa caminhada muito mais prazerosa. Obrigado por vivenciarem comigo cada momento.

À Universidade Paranaense Campus de Umuarama e a seu corpo de professores, por transmitirem o conhecimento com excelência, em especial ao meu orientador Professor Mestre Alessandro Dorigon, pelas orientações e colaboração no desenvolvimento deste trabalho.

Por fim, meus sinceros agradecimentos a todos que de alguma forma me ajudaram a chegar até aqui, ainda que, indiretamente, fazendo cada instante valer a pena.

## **POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS E SUA SUBJETIVIDADE NA DEFINIÇÃO DE USUÁRIO E TRAFICANTE**

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas e expor as consequências advindas desse dispositivo, tendo em vista a falta de critérios objetivos para diferenciar usuários e traficantes. Para isso, buscou-se, primeiramente, apresentar um breve panorama histórico acerca da criminalização das drogas no Brasil e a contextualização de Leis anteriores frente à legislação atual. Não obstante, analisou-se que a repressão, ao aplicar o referido dispositivo, ocorre de forma seletiva, uma vez que atinge, principalmente, os indivíduos socioeconomicamente frágeis. Nesse sentido, apresentam-se dados estatísticos referentes ao excessivo crescimento da população carcerária, formada em sua maioria por indivíduos presos pelo crime de tráfico de drogas, sobretudo, após a vigência da Lei atual, verificando que a não diferenciação de forma concreta entre usuário e traficante e o não deslocamento do primeiro para o Sistema de Saúde, intensifica o encarceramento em massa, propiciando a superlotação do Sistema Penitenciário Nacional. À vista disso, a solução é a reforma legislativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei de Drogas. Seletividade Penal. Usuário. Traficante. Superlotação Carcerária.



## **NATIONAL DRUG POLICY AND ITS SUBJECTIVITY IN THE DEFINITION OF USER AND DEALER**

**ABSTRACT:** This work aims to analyze article 28 of Law No. 11.343/2006, known as the Drug Law and expose the consequences arising from this provision, in view of the lack of objective criteria to differentiate users and traffickers. To this end, it was first sought to present a brief historical overview about the criminalization of drugs in Brazil and the contextualization of previous laws compared to current legislation. Nevertheless, he analyzed that repression when applying the device occurs selectively, as it mainly affects socioeconomically fragile individuals. In this sense, we present statistical data regarding the excessive growth of the prison population, formed mostly by individuals arrested for the crime of drug trafficking, especially after the current law. Moreover, we verify that the non-differentiation in a concrete way between the user and drug dealer, and the non-displacement of the former to the health system intensifies the mass incarceration, causing the overcrowding of the national penitentiary system. In view of this, the solution is legislative reform.

**KEYWORDS:** Drug law, Criminal selectivity, User. Drug dealer, Prison overcrowding.

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil, consoante com o modelo internacional de combate às drogas, capitaneado pelos Estados Unidos, sempre atuou com forte repressão, introduzindo punições e ações de combate, a fim de reduzir o comércio e o consumo de substâncias ilícitas, de forma a tratar a figura do traficante de drogas como verdadeiro “inimigo” da sociedade, nessa nociva e sanguinária guerra. Esse modelo proibicionista é acompanhado pelo discurso de preocupação com a Saúde Pública pelo mal potencial que as drogas podem gerar à coletividade.

Importante a discussão acerca da diferenciação entre usuário e traficante, haja vista que a Lei nº 11.343/2006, atual Lei de Drogas, despenalizou o porte de drogas para consumo pessoal, substituindo a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Para tanto, aplica-se o parágrafo 2º do artigo 28 desta Lei para diferenciar o tipo penal do tráfico e do porte para consumo próprio. No entanto, o artigo supramencionado, traz em sua maioria, critérios subjetivos e que por sua vez, não são definitivos para distinguir as duas condutas, conforme será analisado no presente trabalho.

Dessa forma, é necessário observar que tal impasse na Lei de Drogas abriu margem à interpretação subjetiva ao arbítrio do magistrado, o que tem levado a uma das principais discussões doutrinárias e jurisprudenciais da atualidade. Isso, porque a problemática gera desmesurada insegurança ao aplicar o dispositivo legal.

Buscou-se expor com este estudo as consequências dessa falha na legislação, pois o Sistema Penal tem atuado de forma seletiva, vindo, na maioria das vezes, atribuir ao usuário de drogas o enquadramento do tipo penal do tráfico e, dessa forma, a imposição da pena para esse delito, o que reflete diretamente no excessivo crescimento da população carcerária.

## 2 LEI DE DROGAS

### 2.1 Evolução histórica

O primeiro registro de criminalização de drogas no Brasil, ainda que não especificamente, surgiu no Código Filipino de 1603, em seu Livro V, Título LXXXIX e versava sobre a proibição do porte e venda de substâncias psicoativas, na época, denominadas como “venenosas” (CARVALHO, 2010, p. 11). O dispositivo também trazia as condições sob as quais seria permitido o armazenamento e venda das substâncias, bem como pena de multa em caso de descumprimento.

Antes da promulgação do Código Penal da República em 1890, não houve legislação a nível nacional atinente à matéria. O mencionado Código deu previsibilidade aos crimes contra a Saúde Pública ao tratar em seu Título III da parte especial, no art. 159, sobre a proibição de vendas de substâncias sem autorização e fora dos padrões previstos nos regulamentos sanitários (CARVALHO, 2014, p. 59-61).

Batista (1997, p. 79) menciona que com o surgimento da primeira Convenção Internacional do Ópio (elaborada em Haia, a qual o Brasil subscreveu por meio do Decreto nº 11.481 de 10 de fevereiro de 1915), a política de drogas no Brasil começou a obter um formato mais definido na direção do “modelo sanitário”. O Decreto tratava do “abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína”.

O modelo sanitário, *a priori*, caracterizava-se em relação ao consumidor de drogas e contava com a atuação de autoridades policiais, sanitárias e judiciais. O dependente era tratado como doente, não era criminalizado. No entanto, era sujeito à internação mediante decisão judicial acompanhada de parecer médico. Já em relação à venda das substâncias, que somente era permitida por farmácias durante as décadas de 1920 e 1930, houve intensa modificação legislativa para normatizar a entrada e comercialização das mesmas. Dessa forma, a importação das substâncias proibidas sem o devido certificado, tipificaria o crime de contrabando.

Subsequente, em 1932, com a consolidação das Leis Penais, entra um novo modelo repressivo de drogas no Brasil. Expandiu-se a regulamentação traçada pelo art. 159 do Código de 1890. Substâncias venenosas foram denominadas de substâncias entorpecentes e foram atribuídas penas de multa, cominadas com a pena de prisão a serem aplicadas aos crimes relacionados ao uso e venda das referidas substâncias (CARVALHO, 2014, p. 59-61).

Com o alto crescimento da demanda de substâncias psicoativas na década de 1930, fez-se necessária a criação e efetivação de novos Decretos, a fim de frear o consumo e venda de drogas ilícitas. Houve o Decreto nº 24.505/1934 e sua posterior revogação pelo Decreto-Lei nº 891/1938. Segundo Carvalho (2010, p. 12), “é o primeiro grande impulso na luta contra as Drogas no Brasil”. Ambos os Decretos pavimentaram o caminho para a elaboração do art. 281 do Código Penal de 1940.

Sobreveio, então, o Código Penal de 1940, que trazia no capítulo III “Dos crimes contra a Saúde Pública”, no art. 281, a seguinte redação:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:  
Pena – reclusão de um a cinco anos, e multa de dois a dez contos de réis.

O legislador uniu, num só crime, o tráfico e o porte pessoal de drogas, descriminalizando o uso. Portanto, demonstrando a intenção em continuar a tratar o usuário como doente. A retirada desse tipo penal marcou o modelo sanitário vigente à época. Esse modelo e sua visão de combate às drogas perduraram até 1964.

Nesse sentido, Salo de Carvalho (2016, p. 53) afirma:

Passa a ser gestado, neste incipiente momento de criação de instrumentos totalizantes de repressão, o modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado em duplo discurso que estabelecerá a ideologia de diferenciação. A principal característica deste discurso é traçar nítida distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinquente, respectivamente. Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitarista em voga na década de cinquenta, que difunde o estereótipo da dependência.

Em 1942, o Decreto-Lei nº 4.720/1942 trouxe ao ordenamento uma nova conduta tipificada como crime de tráfico: a de cultivar plantas entorpecentes. *A posteriori*, com a entrada em vigor da Lei nº 4.451/1964, introduziu, entre as condutas de tráfico de drogas, também a de plantar.

Adiante, no ano de 1968, o texto do art. 281 do Código Penal de 1940 foi modificado pelo Decreto nº 385/1968. O inciso III do parágrafo primeiro passa a discorrer sobre o tratamento igualitário entre usuário e traficante, punindo-os com a mesma pena, nos seguintes

termos: “Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” (BRASIL, 1968).

Três anos após, advém a Lei nº 5.726/1971, que redefiniu os termos de criminalização, trazendo uma disciplina mais ampla e, instituindo um novo rito processual, aumentando a pena máxima para seis anos, além de multa. Nas palavras de Salo Carvalho (2010, p. 17), “foi o marco definitivo da descodificação da regulamentação da questão de tóxicos no Brasil”.

A próxima Lei a tratar sobre as drogas no Brasil, foi a Lei nº 6.368/1976, a chamada “Lei de Tóxicos”, que substituiu a legislação anterior e revogou o art. 281 do Código Penal de 1940. Novas formas de criminalização foram trazidas, principalmente, na questão das penas, que para o uso, detenção de seis meses a dois anos e multa. Já para o tráfico, reclusão de três a quinze anos e multa (BRASIL, 1976).

Nesse contexto, Luciana Boiteux (2006, p. 47) se manifesta:

A Lei de Tóxicos de 1976, que revogou o artigo 281 do Código Penal e compilou as leis de drogas em uma só lei especial tem como pressupostos básicos: I) o uso e o tráfico de substâncias entorpecentes devem ser combatidos mediante prevenção e repressão e representam um perigo abstrato para a saúde pública; II) o combate às drogas ilícitas representa um apelo eugênico-moralista na luta do bem contra o mal; III) implementação no Brasil do modelo internacional da guerra contra as drogas, nos moldes norte-americanos.

Diversos projetos foram sendo apresentados para modificar a lei de 1976, até que foi editada a Lei nº 10.409/2002, trazendo um formato de política de combate às drogas mais voltado para a Saúde Pública. A adoção de outras medidas punitivas foi a principal mudança. Essa Lei era repleta de falhas técnicas e divergências quanto à penalização do usuário mas, posteriormente, foram “sanadas” pela Lei nº 11.343/2006 (legislação atual), que revogou a Lei de 2002, apresentando tipificações e sanções diferentes aos usuários dos traficantes, conforme será tratado separadamente nos próximos tópicos.

## **2.2 Posse de drogas para consumo próprio**

A legislação atual que versa sobre drogas no Brasil, Lei nº 11.343/2006, traz um enfoque maior para a prevenção da dependência. O bem jurídico tutelado é a Saúde Pública. Conforme aponta Nucci (2014, p. 312), “Não se pune o porte da droga para uso próprio, em função da proteção à saúde do agente (autolesão não é punida, como regra, pelo ordenamento jurídico penal), mas em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade”.

Esta Lei *supra*, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD -, conforme o art. 1º (BRASIL, 2006) que dispõe:

Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

O ato de usar drogas por si só não configura crime. Logo, quem consome a droga é enquadrado pelo art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), por estar portando consigo alguma quantidade para seu consumo. Este artigo traz no *caput* cinco condutas típicas que caracterizam o porte.

Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 707) define cada uma delas:

- a) **adquirir**: consiste na obtenção da propriedade de alguma coisa, de maneira gratuita ou onerosa. Pouco importa a forma de aquisição: compra e venda, troca, substituição, doação, pagamento à vista, a prazo, em dinheiro, em cheque, cartão de débito, etc. Desde que evidenciada a existência de um acordo de vontades sobre a droga e o preço, não há necessidade de tradição da droga ao seu adquirente, nem tampouco o pagamento do valor acordado;
- b) **guardar**: tomar conta da droga, protegendo, tendo-a sob vigilância, geralmente, por meio de ocultação, tendo a clandestinidade como sua característica marcante. Trata-se de crime permanente;
- c) **trazer consigo**: transportar junto ao corpo [v.g., na bolsa, no bolso da calça, etc.] ou em seu interior. Trata-se de crime permanente;
- d) **ter em depósito**: consiste em manter em reservatório ou armazém, conservando a coisa. Caracteriza-se pela mobilidade e transitoriedade, no sentido de ser possível um rápido deslocamento da droga de um lugar para outro. A droga em depósito pode ser exposta ou não ao público, pouco importando o local de armazenamento da droga. Cuida-se de crime permanente;
- e) **transportar**: consiste em levar a droga de um lugar para outro, geralmente, por meio não pessoal, característica esta que a diferencia da modalidade "trazer consigo". Portanto, se um indivíduo levar a droga para determinado local utilizando seu veículo automotor, deverá responder pelo verbo "transportar", ao passo que, na hipótese de apreensão da droga junto ao próprio corpo, o correto enquadramento típico deve ser feito no "trazer consigo". Trata-se de crime permanente.

A Lei nº 11.343/2006 retirou do rol de penas previstas a pena privativa de liberdade para o porte de drogas para consumo próprio. No entanto, segue prescrevendo penas alternativas, que mais se assemelham a medidas de caráter administrativo do que penal. Esse crime está tipificado no art. 28 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006), sendo sua redação a seguinte:

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.

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

O artigo supramencionado gerou grande discussão por parte da doutrina, uma vez que, o dispositivo não traz penas costumeiramente aplicadas no âmbito do direito penal. Tal discussão versa o seguinte: “Posse de drogas para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização?”. Para Luiz Flavio Gomes e Rogério Cunha Sanches (2006, p. 60), a natureza jurídica desse artigo é de uma infração penal *sui generis*, ou seja, houve uma descriminalização formal.

O Supremo Tribunal Federal, consoante com a doutrina majoritária, entendeu ao julgar o Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ (BRASIL, 2007), que o fato de o art. 28 não prever penas privativas de liberdade não implica numa descriminalização da conduta, apenas numa despenalização, conforme se verifica:

EMENTA: 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 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 despreço 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 abolição 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.

Conclui-se, portanto, que o Poder Judiciário interpretou que a intenção do legislador ao criar sanções *sui generis* não foi a de descriminalizar a conduta, mas tão somente em despenalizar.

## 2.3 Tráfico de drogas

Quando se fala em tráfico de drogas ou mesmo o porte para uso pessoal, é necessário saber quais as substâncias consideradas ilícitas. Para isso, compete ao Ministério da Saúde, por meio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária a ANVISA, publicar listas atualizadas periodicamente discriminando as substâncias ou produtos proibidos capazes de causar dependência. A que está em vigor, atualmente, é a Portaria SVS/MS 344 de 1998, com todas as suas atualizações subsequentes. Por essa razão, a Lei de Drogas é norma penal em branco em sentido estrito, uma vez que necessita de complementação por meio de ato administrativo posterior.

Assim sendo, conforme entendimento jurisprudencial<sup>1</sup>, mesmo que determinada substância cause dependência física ou psíquica, se não estiver regulamentada pela Portaria SVS/MS 344/1998, não será tratada como droga para fins de incidência da Lei nº 11.343/2006. Dessa forma, caso ocorra modificação, tal como uma substância que venha a ser excluída do rol de substâncias ilícitas, acarretaria a atipicidade do crime pelo princípio da *abolitio criminis*, tendo assim um caráter retroativo (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 20).

O crime de tráfico de drogas está previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e vai muito além de apenas “vender” drogas, sendo que tal conduta é apenas uma das dezoito descritas no caput do artigo:

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. (BRASIL, 2006)

Trata-se, portanto, de um crime de ação múltipla que não apresenta a prática de atos de mercancia como único núcleo para sua configuração. Neste mesmo sentido, Masson e Marçal (2019, p. 400) mencionam que “a traficância pode ocorrer ainda que, gratuitamente, mas desde que a conduta seja praticada sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elementos normativos do tipo)”.

Ainda, o tráfico de drogas é equiparado como crime hediondo, tanto pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XLIII, quanto pela Lei nº 8.072/1990, art. 2º, caput. Tais dispositivos falam, especificamente, de “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, motivo pelo qual deve ser interpretado de forma restritiva, sob pena de violação à

---

<sup>1</sup> <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340002226/recurso-especial-resp-1444537-rs-2014-0069553-4/inteiro-teor-340002236>



Constituição. Portanto, aos delitos previstos no caput do art. 33 (tráfico propriamente dito) e parágrafo 1º (tráfico por equiparação ou assimilação), art. 36 (financiamento do tráfico), devem ser aplicadas as consequências penais previstas na Lei de Crimes Hediondos (QUEIROZ, 2014).

O sujeito ativo do crime de tráfico pode ser qualquer pessoa, com exceção apenas em relação ao núcleo “prescrever” que trata de crime próprio. Portanto, somente quem exerce profissão habilitada à prescrição de drogas pode figurar como sujeito ativo do delito. Greco (2012, p. 85) aponta que tal conduta só pode ser executada por sujeitos ativos restritos: “médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem”, que dolosamente receita ou indica substância capaz de gerar vício, bem como em quantidade além da terapêutica. Por outro lado, Nucci (2010) considera o núcleo como crime comum por não se tratar de conduta limitada aos profissionais de saúde, trazendo como exemplo, a prescrição de drogas por curandeiro.

Já o sujeito passivo é o Estado e a coletividade, haja vista que o bem jurídico tutelado é a saúde do coletivo, conforme se verifica na evolução legislativa do delito. Nesse sentido, Silva (2016, p. 43) menciona que “o sujeito sob o efeito de droga é um risco não apenas para si próprio, mas também para as pessoas que estão à sua volta”.

### **3 USUÁRIO OU TRAFICANTE?**

#### **3.1 Subjetividade na aplicação do parágrafo 2º do artigo 28 da Lei de Drogas**

Para saber se o agente está portando a droga para consumo pessoal ou para tráfico, o ordenamento jurídico adotou o sistema do reconhecimento policial e judicial. Sendo assim, compete à autoridade policial e ao juiz reconhecer - com fundamento no parágrafo 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 - oito critérios de distinção elencados: a quantidade e a natureza da substância apreendida; o local e as condições da ação; as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente.

Ocorre que, em sua maioria são critérios subjetivos, sendo de fato objetivos apenas a referência à natureza e à quantidade da substância apreendida. O critério da quantidade, potencialmente objetivo, acabou ficando em aberto, sem uma indicação clara e concisa de parâmetros de distinção, o que gera uma insegurança visível na aplicação da Lei (CAMPOS, 2013, p. 120-132). Conforme aponta Valois (2019, p. 426), o princípio da legalidade, marcado pela clareza e objetividade do tipo, fica no mínimo prejudicado com tamanha abertura na definição legal.

Tais critérios não são decisivos para distinguir o usuário de drogas do traficante, pois apenas ampliam o escopo da subjetividade sob o julgamento do magistrado e servem de base para o chamado livre convencimento motivado.

Nessa esteira de pensamento, verificou-se uma maior repressão ao tráfico de drogas e um abrandamento na forma de punir o usuário, vindo, a maioria das vezes, a atribuir ao usuário o enquadramento de posse e, dessa forma, a imposição da pena de tráfico de drogas do art. 33 da lei (CARREIRA, 2017, p. 4-9).

Conforme Arruda (2007, p. 31-32), “cria-se, assim, uma rotulação perigosa dos indivíduos. Deixa-se de analisar o fato criminoso objetivamente para realizar uma apreciação subjetiva do agente”.

Cumprir lembrar que o crime de tráfico de drogas é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, pois é equiparado a crime hediondo. Isso impõe ao acusado um regime jurídico diferenciado no processo de instrução da ação penal e no de execução da pena.

Nesse mesmo sentido, escreve Ribeiro Junior (2016, p. 595-610):

Observe-se que não há nenhum critério objetivo que diferencie condutas que podem levar a pessoa a uma pena que vai de cinco a quinze anos de privação de liberdade

ou a ficar submetido a penas socialmente alternativas. Não há nenhuma segurança, nada que garanta uma separação clara entre um porte de drogas ser considerado tráfico ou uso pessoal, nem mesmo a quantidade de drogas encontrada. Essa situação levou a um aumento considerável do encarceramento da juventude negra e periférica. O tráfico de drogas é o segundo ato infracional mais recorrente no país, superado apenas pelo roubo.

Nucci (2016) menciona a divergência entre os entendimentos dos magistrados quanto à quantidade de drogas que caracteriza traficância, sendo que “para uns, carregar 2 gramas de maconha é, sem dúvida, tráfico ilícito de drogas; para outros, é consumo pessoal; para terceiros, cuida-se de insignificância, logo, atípico”, enfatizando que o primeiro entendimento é, sem dúvida, o mais adotado.

Segundo Salo de Carvalho (2016, p. 265), a única forma de diferenciação das condutas seria a comprovação do objetivo para consumo pessoal, já que, para a configuração da conduta de tráfico, entende-se não ser necessário o dolo específico de mercancia da substância entorpecente.

O mesmo autor (2016, p. 274) assevera:

[...] definições desta natureza acabam por destoar da própria lógica do sistema dogmático constitucional do delito, substancialmente porque intentam absolutizar critérios objetivos de forma a induzir a esfera subjetiva do tipo. A partir de conjunturas fáticas que caracterizariam os elementos objetivos (circunstâncias de tempo, local e forma de agir) ou de características pessoais do autor do fato (antecedentes e circunstâncias pessoais e sociais), são projetados dados de imputação referentes à integralidade da tipicidade, olvidando seus aspecto mais importante, o elemento subjetivo.

Para Masson e Marçal (2019, p. 35), “as circunstâncias do caso concreto, observadas conforme as regras da experiência – *id quod plerumque accidit* – são de suma importância para diferenciar os crimes de tráfico e de posse de droga para consumo pessoal”.

Diante dos critérios vagos estabelecidos pela legislação, a jurisprudência passou a adotar uma espécie de sistema de avaliação própria. Acerca da quantidade de droga para diferenciar traficante de usuários, destaca-se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS CONCLUSIVAS ACERCA DO NARCOTRÁFICO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É entendimento pacífico da jurisprudência – tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal – de que a pretensão de desclassificação de um delito exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, em recurso especial, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ. 2. No caso, embora o réu haja sido preso em flagrante em local conhecido por intenso tráfico de

drogas, ele, em nenhum momento, foi pego vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros (aliás, nem vendendo, nem comprando drogas); ou seja, ele não foi encontrado, na rua, em situação de traficância. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da prática de tráfico de drogas pelo recorrente; não houve, ainda, uma investigação anterior que apontasse o réu como traficante. Apenas houve a apreensão de pequena quantidade de drogas em seu poder (12,89 gramas de cocaína). De outro lado, a própria defesa não negou a propriedade da droga, afirmando, no entanto, que era para consumo próprio. Ainda, mas não menos importante, vale o registro que o réu, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes. 3. A conclusão das instâncias de origem (e do próprio Ministério Público Federal) de que o réu seria traficante pelo simples local em que foi preso em flagrante – em bairro conhecido por intenso tráfico de drogas – foi firmada com base apenas em indício de que ele seria traficante de drogas, e não em elementos robustos e conclusivos de que estaria havendo a prática do crime de tráfico. Vale dizer, o que se tem dos elementos coligidos aos autos é apenas a intuição acerca de eventual traficância praticada pelo agravado. Somente aliado a outros meios de prova é que o local da abordagem do réu poderia basear o convencimento do juiz acerca da traficância. Não há, pois, como subsistir a conclusão de que houve a prática do crime de tráfico de drogas. 4. Nada impede que um portador de 12 gramas de cocaína, a depender das peculiaridades do caso concreto, seja um traficante, travestido de usuário, ocasião em que, "desmascarado" pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, deverá ser assim condenado. No entanto, na espécie ora em análise, a apreensão de apenas essa quantidade de drogas e a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância evidenciam ser totalmente descabida a condenação pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, o que conduz à desclassificação da conduta imputada ao recorrido para o delito de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

Valois (2019, p. 427) aduz que a desnecessidade de comprovação de dolo de comércio por parte da jurisprudência torna a conduta de posse de uma substância o aval para que o Judiciário decida se o possuidor pensava, especulava ou tentava com ela praticar uma atividade de comércio. Diante desse contexto, importante destacar a seguinte decisão também proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 3. No caso, o Tribunal de origem confrontou elementos obtidos na fase extrajudicial com as demais provas colhidas judicialmente, submetidas, portanto, ao crivo do contraditório. Não há, portanto, como acolher a tese de que a condenação foi lastreada exclusivamente nos elementos informativos obtidos ao longo da investigação policial. 4. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático probatório amalhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Por essas razões, mostra-se inviável a desclassificação da conduta imputada ao réu, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos. 5. Nos termos do art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal, mas também o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. 6. Para a configuração do delito de tráfico de drogas,

não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente – até porque o próprio tipo penal aduz "ainda que gratuitamente" –, bastando, portanto, que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância, tal como ocorreu no caso. 7. Para entender-se pela desclassificação da conduta imputada ao acusado para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível em recurso especial, a teor do que estabelecido na Súmula n. 7 do STJ. 8. Agravo regimental não provido.

A importância de realizar a distinção correta para o enquadramento do tipo é em virtude da aplicação da pena, tendo em vista que o usuário não deve ser tratado pelo Sistema Penal de forma equiparada aos traficantes, recebendo as mesmas penas a eles imputadas.

### **3.2 A seletividade do sistema penal**

A Lei nº 11.343/2006, atual Lei de Drogas, pende entre dois extremos de resposta penal: a máxima repreensão para o traficante e a previsão do tipo referente ao uso como crime de menor potencial ofensivo.

Esta Lei, embora tenha passado por um longo processo de construção para que fosse atualizada a matéria de proibição no Brasil, ainda falha em resolver a ambiguidade presente na definição entre traficantes e usuários, haja vista a utilização de tipos penais vagos, preceitos em branco e qualificações genéricas com a justificativa de possibilitar maior atualização e flexibilidade do sistema punitivo (CARVALHO, 2016, p. 254).

Nas palavras de Valois (2019, p. 423), “tudo para facilitar a atividade policial de capturar qualquer pessoa envolvida com qualquer substância tida como ilícita”.

Sanches (2002) ensina que o processo de criminalização se manifesta em dois momentos distintos. Primeiramente, cabe ao legislador definir quais bens serão tutelados pelo Direito Penal (criminalização primária). Depois, cabe à polícia, com base em estereótipos, selecionar os indivíduos que serão submetidos a um inquérito policial e, posteriormente, a um processo penal, cabendo ao juiz exercer a mesma seletividade (criminalização secundária).

Segundo Bissoli Filho (2002), o processo de criminalização primária e secundária “opera-se nos campos da quantidade e da qualidade”. A seletividade quantitativa “diz respeito ao número de condutas rotuladas como criminosas e ao de autores em relação aos quais são atribuídas a condição de criminoso”. Já a seletividade qualitativa, relaciona-se com a não inclusão de todas as condutas socialmente nocivas como criminosas, bem como deixa abranger todas as condutas e pessoas criminosas.

A distinção subjetiva presente no parágrafo 2º do art. 28 da Lei de Drogas influencia na criação de estereótipos sobre a figura do usuário, que acaba, muitas vezes, sendo confundido com o traficante. Essa confusão se mostra extremamente prejudicial no modo de lidar com o usuário, já que este não possui controle algum sobre o comportamento do traficante, não sendo possível ser atribuído a ele esse controle ou condução do comportamento doloso de quem pratica o tráfico (BOTTINI, 2015, p. 29).

A Lei prevê que o local onde foi feita a apreensão e as condições pessoais e sociais do sujeito encontrado com drogas ilícitas são elementos determinantes na diferenciação entre usuários e traficantes. São elementos subjetivos que deveriam ser levados em conta como indícios para o julgador. No entanto, tem servido como critérios únicos e exclusivos no juízo de imputação. O Estado, amparado pela lei, “não tem dúvidas de que são as populações mais pobres as responsáveis pelo tráfico de drogas no Brasil” (MACHADO, 2010, p. 1098-1111). A seletividade primária aqui é incontroversa.

Destarte, ao estabelecer que as condições sociais e pessoais devem ser levadas em consideração na definição do delito, o artigo 28, parágrafo 2º, contribui para que fatores socioeconômicos influenciem a definição do tipo penal, muito embora as discriminações e a seletividade policial, voltadas aos mais pobres, antecedam o tempo histórico. Sendo assim, não causa estranheza que a segurança pública, bem como as políticas penais tenham como alvo privilegiado determinados segmentos sociais (JESUS, 2016, p. 30).

As abordagens policiais, estrategicamente, são feitas em locais periféricos e seus residentes são cidadãos negros ou pardos, normalmente, já excluídos da Educação e do trabalho digno, eles têm para si reservado o papel de traficante. Embora a Lei exponha que o juiz fará tal definição, na realidade prática, a distinção se o indivíduo abordado com drogas é traficante ou usuário, já se faz no momento da prisão pelos policiais que a efetuam e pelo delegado responsável pelo inquérito.

A autoridade policial, portanto, relata qual era o local da ocorrência, se conhecido como ponto de drogas ou não, afirma quem estava com a droga ou a quem pertence, alega a confissão informal da pessoa acusada, dentre outros elementos que são considerados pelos juízes em suas manifestações, oferecendo ao Sistema de Justiça Criminal os indícios de materialidade e autoria, que são elementos fundamentais para o início de uma ação penal (JESUS, 2016, p. 30-34).

Logo, a ausência de distinção entre usuários e traficantes amplia o poder da polícia para definir a tipificação do crime e, conseqüentemente, amplia o poder de barganha e negociação, ao mesmo tempo em que lhe confere um papel discricionário, ampliando a

arbitrariedade policial, transformando essa decisão e os critérios imprecisos em mercadorias políticas (VERISSIMO, 2010, p. 141).

A valoração significativa da palavra policial é prevalente nesses casos, conforme observa Semer (2019, p. 188), ao analisar oitocentas sentenças de tráfico:

A maioria esmagadora das decisões conclui pela possibilidade de acatar o depoimento policial como prova ou mesmo que a prova se limite a ele e, ademais, afiança, com alguns níveis ligeiramente distintos, a especial credibilidade que estes depoimentos merecem. O mais extremado é o que confere ao depoimento fé pública: “(...) as declarações de agentes públicos têm fé pública, cabendo à parte que alega provar o contrário...” (sentença-275) “(...) as declarações dos agentes estatais, a princípio, os testemunhos dos policiais revestem-se de credibilidade por ostentarem presunção de veracidade...” (sentença-400). (grifos no original)

Em contrapartida, os enquadramentos podem ser muito diferentes se a pessoa que possui a droga apreendida pertence aos estratos mais favoráveis da sociedade, sendo mais facilmente identificada como usuária e, portanto, não será submetida à prisão. Confirma-se aqui a seletividade secundária.

De acordo com dados extraídos da pesquisa realizada por Marcelo Semer (2019), que analisou oitocentas sentenças de tráfico de drogas em oito estados da federação, cerca de 89% dos processos se iniciam com a prisão em flagrante, em 70% deles, pelos policiais militares em abordagens feitas na rua em patrulhamento de rotina (SEMER, 2019, p. 263-264). Tais abordagens decorrem da chamada “atitude suspeita”.

Em 80% dos casos, os réus são primários e, em pouco mais de 70% dos processos, há apenas um réu envolvido, sendo que, pelo menos dois terços deles são pobres (número que só não é maior pela falta de dados em muitas sentenças). Além disso, embora, essa pesquisa não tenha tido recorte racial, por conta da ausência de informações nas sentenças, sabe-se, por outros levantamentos, que o assédio é muito maior sobre a população jovem e negra (SEMER, 2019, p. 261).

São raros os casos que se iniciam com investigações prévias representando um percentual de pouco mais de 10% (SEMER, 2019, p. 263). O forte mesmo são as ações de patrulhamento, nas quais a seletividade das abordagens é historicamente conhecida. Nesse sentido, Maria Gorete Marques de Jesus (2016, p. 84) se manifesta:

Alguns segmentos da sociedade despertam um grau elevado de fiscalizaçãopolicial. Os alvos preferenciais da atuação policial são as minorias étnicas e raciais, os pobres que vivem nos bairros que compõem a chamada periferia das grandes cidades e os jovens em geral. Bittner (2003) destaca que essa ação seletiva tem a ver com o próprio surgimento da polícia, que veio para controlar a transgressão e a desordem das chamadas “classes perigosas”: “o jovem, negro e pobre e o velho, rico e branco,

fazendo exatamente as mesmas coisas, sob as mesmas circunstâncias, certamente não vão receber a mesma espécie de tratamento por parte dos policiais” (BITTNER, 2003, p.103). A vigilância policial é distribuída de forma seletiva.

Portanto, é necessário levar em consideração toda a desvantagem de posicionamento social dos indivíduos definidos como usuários, haja vista que no Brasil todo o empenho governamental, sobretudo policial, está voltado às favelas e regiões periféricas, como se estas fossem os únicos lugares onde há drogas (ROSA; AMARAL, 2017, p. 108-109). É sabido que os problemas atinentes às drogas são distribuídos igualmente entre os grupos sociais e econômicos. No entanto, quem detém o poder coercitivo são os agentes das classes socioeconomicamente vulneráveis.



## **4 IMPACTO DA LEI DE DROGAS NO SISTEMA PRISIONAL**

### **4.1 Superlotação carcerária**

Conforme visto no capítulo anterior, a subjetividade da norma dificulta o reconhecimento do comportamento dos dependentes químicos e a aplicação de penas alternativas, pois a subjetividade do Direito Penal pode levar a interpretações discriminatórias e preconceitos, não cumprindo com os requisitos legais, o que vai contra o princípio da legalidade, uma vez que esse princípio visa garantir o mínimo de equidade nos processos criminais e não a arbitrariedade.

Posto isto, o resultado não pode ser outro senão o aumento da população carcerária. Segundo Bitencourt (2018, p. 91), para o princípio da reserva legal ser eficaz e cumprir seu propósito de determinar o que é punível e sancionado na prática, o legislador criminal deve evitar afirmações ambíguas, enganosas e vagas.

Ademais, se há uma lei ou artigo que seleciona ou separa indivíduos tão somente com base no local e condições da abordagem ou no estereótipo do abordado. Esse princípio perde totalmente o sentido (SILVA, 2020, p. 123-125).

O Sistema Penitenciário entrou em colapso e houve um excesso na maioria das prisões, quebrando o binômio número de vagas e número de presos, resultando em superlotação e insalubridade (CARREIRA, 2017, p. 4-9). Logo, gerou-se outra discussão sobre a forma que essas pessoas estão sendo colocadas nas prisões e as condições mínimas de higiene.

O juiz David Pinter Cardoso (2020) chama a atenção para o salto da população carcerária no Brasil, que em 1990 era de 90 mil presos e em dezembro de 2020, segundo dados do INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2020). O país computou 755.274 presos, sendo que o Sistema Carcerário Nacional só tem capacidade para abrigar pouco mais da metade dos detentos, com aproximadamente 400 mil vagas disponíveis.

Em número absoluto de presos, o Brasil continua ocupando o terceiro lugar entre os países com maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para Estados Unidos (2,1 milhões) e China (1,7 milhão), configurando-se como os países que mais prendem, de acordo com o World Prison Brief, pesquisa global de dados prisionais realizada pelo ICPR (Institute for Crime & Justice Research) e pela Birkbeck University of London.

É evidente que a atual Lei de Drogas tem impulsionado o encarceramento no Brasil. Valois (2019, p. 453) explica que maior parte das pessoas presas por roubo, furto e posse de arma de fogo deve-se, principalmente, ao envolvimento da pessoa com substâncias ilícitas. Segundo o autor, quando os presos são divididos por gênero, os dados tornam-se óbvios. Em 2005, o índice de pessoas presas por delitos relacionados ao tráfico de drogas era de 14%, sendo 13% da população carcerária masculina e 49% da população carcerária feminina. Hoje em dia, conforme o relatório de junho de 2019 do Departamento Penitenciário Nacional (INFOPEN, 2020), quase 30% da população carcerária correspondem aos crimes de tráfico de drogas, sendo 62% das mulheres, enquanto o total de homens presos pelo mesmo motivo é de 26%.

A análise desses dados permite concluir que as mulheres, no âmbito do tráfico de drogas, encontram-se em maior risco e vulnerabilidade para criminalização. Ressalta-se que “a maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico” (INFOPEN, 2016).

Com o discurso de guerra às drogas e ao inimigo (traficante), as principais prejudicadas são as mulheres periféricas. Visto que, inseridas no tráfico de drogas, elas não representam o problema central, mas acabam sendo criminalizadas por não contarem com todo o aparato para se protegerem dos reais responsáveis pela disseminação de substâncias entorpecentes. Com especial atenção no que se refere à mulher negra, uma vez que o sistema penal e as formas de coação do indivíduo se apresentam de forma extremamente racista, conforme se vê a partir dos dados da população carcerária geral, em que os negros são 64% da população (INFOPEN, 2016).

Além do tráfico, somando os demais crimes relacionados às drogas, como associação criminosa, indução ao uso de drogas, entre outros, o índice chega a 39,4% da população carcerária geral: 304 mil presos. Já os crimes contra o patrimônio são responsáveis pelo encarceramento de 284 mil presos no país, ou seja, 36,7% do total. Crimes contra a pessoa, como homicídio, aborto, ameaça, violência doméstica e auxílio a suicídio, entre outros, correspondem a 11,3% do total de presos, um total 88 mil pessoas.

Os dados supramencionados permitem inferir que o delito de tráfico de drogas é o maior responsável pelo encarceramento em massa no Brasil (SILVA, 2020, p. 113-114). Embora a legislação traga a intenção de mitigar a punição ao prever advertência para o dependente químico com avisos sobre os efeitos, fornecendo serviços comunitários e

obrigação de participação em programas ou cursos educativos e a ampliação do uso de medidas cautelares, não é o que ocorre na prática (RODAS, 2017).

#### **4.2 Encarceramento em massa de usuários equiparados como traficantes**

Em razão de pequenas quantidades de drogas, o Brasil encarcera jovens que não têm recursos financeiros e que vão para um futuro em organizações criminosas, além de treinar soldados armados para facções violentas e para o crime organizado (BELLO, 2019).

Importante destacar os seguintes dados extraídos da pesquisa realizada pelo juiz Marcelo Semer (2019), na qual cerca de 50% dos encarcerados pela Lei de Drogas foram presos por estar portando menos de 100 g de maconha ou 50 g de cocaína, tratando-se do delito de posse para o uso próprio caracterizado como tráfico.

É evidente que nem sempre o indivíduo abordado na rua em atitude suspeita pela Polícia Militar, portando quantidade de drogas inferior a 100 g, de fato é usuário. Por outro lado, este indivíduo também não é o “chefe do tráfico” e sim, o pequeno traficante, o “traficante varejo”, que nas ruas é menos perigoso do que trazê-lo para dentro do Sistema Carcerário, haja vista que o Sistema Carcerário Nacional é dominado pelas facções criminosas, incorrendo na situação descrita no primeiro parágrafo.

De acordo com a pesquisa supramencionada, as prisões ocorrem porque aproximadamente 73% dos casos geram prisão em flagrante convertida, posteriormente, em prisão preventiva, com lapso temporal em média de sete meses e meio, sendo que em torno de 95% dos casos em que houve a apreensão, seguem para a fase condenatória definitiva, em que a média de penas aplicadas é de quatro anos e nove meses. Somente em 16% dos casos há a substituição para pena alternativa (SEMER, 2019).

Nesse seguimento, Sergio Seibel (2012) afirma que a falta de clareza na Lei de Drogas para distinguir usuários e traficantes tem intensificado a prisão de supostos traficantes:

Desde que a atual Lei sobre Drogas (11.343/2006) entrou em vigor, o número de presos por crimes relacionados às drogas no Brasil dobrou. A falta de clareza na lei está levando à prisão milhares de pessoas que não são traficantes, mas sim usuárias. A maioria desses presos nunca cometeu outros delitos, não sendo criminosos a priori, não tendo relação com o crime assim chamado “organizado” e portavam pequenas quantidades da droga no ato da detenção para seu próprio consumo.

O Judiciário é um aliado na política do encarceramento porque ao contrário de reduzir a incidência do tipo penal do tráfico, por vezes, efetiva quando se trata apenas do uso de

drogas. A autoridade policial, ao presumir o crime de tráfico de drogas com a ratificação do Ministério Público e do Poder Judiciário, promove a inversão do ônus da prova, contribuindo diretamente com o aumento do número de encarcerados (VALOIS, 2019, p. 426-428).

Segundo Zaffaroni (2011, p. 47), o Sistema Penal, na maioria das vezes, opõe a certas pessoas mais do que a certas ações. Nesse mesmo sentido, assevera o criminologista Augusto Thompson (2007, p. 91):

[...] há uma inversão na operação: faz-se o exame da pessoa do réu, a ver se corresponde ao estereótipo do delinquente, para depois verificar-se se os autos fornecem elementos razoáveis para amparar a decisão sugerida pela convicção previamente atingida. Para tal convicção, a fonte de certeza reside em algo extrínseco à prova do fato, pois repousa sobre a prova relativa à personalidade do acusado.

Logo, as evidências do crime de tráfico de drogas são precárias e toda a fase da investigação policial é frágil, além de estar única e exclusivamente relacionada ao depoimento do policial. Estima-se que 90% das testemunhas do delito de tráfico de drogas são agentes de segurança, sendo que destes, 70% são policiais militares (SEMER, 2019).

Conforme explica o ilustre professor Alexandre Morais da Rosa (2020, p. 685), “não se justifica, nos tempos atuais, a manutenção do modelo medieval de produção probatória testemunhal”.

Ademais, é preciso lembrar que não cabe ao réu provar sua inocência. A responsabilidade probatória é do Ministério Público, pois se depara com o princípio da presunção de inocência. Contudo, “parece-nos hoje intuitivo e de senso comum que será preferível absolver muitos culpados a condenar um inocente” (apud ROSA, 2020, p. 683).

## 5 CONCLUSÃO

Pelo que foi analisado, pode-se afirmar que não houve de fato um avanço na Lei de Drogas, haja vista que os principais objetivos pretendidos na atual legislação, como deslocarem os usuários para o Sistema de Saúde, a fim de reduzir a população encarcerada por delitos relacionados às drogas, não foi concretizado, prevalecendo o mesmo caráter repressivo já constatado em legislações anteriores.

Na medida em que a legislação diferencia o usuário e traficante de forma subjetiva, com critérios absolutamente vagos, a propensão é o aumento do número de injustiças cometidas pelos magistrados na determinação de penas privativas de liberdade para usuários de drogas, pois, ao contrário, precisam de orientações, tratamento e recuperação.

Além disso, punir os usuários de maneira semelhante a dos traficantes não traz qualquer benefício social, apenas leva à superlotação do Sistema Prisional. É preciso entender que a política criminal que preconiza a restrição da liberdade como forma de solucionar os problemas sociais é uma ilusão que dificulta o tratamento e a reabilitação dos usuários.

Chega-se à conclusão de que as falhas e lacunas presentes na atual legislação que regula a matéria das drogas no Brasil deram margem à intensificação da seletividade penal e trouxe como resultado o aumento significativo da população carcerária, composta em sua maioria, por indivíduos com fragilidade social e econômica.

Portanto, é nítido que a política criminal e de segurança pública, adotada em relação às drogas, precisa ser refletida, tendo em vista a ineficácia e consequências negativas do modelo atual. É imprescindível que o legislador busque ser claro e reforme a Lei, constituindo critérios objetivos para a efetiva diferenciação entre usuário e traficante.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: Aspectos Penais e Processuais Penais: Lei 11.343/06**. São Paulo: Método, 2007.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BELLO, Ney. **Encarceramento por pequena quantidade de drogas: o alimento do crime organizado**. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-05/crime-castigo-prisao-pequena-quantidade-drogas-crime-organizado>>. Acesso em 10 out. 2021.

BISSOLI FILHO, Francisco; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOITEUX, Luciana Figueiredo Rodrigues. **Controle Penal Sobre as Drogas Ilícitas: o Impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade**. São Paulo, 2006.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – Junho de 2020**. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em 14 set. 2021.

\_\_\_\_\_. INFOPEN atualização – de junho de 2016 / organização Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343 de 23 ago. 2006. Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção de uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, p. 2, 24 ago. 2006.

\_\_\_\_\_, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1636869. Relator Rogerio Schietti Cruz, 19 mai. 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 430105 RJ. Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 13 fev. 2007. Posse de droga para consumo pessoal: art. 28 da Lei 11.343/06 - nova lei de drogas. Natureza jurídica de crime. **Diário de Justiça Eletrônico**: 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Drogas e justiça criminal em São Paulo: Conversações. Sistema Penal e Violência.** São Paulo, 2013, 5. v.

CARREIRA, Gustavo Wilkeson. **Drogas e liberdade: reflexo da lei de drogas no sistema carcerário.** Rio de Janeiro: EMERJ, 2017.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DORIGON, Alessandro; RODRIGUES, Paloma Renata. **O art. 28 da Lei 11.343/2006: descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5940, 6 out. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70974>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal 'sui generis' ou infração administrativa? .** 2006. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20061212113559593](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20061212113559593)>. Acesso em: 01 jun. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial.** 6. ed. Niterói: Impetus. 2012.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas.** São Paulo, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada.** 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas.** Fortaleza: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais.** Rio de Janeiro: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Notas sobre a lei de drogas.** 2014. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/notas-sobre-a-lei-de-drogas/>>. Acesso em: 10 out. 2021.

RIBEIRO JÚNIOR, Antônio Carlos. **As drogas, os inimigos e a necropolítica.** Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, 2016. Disponível em: <<https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/251/223>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

RODAS, Sérgio. **Enxugando gelo: guerra às drogas sobrecarrega prisões e alimenta massacres**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-08/guerra-drogas-sobrecarrega-prisoos-alimenta-massacres>>. Acesso em 14 set. 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais, 2020.

\_\_\_\_\_, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição: a ostentação do horror**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra N; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des) Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SEIBEL, Sérgio. **A lei 11.343/2006 e o impacto na saúde pública**. 2012. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5655/>>. Acesso em 10 out. 2021.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, Renan Joubert Almeida. **O punitivismo penal e a guerra às drogas: a lei de drogas brasileira e seus mecanismos a favor do encarceramento**. 1. ed. 2020.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VERISSIMO, Marcos. **A nova lei de drogas e seus dilemas: apontamentos para o estudo das formas de desigualdade presentes nos interstícios do ordenamento jurídico-penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de ciências sociais, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.