

FACULDADE DE JUSSARA – FAJ
MATHEUS CARRIJO ALVES SOUSA

**CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE DE DROGAS
SOB A LEI 11.343/06**

Jussara
2015

MATHEUS CARRIJO ALVES SOUSA

**CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE DE DROGAS
SOB A LEI 11.343/06**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Jussara, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Gisley Alves de Faria.

Jussara
2015

MATHEUS CARRIJO ALVES SOUSA

**CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE DE DROGAS
SOB A LEI 11.343/06**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Jussara, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA:

GISLEY ALVES DE FARIA
Orientador

Professor EMIVALDO DE SOUZA
Membro da banca

Professora ORION ALVES RABELO JUNIOR
Membro da banca

Dedico este trabalho a minha família pelo amor incondicional e incentivo, os quais me permitiram concluir este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Noemi Carrijo Alves Sousa e Onlado dos Santos Sousa, heróis que não mediram esforços para me oportunizarem a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, concretizando em minha vida um grande sonho de infância.

Ao meu irmão Lucas Carrijo Alves Sousa, pela compreensão e auxílio prestado durante toda a minha caminhada acadêmica.

À Mariana Kenes Marques, pessoa que eu amo partilhar a vida. Obrigado pelo incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

“Estava cansado do que o mundo oferecia de bandeja e fui atrás, sabia que existiria mais”.

(Projota)

RESUMO

A presente obra tem por objeto de estudo os critérios de distinção entre usuário e traficante de drogas existentes na atual legislação de drogas, utilizando-se o método de pesquisa bibliográfica para a realização de uma análise histórica das principais legislações atinentes à temática existentes no Brasil. Em um segundo momento, foi realizada uma análise doutrinária e individualizada dos artigos 28 e 33, da Lei nº 11.343/06, que tipificam as condutas referentes ao usuário e ao traficante de drogas. Por fim, foi apresentado os critérios ofertados pela atual legislação de drogas para distinção de usuários e traficantes de drogas, finalizando com a análise dos votos referentes ao Recurso Extraordinário 635.659, que discute no Supremo Tribunal Federal a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

Palavras-chave: Lei de drogas, usuário, traficante.

ABSTRACT

This work has as object of study the criteria for distinguishing between user and dealer of existing drugs in current legislation on drugs, using the method of literature to carry out a historical analysis of key legislation relating to the existing theme in Brazil. In a second step, a doctrinal and individualized analysis of articles 28 and 33 was carried out, of Law No. 11.343/06, which typify the pipes for the user and drug dealer. Finally, he presented the criteria offered by the current legislation of drugs to users and drug dealers distinction, ending with the analysis of the votes attached to the Extraordinary Appeal 635,659, which discusses the Supreme Court to drug possession of decriminalization for personal use.

Keywords : Drug Act , user, dealer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 HISTÓRICO DAS DROGAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	13
1.1 CÓDIGO PENAL DE 1890.....	13
1.2 DECRETO 2.86/1914.....	14
1.3 DECRETO 20.930/1932.....	15
1.4 Lei nº 6.368/1976.....	17
1.4.1 LEI Nº 6.368/76 E AS NORMAS PENAIS EM BRANCO.....	18
1.5 LEI 11.343/2006.....	19
2 ESPECIFICIDADES DOS USUÁRIOS E TRAFICANTES DE DROGAS DEFRENTE A ATUAL LEI DE DROGAS.....	21
2.1 CONCEITO DE DROGAS.....	21
2.2 USUÁRIO DE DROGAS.....	23
2.2.1 NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 28 DA NOVA LEI DE DROGAS.....	23
2.2.2 DESCRIMINALIZAÇÃO FORMAL E TRANSFORMAÇÃO EM INFRAÇÃO SUI GENERIS.....	23
2.2.3 DESCRIMINALIZAÇÃO SUBSTANCIAL E TRANSFORMAÇÃO EM INFRAÇÃO DO DIREITO JUDICIAL SANCIONADOR.....	24
2.2.4 DESPENALIZAÇÃO E MANUTENÇÃO DO STATUS DE CRIME.....	25
2.2.5 CONDUTAS TÍPICAS.....	27
2.2.5.1 ADQUIRIR.....	27
2.2.5.2 GUARDAR.....	28

2.2.5.3	TRAZER CONSIGO.....	28
2.2.5.4	TER EM DEPÓSITO.....	28
2.2.5.5	TRANSPORTAR.....	28
2.2.6	PENAS A SEREM APLICADAS AO PORTE DE DROGAS PARA CONSUME PESSOAL.....	29
2.2.6.1	ADVERTÊNCIA SOBRE OS EFEITOS DAS DROGAS.....	29
2.2.6.2	PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE.....	30
2.2.6.3	MEDIDA EDUCATIVA DE COMPARECIMENTO A PROGRAMA OU CURSO EDUCATIVO.....	31
2.3	TRAFICANTE DE DROGAS.....	32
2.3.1	IMPORTAR.....	33
2.3.2	EXPORTAR.....	34
2.3.3	REMETER.....	34
2.3.4	PREPARAR.....	35
2.3.5	PRODUZIR.....	35
2.3.6	FABRICAR.....	35
2.3.7	ADQUIRIR.....	35
2.3.8	VENDER.....	35
2.3.9	EXPOR À VENDA.....	36
2.3.10	OFERECER.....	36
2.3.11	TER EM DEPÓSITO.....	36
2.3.12	TRANSPORTAR.....	36
2.3.13	TRAZER CONSIGO.....	36
2.3.14	GUARDAR.....	37
2.3.15	PRESCREVER.....	37
2.3.16	MINISTRAR.....	37
2.3.17	ENTREGAR A CONSUMO.....	37
2.3.18	FORNECER.....	38
2.4	PENAS A SEREM APLICADAS AO TRAFICANTE DE DROGAS.....	38
2.5	ATUALIZAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DA LEI DE DROGAS.....	38
2.5.1	DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO CUMPRIMENTO DE PENA INTEGRALMENTE NO REGIME FECHADO.....	39
2.5.2	ALTERAÇÃO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS COM A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007.....	40
2.5.3	DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA EXPRESSÃO “VEDADA A CONVERSÃO EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS”, CONTIDA NO § 4º DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06.....	40
2.5.4	DECLARAÇÃO INCIDENTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 44, DA LEI 11.343/06.....	42
2.5.5	DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90.....	44
2.5.6	IMPOSSIBILIDADE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA NA MODALIDADE RESTRITIVA DE LIBERDADE.....	45
3	DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIOS E TRAFICANTES DE DROGAS.....	48
3.1	NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA.....	50
3.2	LOCAL E CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	52

<u>3.3 CIRCUNSTÂNCIAS SOCIAIS E PESSOAIS.....</u>	<u>53</u>
<u>3.4 CONDUTA E ANTECEDENTES DO AGENTE.....</u>	<u>53</u>
<u>3.5 RE 635.659 – DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA</u> <u>CONSUMO PRÓPRIO</u>	<u>55</u>
<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>58</u>

-

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa analisar os critérios adotados pela Lei nº 11.343/06 para distinção de usuário e traficante de drogas defronte a atual dificuldade para aplicação das respectivas penalidades, levando-se em conta, ainda, os problemas sociais, de segurança pública e de saúde pública, sendo este último o bem jurídico tutelado e, por consequência, inerente ao tema.

O estudo se alicerça na descomunal mudança de tratamento destinado ao usuário e traficante de drogas com o advento da Lei de Drogas, a qual em relação àquele ocorreu uma *novatio legis in melius* (melhora de algum modo a situação do réu, portanto retroage), enquanto no tocante a este último sobreveio uma *novatio legis in pejus* (também chamada de *lex gravior*, a lei posterior que, de qualquer modo, agrava a situação do agente).

Nessa senda, o aumento significativo do número de usuários, convola-se por consequência no notório acréscimo de traficantes de drogas, ilustrando-se de forma didática, a lei da oferta e demanda.

A partir desse pressuposto, fundamenta-se a enorme importância de se pesquisar sobre os critérios adotados por nosso ordenamento jurídico para se distinguir usuário de traficante de drogas em razão da temática refletir diretamente em um problema social, englobando esse aspecto em um problema governamental, familiar e escolar.

Pois bem, grande é o desafio no combate inclemente às drogas ilícitas e, para tanto, a União despense gastos astronômicos (não havendo índices concretos) a fim de formar políticas repressivas contra o tráfico de entorpecentes.

Diante desse embaraço, quais são os reais parâmetros atualmente utilizados pelo Poder Judiciário brasileiro, através da Lei, doutrina e jurisprudências, para diferenciar usuário de traficante de drogas?

Ou seja, é necessário o conhecimento de todas circunstâncias do caso concreto, pois a quantidade da droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante, salvo exceções (enormes quantidades de entorpecentes). Daí a necessidade de se valorar não somente um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei.

Apesar de o ordenamento jurídico pátrio ter adotado como critério o sistema do reconhecimento judicial ou policial para se decidir se o agente é ou não traficante e, este sistema firmar que o julgamento do magistrado não pode se constituir em apreciação

meramente subjetiva, verifica-se nas análises jurisprudenciais que os critérios de avaliações tem sido extremamente subjetivos.

O estudo se alicerça em pesquisa bibliográfica e documental utilizando como preceito o método analítico descritivo.

Inicialmente, são expostos os mais importantes marcos na história das drogas na legislação brasileira até a atualidade, contextualizando, posteriormente, com a conceitualização de droga e a definição de usuário e traficante de drogas. Após, passou-se a análise dos critérios de distinção entre usuário e traficante de drogas, finalizando com o recente debate no Supremo Tribunal Federal acerca da descriminalização do porte de drogas para consumo próprio (Recurso Extraordinário nº 635.659). Ressalta-se os principais autores utilizados para a realização da presente monografia: Rosa Del Olmo, Luiz Flávio Gomes, Renato Brasileiro de Lima, Fernando Capez, Ricardo Antônio Andreucci e Thiago M. S. Rodrigues.

1 HISTÓRICO DAS DROGAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1 CÓDIGO PENAL DE 1890

A primeira forma de prevenção e repressão às drogas, em *lato senso*, registrada em texto normativo, cuja proibição foi estabelecida em caráter nacional, foi através do Código Penal de 1890. Em seu artigo 159, ficou tipificada a seguinte redação: “Art. 159. Expôr á venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios: Pena - de multa de 200\$ a 500\$000”.

Nesse prisma, é possível observar a intenção do legislador, mesmo que indiciária, em punir quem pratica o tráfico de entorpecentes, cominando uma pena de multa, tendo natureza pecuniária, isso porque acarreta a diminuição do patrimônio do condenado. A criminalização e penalização da prática do delito em testilha no Código Penal de 1890 foi um marco na história das legislações relacionadas à temática, visto que foi sancionado nos primórdios da República, em um contexto social e político regado pelas características intrínsecas àquela, quais sejam, a democracia e o exercício da cidadania.

Em relação ao uso de entorpecentes, a norma penal de 1890 se faz omissa, não dispondo tipificação e, tampouco, penalização para quem faz o uso de tais substâncias. Dispõe Silva (2011, *online*), que “a proibição era destinada aos boticários, para prevenir o uso de veneno para fins criminosos. Nada pronunciava a respeito dos usuários. Até então não havia uma normalização que permitisse extrair uma coerência programática específica”.

Apesar de considerar crime expor à venda ou ministrar substância venenosa sem legitima autorização e sem as formalidades exigidas nos regulamentos sanitários, doutrina Filho (2009, p.16) que “tal dispositivo, porém, isolado, foi insuficiente para combater a onda de toxicomania que invadiu nosso país após 1914, sendo que São Paulo chegou a formar-se, à semelhança de Paris.”

Complementa, ainda, Vicente Greco Filho acerca da conceitualização de toxicomania,

Segundo a Organização Mundial de Saúde, toxicomania é um estado de

intoxicação periódico ou crônico, nocivo ao indivíduo e à sociedade, pelo consumo repetido de uma droga natural ou sintética, tendo por características um invencível desejo ou necessidade de continuar a consumir a droga e de procurá-la por todos os meios, tendências para aumentar a dose e dependência de ordem psíquica ou física em face de sus efeitos (FILHO, 2009, p. 26).

1.2 DECRETO 2.861/1914

Já no ano 1914, ante a popularização do consumo de substâncias psicoativas, estando o Brasil carente de qualquer mecanismo de controle do referido consumo, posto que, até então, havia apenas penalização para quem mercantilizava essas substâncias, firmou-se o protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio¹ por meio do Decreto 2.861, de 08 de julho de 1914, sancionando o seguinte dispositivo em seu artigo único,

Ficam aprovadas para produzirem todos os seus efeitos no territorio nacional as medidas tendentes a impedir os abusos crescentes do opio, da morphina e seus derivados, bem como da cocaína, constantes das resoluções aprovadas pela Conferencia Internacional do Opio realizada em 1 de Dezembro de 1911 em Haya, e cujo protocollo foi assignado pelo representante do Brasil na mesma Conferencia; revogadas as disposições em contrário (BRASIL, 1914, *online*).

Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues, ao discorrer sobre o tema, explica o início da disseminação das drogas no Brasil,

A criação de normas penais mais repressivas no Brasil, e a imposição de pena de prisão ao comércio de drogas somente ocorreu alguns anos depois, com o aumento da percepção pública do uso hedonista de drogas, no início do século XX, notadamente de cocaína e ópio, por parte de intelectuais e das camadas sociais mais altas, em locais chamados fumeries, enquanto o consumo de maconha estava mais restrito às classes mais baixas (RODRIGUES, 2010, p. 2).

Certo que a adesão do Brasil às disposições da Conferência Internacional do Ópio se deu pelos gigantescos impactos sociais atinentes à época, com um salto nos registros de overdoses, drásticas mudanças sociais e ameaça generalizada à saúde pública, perfazendo a gritante necessidade de formulação de políticas públicas, a fim de ao menos amenizar os desastrosos malefícios causados pelo consumo desenfreado das substâncias entorpecentes, sendo o uso desses entorpecentes tratados como qualquer

¹ Segundo o Relatório Internacional Narcotics Control Board, a Convenção Internacional do Ópio foi assinada em Haia, em 23 de janeiro de 1912. A Convenção de 1912, como veio a ser conhecida, pode ser vista como a pedra fundamental do controle internacional de drogas.

outra doença.

Acerca do “modelo sanitário”, Antônio Fernando de Lima Moreira da Silva invoca como especificidade os métodos e aplicações higienistas, em conjunto com as autoridades policiais, jurídicas e sanitárias exercendo funções contínuas,

O viciado era tratado como doente, com técnicas similares às do contágio e infecção da febre amarela e varíola e não era criminalizado, mas objeto de notificações compulsórias para internação com decisão judicial informada com parecer médico. O próprio tráfico se alimentava do desvio da droga de seu fluxo autorizado, feito por boticários, práticos, funcionários da alfândega, etc. O consumo de drogas não era massivo, mas ligado a grupos exóticos, a um universo misterioso, sem significação econômica (SILVA, 2011, *online*).

1.3 DECRETO 20.930/1932

Em meados de 1932, no exercício mandatário de Getúlio Vargas, foi implantado o Decreto nº 20.930, com a peculiaridade de elencar expressamente quais seriam consideradas substância entorpecente. Vejamos, *in verbis*,

Art. 1º. São consideradas substâncias tóxicas de natureza analgésica ou entorpecente, para os efeitos deste decreto e mais leis aplicáveis, as seguintes substâncias e seus sais, congêneres, compostos e derivados, inclusive especialidades farmacêuticas correlatas: I – O ópio bruto e medicinal. II – A morfina. III – A diacetilmorfina ou heroína. IV – A benzoilmorfina. V – A dilandide. VI – A dicodide. VII – A eucodal. VIII – As folhas de coca. IX – A cocaína bruta. X – A cocaína. XI – A ecgonina. XII – A "canabis indica" (BRASIL, 1932, *online*).

Notável que a cruzada em combate as drogas no Brasil tornou uma proporção considerável a partir da edição do Decreto susodito. Em seu artigo 25, deu início à multiplicação dos verbos estabelecidos no tipo penal, havendo a intenção de abarcar o máximo de situações referentes ao tráfico de substâncias psicoativas, como vender, ministrar, dar, trocar, ceder, induzir, ou instigar.

Ademais, ao contrário do Código Penal de 1890 que penalizava apenas o traficante com pena de multa, o Decreto em debate inovou a legislação brasileira incluindo como forma de punição a pena corpórea de um a cinco anos de prisão celular, sem prejuízo da pena de multa, fixada em abstrato de 1:000\$0 a 5:000\$0.

Ressalta-se que a inclusão da pena privativa de liberdade relativa aos transgressores do artigo 25, do Decreto 20.930, se deu quando a prisão se converteu na

principal resposta penal. Acreditava-se que esta seria o meio mais adequado para a “restauração” do delinquente, além da inafiançabilidade do tráfico e da importação irregular de drogas, previsto no artigo 33.

Noutro giro, no que pertine ao usuário, não se teve a criminalização específica ao porte de droga. A legislação não incluiu na tipificação do artigo 26 as questões relacionadas ao consumo, limitando-se a elencar os três núcleos: tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda.

Não era necessário a comprovação da finalidade consumerista da droga para caracterizar o delito em debate, sendo nítida a falta de critérios para distinção de traficantes desde 1932,

Art. 26. Quem for encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substância compreendida no art. 1º, em dose superior, à terapêutica determinada pelo Departamento Nacional de Saúde Pública, e sem expressa prescrição médica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substâncias.

Penas: três a nove meses de prisão celular, e multa de 1:000\$0 a 5:000\$0 (BRASIL, 1932, *online*).

Deve-se salientar o início da preocupação do Estado em relação ao usuário de droga, transparecido pela igualdade dada em relação à pena de multa prevista ao crime de tráfico dos entorpecentes elencados no artigo 1º e seus incisos, com a pena de multa prevista no preceito secundário do art. 26 no referido Decreto.

Acrescenta-se, ainda, as lições de Antônio Fernando de Lima,

A posse ilícita passou a ser criminalizada (art. 26). Foram trazidos ainda vários efeitos severos penais e extrapenais: inafiançabilidade do tráfico; perda do cargo se funcionário público; exclusão e trancamento da matrícula para os estudantes; proibição da concessão do sursis e do livramento condicional; equiparação do crime tentado ao crime consumado; expulsão do estrangeiro do território nacional; reincidência era causa de duplicação da pena aplicada. Para se ter uma ideia do contexto moralista dessa legislação, o art. 36 previa como agravante "a procura da satisfação de prazeres sexuais nos crimes deste decreto (SILVA, 2011, *online*).

Contextualizando com a realidade da sociedade latino-americana, já em meados dos anos cinquenta, as substâncias entorpecentes não eram tratadas como um problema social, quiça como uma calamidade pública. Em verdade, as drogas não tinham a

relevância econômico-político, social e sanitário a qual possui na atualidade, pois o consumo não havia tomado proporções tão alarmantes (OLMO, 1990, p. 29).

Prossegue Rosa Del Olmo,

[...] o consumo de drogas era considerado “patologia” ou “vício”, segundo o caso e o tipo de droga, e o consumidor “vulnerável” aos contatos delinquentes; por isso eram muito escassas, nessa época, as advertências educativas. Havia o temor de que as drogas se tornassem atraentes. Difundia-se seu discurso em termos de “perversão moral” e os consumidores eram considerados “degenerados” ou “criminosos viciados dados a orgias sexuais” porque predominava a associação droga-sexo. Seu controle se limitava à proibição e seu tratamento a penas severas nos famosos hospitais-prisão. Nos Estados Unidos, por exemplo, devido à aprovação em 1956 do *Boggs-Daniel Narcotic Control Act* (Lei de Controle de Narcóticos Boggs-Daniel), que aumentou consideravelmente as condenações à prisão, abordava-se o problema com um critério religioso e a possibilidade de arrependimento porque era “por culpa própria” que se incorria nesta prática. Predominava o *discurso ético-jurídico* e portanto o *estereótipo moral*, que considerava a droga fundamentalmente sinônimo de *periculosidade*, apesar de começar a se impor o *modelo medicosanitário* com as opiniões dos especialistas internacionais (OLMO, 1990, p. 29).

1.4 Lei nº 6.368/1976

No ano de 1973, após inúmeros compromissos firmados em tratados internacionais, o Brasil finalmente elaborou uma legislação que compilava os pressupostos básicos que, em tese, esgotaria o perigo abstrato para a saúde pública.

A chamada Lei de Tóxicos – Lei nº 6.368/76 – estabeleceu que o uso e o tráfico de substâncias ilícitas deveriam ser prevenidos e reprimidos, conceitos que perduram e residem ainda na atualidade.

Iniciava-se, a partir de então, a verdadeira repressão estatal brasileira em desfavor do narcotráfico. O Estado brasileiro voltou-se os olhos para as regiões fronteiriças, principalmente em relação a Amazônia Internacional, em face de sua grande extensão, bem ainda pelo fato da quantidade de estados que fazem fronteira com alguns dos países andinos que operam organizações do tráfico (RODRIGUES, 2002, *online*).

Segue o entendimento Thiago M. S. Rodrigues ao tratar do panorama do tráfico de drogas brasileiro,

[...] ao iniciar-se a década de 1990, um novo panorama no que se refere à geopolítica das drogas na América do Sul se apresenta. A primeira divisão internacional do narcotráfico, consolidada nos anos oitenta conferia às organizações clandestinas do Peru e da Bolívia a função de produtores primário da folha de coca e da pasta base, aos grupos da Colômbia a primazia na transformação da pasta em cocaína e aos bandos criminosos dos países limítrofes a responsabilidade de estabelecer as conexões para que a droga chegasse aos grandes centros consumidores nos Estados Unidos e Europa. Na passagem de um decênio a outro, a configuração do tráfico de drogas muda sensivelmente, principalmente quanto à posição do Brasil no cenário da produção e consumo ilegais de psicoativos. As extensas fronteiras brasileiras com os países andinos e os pouco vigiados portos nacionais continuam operando nas redes de tráfico para os países do norte, todavia, um novo ciclo para o tráfico de drogas no Brasil emerge, conjugando proliferação de grupos narcotraficantes, ampliação da simbiose entre Estado e crime organizado, aumento da violência nas cidades e no campo e o aparelhamento estatal supostamente voltado ao combate às drogas (RODRIGUES, 2002, *online*).

Com a vigência desta Lei, conseqüentemente teve-se a revogação tácita do artigo 281 do Código Penal, alterando diversas disposições, conforme cita Antônio Fernando de Lima Moreira da Silva,

Em 1976 entra em vigor a Lei 6.368/76, que revogou o art. 281 do Código Penal, marcando a completa descodificação da matéria e instaurou no Brasil “modelo inédito de controle, acompanhando as orientações político-criminais dos países centrais refletidas nos tratados e convenções internacionais”. As condutas criminalizadas não diferiram, havendo apenas aumento das penas. Permaneceu o dever jurídico do art. 1º da lei anterior, mas a palavra combate foi substituída pela expressão “prevenção e repressão”. Alunos já não teriam as matrículas trancadas, diretores não eram obrigados a delatar. Mantida a cláusula de inimizabilidade para adictos consoante a lei anterior (SILVA, 2011, *online*).

1.4.1 LEI Nº 6.368/76 E AS NORMAS PENAIS EM BRANCO

Os artigos 12 e 16 da Lei de Tóxicos em comento trazem as chamadas normas penais em branco, que são, nos dizeres de Paulo Queiroz (2003, *online*), são normas penais incriminadoras que, “embora cominem a sanção penal respectiva, seu preceito, porém, porque incompleto, depende de complementação (expressa ou tácita) por outra norma, geralmente de nível inferior, de modo a precisar-lhe o significado e conteúdo exatos”.

Na presente hipótese, trata-se de norma penal em branco em sentido estrito, uma vez que o complemento está contido em norma procedente da instância administrativa.

Observe-se que o próprio artigo 36, da Lei de Tóxicos de 1976, considera como substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo serviço nacional de fiscalização da medicina e farmácia do ministério da saúde.

Importante ainda observar que, antes do advento do art. 36 da referida lei, considerava-se integrado o delito mesmo sem a existência de relacionamento administrativo da droga, bastando para tal que a substância entorpecente produzisse ou fosse apta a produzir dependência física ou psíquica. Tal interpretação acabava por resultar em um combate mais efetivo em relação à psicofarmacologia clandestina, pois o surgimento de novas substâncias entorpecentes, mesmo que ainda não relacionadas nas normas legais, acabaria por configurar o crime, desde que causasse dependência física e/ou psíquica.

1.5 LEI 11.343/2006

A Lei 11.343/06 veio em substituição a duas Leis que vigoravam no que tange ao tratamento da matéria: a Lei nº 6.368/76, e posteriormente no ano 2000, surgiu uma nova Lei tratando do procedimento relacionado à Lei de Drogas, havendo uma junção jurídica. A primeira Lei tratava-se dos aspectos penais e a Lei posterior falava das disposições procedimentais, havendo uma vigência conjunta das referidas Leis, o que gerava uma série de problemas, tanto em termos práticos, quanto exacerbadas discussões doutrinárias.

O primeiro aspecto a ser destacado acerca da nova lei de drogas, diz respeito a uma mudança de mentalidade. O bem jurídico-penal tutelado atualmente é a saúde pública, na qual pode ser conceituada como a junção das várias saúdes individuais, ou seja, o legislador na Lei nº 11.343/06 optou por resguardar a saúde da coletividade, objetivando efetivamente tutelar a saúde da população de modo geral, não só daqueles que são usuários de drogas que estão submetidos a esse mundo, mas da coletividade em geral, em consonância com o entendimento Ricardo Antônio Andreucci (2010, p. 207) ao afirmar que “objetividade jurídica é a tutela da saúde pública, secundariamente, a vida e a saúde de cada cidadão”.

Nessa esteira esclarece Fernando Capez,

Objeto jurídico desse crime é a saúde pública, e não o viciado. A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal. Dessa maneira, o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a consequente disseminação (CAPEZ, 2012, p. 756).

Na mesma linha, ressalta-se a visão do professor Renato Brasileiro de Lima,

Trata-se de crime contra a saúde pública. Em termos genéricos, o bem jurídico “saúde pública” tem base constitucional expressa prevista no art. 196 e seguintes da Carta Magna, em que se reconhece a 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” (LIMA, 2014, p. 689).

Os crimes dispostos na Lei de Drogas estão entre os artigos 27 e 47, por óbvio, nesses vinte artigos, não há a criminalização de vinte condutas, existem artigos também tratando de aspectos gerais relacionados a esses crimes. Como regra, os crimes dispostos na Lei de Drogas são crimes comuns, ou seja, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo da conduta.

No que pertine a ser crime comum, necessário ressaltar que essa posição refere-se a regra da Lei de Drogas. Da mesma forma, há exceções pontuais, como por exemplo o artigo 38, da Lei de Drogas, que tipifica como crime “prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, fazendo menção a uma modalidade de crime próprio, por que é necessário que a pessoa tenha prerrogativas de ministrar determinadas substâncias a outras, podendo ser exemplificado pelos profissionais como o médico, o dentista, o psicólogo.

Dessa forma, ainda em análise ao artigo 38 do referido diploma, apenas os profissionais da área da saúde, no exercício de suas funções poderá ministrar determinadas substâncias.

A Lei 11.343/06 veio foi editada com a incumbência de dar um tratamento mais moderno para a questão do combate às drogas. O artigo 28 da Lei de Drogas está dentro do título que trata da política de proibição do uso da droga. A referida Lei é dividida em

duas partes bem distintas, quais sejam, políticas de prevenção e repressão ao uso da droga.

As disposições elencadas no artigo 28 está na cota que trata da prevenção, diferente da forma como era tratada na Lei 6.368/73, em que se tinha todos os crimes concentrados em um só capítulo. Não se fazia diferença entre crimes relacionadas à prevenção e repressão, sendo possível verificar em análise aos artigos 12, em relação ao tráfico de drogas e no artigo 16, em relação ao porte de drogas para o consumo pessoal.

Posto isso, é possível verificar, de plano, a diferença de tratamento que dispensa o legislador ao usuário da droga. No que toca à matéria, a Lei 11.343/06 tem uma figura quase idêntica do artigo 16 da Lei 6.368/73, tendo por diferença apenas as sanções estabelecidas.

Dentre os diversos tipos de prevenção, destacam-se a prevenção primária, que objetiva evitar que o uso de drogas se instale ou retardar o seu início, e a prevenção universal, sendo aquelas destinadas à coletividade em geral.

Nesse sentido, leciona Dartiu Xavier da Silveira,

A prevenção primária e a prevenção universal também são importantes, pois desfocaliza-se a questão da droga e passa-se a focalizar qualidade de vida. O paradigma das reduções de danos propõe objetivos intermediários e escalonados e o foco no indivíduo, na qualidade de vida, no estilo de vida saudável, ou seja, na promoção de saúde (SILVEIRA, 2013, p. 77).

2 ESPECIFICIDADES DOS USUÁRIOS E TRAFICANTES DE DROGAS DEFRENTE A ATUAL LEI DE DROGAS

2.1 CONCEITO DE DROGAS

A lei nº 11.343/06 não faz menção ao conceito drogas ou quais substâncias são consideradas drogas, com vistas à aplicação das disposições da referida. Dessa forma, o conceito de droga não será extraído da Lei nº 11.343/06, porém será extraído da portaria nº 344 da ANVISA, ou seja, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária é quem vai indicar quais substâncias serão consideradas drogas.

Estamos diante de evidente caso de lei penal em branco. Em nosso ordenamento jurídico temos três modalidades clássicas de normas penais em branco, quais sejam: as homogêneas e heterogêneas.

A norma penal em branco homogênea é aquela que cuja sua complementação se dá por uma norma da mesma hierarquia, por exemplo: uma norma penal que é lei ordinária será complementada por uma outra lei ordinária.

Nesse viés, descreve Renato Brasileiro Lima,

Seu complemento é oriundo da mesma fonte legislativa que editou a norma cujo preceito primário precisa ser complementado. É o que ocorre, a título de exemplo, com o crime do art. 237 do Código Penal ("Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta"), já que as causas de impedimento de casamento previstas no art. 152 1, incisos I a VII, do Código Civil, provêm da mesma fonte de produção responsável pela elaboração do Código Penal, ou seja, pelo Congresso Nacional. Essas normas penais em branco homogêneas, por sua vez, subdividem-se em: a.1) homovitelina: são aquelas cuja norma complementar é do mesmo ramo do direito que a principal, ou seja, a lei penal será complementada por outra lei penal (ex: o preceito primário do crime de uso de documento falso previsto no art. 304 do CP é complementado pelos arts. 297 a 302, que se referem aos papéis falsificados ou alterados que podem ser objeto de uso); e a.2) heterovitelina: têm suas respectivas normas complementares oriundas de outro ramo do direito (v.g., o art. 178 do CP, que trata do crime de emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*, é complementado pelas normas comerciais que disciplinam esse título de crédito) (LIMA, 2014, p. 684).

Norma penal heterogênea é aquela cuja complementação corre por uma norma de hierarquia distinta, leciona Capez (2012, p. 839) que se trata de "dispositivos em que a descrição da conduta é completada por norma infralegal". Supondo que temos uma norma penal em forma de lei ordinária e a complementação se dê por uma portaria, uma norma

administrativa. Portanto há uma distinção entre essas normas.

Os crimes dispostos na Lei de Drogas são modalidade penais, em conformidade com as definições de normais penais em branco, é possível classificar os dispostos criminais da Lei de Drogas como normas penais em branco heterogêneas, posto que a Lei 11.343/06 tem natureza de Lei Ordinária e a complementação, quanto às substâncias consideradas drogas, ocorre por uma portaria administrativa da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, portanto hierarquicamente há distinção estas. Assim orienta Lima (2014, p. 685) que é exatamente “o que ocorre com os crimes de drogas, vez que o complemento necessário é produzido por uma autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde (ANVISA), logo, ligada ao Poder Executivo (v.g., art. 33 da Lei nº 11.343/06 e Portaria nº 344 da ANVISA).

2.2 USUÁRIO DE DROGAS

O artigo 28, da Lei nº 11.343/06, apesar da classificação, apresenta uma série de peculiaridade. O primeiro ponto diz respeito ao *caput* do referido artigo:

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

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006, *online*).

O *caput* em análise faz menção aos verbos núcleos do tipo, as circunstâncias relativas à conduta, portanto preceito penal primário e os três incisos que fazem menção ao preceito penal secundário, quais sejam, as modalidades de pena.

2.2.1 NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 28 DA NOVA LEI DE DROGAS

A partir do momento em que a nova Lei de Drogas deixou de prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, surgiu intensa controvérsia acerca da natureza jurídica do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Basicamente, há 3

(três) posições distintas.

2.2.2 DESCRIMINALIZAÇÃO FORMAL E TRANSFORMAÇÃO EM INFRAÇÃO *SUI GENERIS*

Considerando que a Lei de Introdução ao Código Penal classifica como crime a infração penal punida com pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal a infração apenada com prisão simples e multa (Decreto-Lei nº 3.914/41, art. 1º), teria havido descriminalização formal da conduta de porte de drogas para consumo pessoal.

É nesse sentido o entendimento de Gomes (2013, p. 111), ao aduzir que o porte de drogas para consumo pessoal não mais pode ser considerado como "crime", passando a funcionar como uma infração penal *sui generis* de menor potencial ofensivo.

2.2.3 DESCRIMINALIZAÇÃO SUBSTANCIAL E TRANSFORMAÇÃO EM INFRAÇÃO DO DIREITO JUDICIAL SANCIONADOR

Sob o argumento de que teria havido descriminalização substancial, ou seja, *abolitio criminis*, Bianchini (2013, p. 117) entende que o art. 28 da Lei de Drogas não mais pertence ao Direito Penal, funcionando, na verdade, como uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, em questão de ordem, no ano de 2007, tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence:

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 *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.

(RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, 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)

A ementa acima descrita é citada nos estudos de Luiz Flávio Gomes, ressaltando o que já foi exposto no tópico anterior,

O Ministro Sepúlveda Pertence, no seu longo e sempre respeitável voto, sintetizou nossa posição sobre o assunto. Para nós o art. 28 pertence ao direito penal, mas não constitui "crime", sim, uma infração penal *sui generis*. Houve descriminalização formal e ao mesmo tempo despenalização, mas não *abolitio criminis*. Em outras palavras, a conduta do usuário continua sendo penalmente punível. Tem implicações penais e não revogou o art. 16 da antiga Lei de Tóxicos. Mas tratar o usuário, depois do novo contexto legislativo advindo com a Lei 11.343/2006, como "criminoso", como "tóxico-delinquente", não nos parece o melhor caminho. A pecha de "criminoso" ao usuário de drogas significa um grave retrocesso, enorme distanciamento da política europeia de redução de danos e não coopera, em absolutamente nada, para seu processo de recuperação ou de reinserção social (GOMES, 2010, p. 219).

2.2.4 DESPENALIZAÇÃO E MANUTENÇÃO DO STATUS DE CRIME

Despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta, dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, pelo menos, sua redução. É exatamente isso que ocorreu com o advento da Lei nº 11.343/06, que afastou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Ora, o fato de o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção não impede que o legislador ordinário adote outros critérios gerais de distinção, ou até mesmo estabeleça para determinado crime como o fez o art. 28 da Lei nº 11.343/06 pena diversa da privativa de liberdade, a qual é apenas uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (LIMA, 2014, p. 688).

Com efeito, de acordo com o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a Como se percebe, o próprio constituinte originário outorga ao legislador a possibilidade de, por ocasião da fase legislativa de individualização da pena, não apenas aplicar as penas ressalvadas no texto constitucional, como também criar outras penas ali não indicadas expressamente.

Afinal, a expressão entre outras constantes do referido dispositivo constitucional demonstra que o rol de penas aí previsto é meramente exemplificativo. Portanto, se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de se interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. De mais a mais, não se pode perder de vista que as infrações relativas ao usuário de drogas foram incluídas pela Lei nº 1 1.343/06 em um Capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas" (Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30).

Nesse diapasão aduz 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 às 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 XXI. No sentido de que não houve *abolitio criminis*, mas apenas “despenalização”, já decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sob os seguintes argumentos: “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 desprezo 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). 5. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 6. 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” (CAPEZ, 2012, p. 764).

Se o Plenário do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 113.645², rejeitou a tese de *abolitio criminis* ou de infração penal *sui generis*, para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado, não há ilegalidade na utilização de anterior sentença condenatória irrecorrível pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal para aplicação da agravante genérica da reincidência, nos termos dos arts. 63 e 64 do Código Penal.

Na mesma linha, se trata de crime, o flagrante de porte de drogas para consumo pessoal também caracteriza falta grave, nos termos do art. 52 da Lei de Execução Penal, conforme dispõe a ementa do HC 201.083/DF³.

2.2.5 CONDUTAS TÍPICAS

O art. 28 da Lei de Drogas incrimina as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo. Cuida-se de tipo misto alternativo. Logo, mesmo que o agente pratique, em um mesmo contexto fático, mais de uma ação típica, responderá por crime único, haja vista o princípio da alternatividade, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos efetivamente praticados ser levada em consideração pelo juiz por ocasião da fixação da pena. Pouco importa que o autor tenha adquirido determinada substância entorpecente para consumo pessoal, transportado-a para determinado lugar onde foi mantida em depósito para uso posterior. Terá praticado um crime único, por força da incidência do princípio da alternatividade. Entretanto, inexistindo uma proximidade comportamental entre as várias condutas, haverá concurso de crimes (material ou mesmo continuado).

São 5 (cinco) as condutas típicas do art. 28, a saber:

² STJ, 5ª Turma, HC 113.645/RJ, Rei. Min. Laurita Vaz, j. 19/10/2010, DJe 22/11/2010.

³ 6ª Turma, HC 201.083/DF, Rei. M i n. Vasco Della Giustina.

2.2.5.1 ADQUIRIR

Segundo Capez (2012, p. 756) “é obter mediante troca, compra ou a título gratuito”. 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.

2.2.5.2 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. Preceitua Capez (2012, p. 756) que “é a retenção da droga em nome e à disposição de outra pessoa, isto é, consiste em manter a droga para um terceiro. Quem guarda, guarda para alguém”.

2.2.5.3 TRAZER CONSIGO

Trata-se de crime permanente. Complementa Capez (2012; p. 756) que “é levar a droga junto a si, sem o auxílio de algum meio de locomoção. É o caso do agente que traz a droga em bolsa, pacote, nos bolsos, em mala ou no próprio corpo”.

2.2.5.4 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.

2.2.5.5 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". Também se trata de crime permanente.

Leciona Fernando Capez:

Pressupõe o emprego de algum meio de transporte, pois, se a droga for levada junto ao agente, a conduta será a de "trazer consigo". Trata-se de delito instantâneo, que se consuma no momento em que o agente leva a droga por um meio de locomoção qualquer. Essa figura típica também foi introduzida pela nova Lei (CAPEZ, 2012, p. 756).

2.2.6 PENAS A SEREM APLICADAS AO PORTE DE DROGAS PARA CONSUME PESSOAL

Certo que tais sanções poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Logo, atento à natureza e quantidade da substância ou do produto, à personalidade e à conduta social do agente, critérios preponderantes para a fixação das penas (Lei nº 11.343/06, art. 42), sem prejuízo da utilização subsidiária do quanto disposto no art. 59 do CP, deverá o magistrado aplicar tais medidas de maneira isolada ou cumulativa.

Se o magistrado entender que a pena imposta inicialmente acabou se revelando inadequada para a reprovação e prevenção do crime, pode alterar a espécie de sanção a qualquer tempo, logicamente desde que enquanto não extinta a pena em virtude do seu cumprimento ou da prescrição. Nesse sentido, o art. 27 da Lei de Drogas é claro ao dispor que tais penas podem ser substituídas a qualquer tempo, hipótese em que é obrigatória a oitiva do Ministério Público e do defensor.

2.2.6.1 ADVERTÊNCIA SOBRE OS EFEITOS DAS DROGAS

Inovando em relação à sistemática anterior, o art. 28, inciso I, passou a prever, dentre as penas a serem aplicadas ao porte de drogas para consumo pessoal, a

advertência sobre os efeitos das drogas.

Não obstante o silêncio do legislador, esta pena deve ser compreendida como uma espécie de esclarecimento a ser feito pelo magistrado ao agente quanto às consequências maléficas que o uso de drogas pode causar, não apenas a sua própria saúde, como também à saúde pública.

Nessa senda esclarece Ricardo Antônio Andreucci:

Cuida-se de nova modalidade de sanção não privativa de liberdade, sem precedentes na legislação penal pátria. Tem a advertência natureza jurídica de pena, podendo gerar, inclusive, reincidência. O juiz devera aplicá-la na própria audiência preliminar, já que o rito processual, nestes casos, segue o disposto nos arts. 60 e seguintes da Lei n. 9.099/95, conforme determina o art. 48 da nova lei. Na audiência preliminar, havendo a proposta de transação pelo Ministério Público, consistente em advertência sobre os efeitos da droga, aceita pela defesa, devera o juiz censurar levemente o autor do fato, esclarecendo-o sobre os efeitos nocivos da droga (não somente para ele próprio, mas também para toda a sociedade), de tudo lavrando-se termo, que devera ser subscrito pelos presentes (juiz, promotor de justiça, autor do fato e defensor). Caso não seja aplicada em audiência preliminar, deve o juiz designar audiência para tal fim, nos moldes da audiência admonitória da suspensão condicional da pena (ANDREUCCI, 2010, p. 208).

Esta advertência deve ser feita pelo próprio magistrado, e não através da simples assinatura de um papel em cartório em um "termo de advertência". Para tanto, incumbe ao juiz determinar a notificação do acusado para comparecer a uma audiência admonitória. A advertência deve ser feita de maneira enfática e direta, mas jamais de modo a humilhar o agente.

É perfeitamente possível o uso de recursos como imagens e números com o objetivo de persuadir o agente acerca dos diversos males causados pelo consumo de drogas, assim como advertência de que, no caso de reincidência, as sanções de prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou cursos educativos poderão ser aplicadas pelo dobro do prazo normal. De mais a mais, consoante disposto no Enunciado nº 83 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), "ao ser aplicada a pena de advertência, prevista no art. 28, 1, da Lei nº 1 1.343/06, sempre que possível deverá o juiz se fazer acompanhar de profissional habilitado na questão sobre drogas" (XX Encontro – São Paulo/SP).

2.2.6.2 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

A Lei de Drogas também prevê a possibilidade de aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade. Esta pena deve ser cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas (FERREIRA, 2009, p. 14).

Acresce-se a definição exposta acima, o posicionamento acertado de Ricardo Antônio Andreucci:

Na sistemática da nova Lei de Drogas, a prestação de serviços à comunidade foi erigida a categoria de pena principal, perdendo seu caráter substitutivo que lhe é imposto pelo Código Penal. Pode ser aplicada em audiência preliminar, nos moldes dos comentários ao item acima. Essa pena terá o prazo máximo de 5 meses, devendo ser gratuita e seguir as regras do art. 46, § 3º, do Código Penal, sendo atribuída conforme as aptidões do autor do fato e cumprida a razão de uma hora de tarefa por dia da semana, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. Na nova Lei de Drogas, a prestação de serviços a comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados, sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas (art. 28, § 5º). Em caso de não cumprimento, a prestação de serviços a comunidade poderá ser substituída por admoestação verbal ou multa (ANDREUCCI, 2010, p. 208).

Como se percebe, a prioridade recai sobre entidades que se ocupem preferencialmente da prevenção do consumo de drogas. Na hipótese de não haver semelhante entidade na comarca, é perfeitamente possível que a medida seja cumprida em qualquer outra, mesmo que não cuide da recuperação usuários e dependentes de drogas.

2.2.6.3 MEDIDA EDUCATIVA DE COMPARECIMENTO A PROGRAMA OU CURSO EDUCATIVO

A última pena a que se refere o art. 28 da Lei de Drogas é a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Cuida-se de espécie de pena restritiva de direitos por força da qual o acusado tem a obrigação de comparecer a determinados programas onde receberá orientação de profissionais de diversas áreas do conhecimento

humano. A despeito do silêncio da Lei de Drogas, parece-nos que o programa não precisa ter como tema exclusivo os malefícios causados pelo uso de drogas, sob pena de se confundir com a própria pena de advertência sobre os efeitos das drogas. É perfeitamente possível que esses programas estejam relacionados a cursos de especialização profissional, cuja frequência pode contribuir para uma possível reinserção social do usuário de drogas, já que o exercício de uma atividade laborativa é importante instrumento de combate à vulnerabilidade decorrente do uso indiscriminado de drogas.

Ricardo Antônio Andreucci aduz sobre o tema,

Essa modalidade de sanção também é novidade no nosso sistema jurídico penal, tendo sido instituída pela nova Lei de Drogas como medida educativa. É considerada pena e gera reincidência. Tem duração máxima de 5 meses (art. 28, § 3º). Essa medida também poderá ser determinada em audiência preliminar, nos moldes do item acima, sobre a advertência. Em caso de não cumprimento, essa medida educativa poderá ser substituída por admoestação verbal ou multa (ANDREUCCI, 2010, p. 208).

2.3 TRAFICANTE DE DROGAS

Segundo Luiz Flávio Gomes (2010, p. 252) “os vários núcleos verbais fazem do tráfico crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado). Nessa esteira, para melhor compreensão da temática, necessário trazer à baila a tipificação estampada a Lei de Drogas, em seu artigo 33”.

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de droga

II – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de droga

III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2o Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3o Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, 2006, p. 1.479).

Necessário pontuar que, em razão do delito de tráfico de drogas ser equiparado a crime hediondo⁴, a consumação do art. 33 é incompatível com a concessão de fiança⁵ em virtude da vedação da Lei 8.072/90.

Noutro giro, erroneamente ainda há o entendimento de que para a configuração do crime de tráfico de drogas é necessário que haja o objetivo de lucro. Não necessariamente para a caracterização do crime de tráfico de drogas é necessário o objetivo de lucro, havendo determinados verbos dispostos no art. 33 são compatíveis com a gratuidade, a exemplo o verbo “entregar a consumo”, “fornecer”.

Vejamos os dezoito verbos distintos:

2.3.1 IMPORTAR

É proporcionar o ingresso irregular da droga no território nacional, consumando-se no momento em que a substância entra, indevidamente, no território brasileiro, seja por via aérea, terrestre ou marítima. Quando o agente é surpreendido na alfândega de um aeroporto nacional, após chegar do exterior, o crime já está consumado, pois se trata de território nacional.

4 No magistério de Sérgio Ronaldo Sace Bautzer do Santos Filho, este leciona com o respaldo da Constituição Federal de 1988. Dispõe o art. 5º, XLIII da Carta Magna, “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Ao dispor sobre os crimes hediondos e equiparados na Constituição de 1988, o legislador originário determinou que tais delitos tivessem um tratamento mais rigoroso que os demais. Além do comando a ser seguido, a Lei Fundamental também determinou que os crimes de tráfico de drogas, terrorismo e tortura recebessem o mesmo tratamento rigoroso dado aos crimes hediondos. Assim, tais delitos foram considerados como equiparados ou assemelhados aos hediondos.

5 Continua Sérgio Bautzer, é a garantia prestada pelo indiciado ou réu preso para que responda ao inquérito ou ao processo-crime em liberdade. Pode-se falar que a fiança tem duas finalidades que são: a) é a de substituir a prisão, isto é, o preso obtém sua liberdade mediante o recolhimento de determinada garantia, que pode ser em bens ou dinheiro; b) no caso de o acusado ser condenado, a fiança proporcionará a reparação do dano, a satisfação da multa e as custas processuais.

Fernando Capez (2012, p. 774) ressalta que “o crime de contrabando⁶ (art. 334-A do CP) é absorvido pelo delito do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nas modalidades importar e exportar, em face do princípio da especialidade (o art. 33 é especial em relação ao contrabando)”.

Apesar de difícil configuração fática, a tentativa é possível (por exemplo importação pela via terrestre).

2.3.2 EXPORTAR

Significa levar para fora do Brasil. Consuma-se o crime quando a droga sai do território nacional.

Complementa-se ainda com os ensinamentos de Fernando Capez,

O objetivo ao proibir a exportação foi o de impedir a difusão de drogas em outros países, de acordo com tratados internacionais, como a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, ratificada pelo Congresso Nacional, promulgada no Brasil em 1964 e regulamentada pela Portaria n. 8/67. A exportação, assim como a importação, é crime de perigo abstrato, presumindo-se o dano para a comunidade internacional. A lei só pune a exportação clandestina e irregular da droga, uma vez que é permitida a exportação de drogas com finalidade científica ou terapêutica (CAPEZ, 2012, p. 774).

Na prática, se o agente exporta substância entorpecente, é provável que já tenha incorrido em outra modalidade típica do art. 33 (transportar, guardar, trazer consigo, etc.), o que significa dizer que o crime já estaria consumado.

2.3.3 REMETER

Significa mandar, entregar, enviar, encaminhar, expedir, desde que dentro do País (caso contrário, será importação ou exportação).

Essa remessa pode ser feita por qualquer meio, seja pelos correios, seja por intermédio de terceira pessoa. Há certa controvérsia acerca do momento exato da consumação desse delito.

⁶ Segundo CAPEZ (2012, p. 744) contrabando é fazer entrar ou sair do território nacional qualquer mercadoria proibida, referindo-se, portanto, a uma generalidade de produtos; se, no entanto, o produto proibido for especificamente droga, a norma especial prevalece.

No magistério de Renato Brasileiro de Lima, este ressalta que há quem entenda que o crime só estará consumado quando o destinatário receber a droga, daí por que haveria simples tentativa quando a droga é apreendida ainda nos correios. Todavia, como o verbo utilizado é "remeter", prevalece o entendimento de que o delito se consuma no exato momento em que o agente se despe da posse da droga, enviando-a a um terceiro (LIMA, 2014, p. 724).

2.3.4 PREPARAR

Significa obter algo por meio da composição ou decomposição de elementos. Capez (2010, p. 776). esclarece que “Distingue-se do ‘preparar’ porque este verbo pressupõe a existência de componentes que são postos em circunstância a servir de entorpecente, ao passo que o ‘produzir’ envolve maior atividade criativa (indústria extrativa)”.

2.3.5 PRODUZIR

Significa dar origem a algo antes inexistente. Para alguns, o verbo produzir guarda relação com uma atividade extrativa da natureza (plantar, colher).

2.3.6 FABRICAR

Consiste na produção em grande escala, por meio de equipamentos e maquinário próprio.

2.3.7 ADQUIRIR

É a obtenção da propriedade de alguma coisa, de maneira gratuita ou onerosa. 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 pagamento do valor acordado.

2.3.8 VENDER

Significa alienar mediante contraprestação. Essa contraprestação não necessariamente precisa ser dinheiro, podendo restar caracterizada pela entrega de outro objeto de valor econômico. Nos mesmos moldes que a modalidade "adquirir", a consumação dessa conduta independe da tradição da droga e do recebimento do preço. Basta, na verdade, o acordo de vontades.

2.3.9 EXPOR À VENDA

Consiste em apresentar, colocar à mostra para fins de alienação. Em linhas mais detalhadas define Fernando Capez,

É exibir a droga a possíveis compradores, com a finalidade de venda. Felizmente, o legislador previu a conduta como crime autônomo, de modo que quem expõe à venda a substância entorpecente pratica tráfico de drogas. Trata-se de conduta permanente: enquanto a droga estiver exposta para a venda, o agente pode ser preso em flagrante. Não se exige habitualidade (CAPEZ, 2010, p. 776).

2.3.10 OFERECER

Significa ofertar como presente, sem a intenção de venda, geralmente de forma gratuita.

2.3.11 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.

2.3.12 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".

2.3.13 TRAZER CONSIGO

Transportar junto ao corpo (na bolsa, no bolso da calça, etc.) ou em seu interior (cápsulas de cocaína ingeridas pela chamada "mula").

2.3.14 GUARDAR

Tomar conta da droga, protegendo, tendo-a sob vigilância, geralmente por meio de ocultação.

2.3.15 PRESCREVER

Significa receitar, indicar. Trata-se de crime próprio⁷, pois quem pode prescrever é apenas médico e dentista. Ao contrário do crime do art. 38 da Lei de Drogas, punido a título culposo, a modalidade "prescrever" constante do art. 33 é punida exclusivamente a título de dolo.

2.3.16 MINISTRAR

É introduzir no organismo de alguém substância entorpecente, por qualquer meio. Não se trata de crime próprio, já que, diversamente da modalidade "prescrever", qualquer pessoa pode introduzir a droga no organismo humano.

Essa modalidade do art. 33 é consumada exclusivamente a título doloso. Logo, se a conduta for praticada culposamente, o crime será o do art. 38 da Lei nº 11.343/06.

2.3.17 ENTREGAR A CONSUMO

⁷ Segundo a pesquisadora Áurea Maria Ferraz de Sousa crime próprio ou especial é aquele que exige determinada qualidade ou condição especial do agente, motivo por que somente determinadas pessoas podem cometê-los. Em se tratando de crimes próprios, admite-se a participação de um terceiro, que não ostente a qualidade ou condição especial exigida no tipo.

Norma de encerramento que visa abarcar toda e qualquer conduta relacionada à traficância que não possa ser enquadrada nas modalidades anteriores, diferenciando-se do fornecimento por consistir em tradição da droga a terceiro praticada de maneira isolada, única, esporádica.

Nessa esteira, Fernando Capez complementa com referência à legislação anterior,

Na redação do revogado art. 12, a entrega a consumo constituía fórmula genérica no final do dispositivo (“quem entregar de qualquer forma a consumo”), a qual abrangia eventual comportamento que porventura tivesse sido esquecido pelo legislador. Dessa forma, quem entregasse de qualquer maneira a droga ao consumo cometia também tráfico de drogas, do mesmo modo que aquele que vendia, fornecia, oferecia etc. A atual redação do art. 33 apenas fez menção à entrega a consumo, ainda que gratuita (CAPEZ, 2012, p. 777).

2.3.18 FORNECER

Significa prover, entregar, abastecer, distinguindo-se da entrega a consumo por trazer ínsita a ideia de continuidade no tempo, ou seja, de uma tradição contínua durante certo período. Geralmente, esta modalidade é utilizada como forma de captação de clientela. Não se confunde com a figura típica do art. 33, § 3º⁸, porquanto nesta a droga é oferecida eventualmente e sem objetivo de lucro a pessoa do relacionamento do agente para juntos a consumirem.

2.4 PENAS A SEREM APLICADAS AO TRAFICANTE DE DROGAS

Na vigência da Lei nº 6.368/76, a pena prevista para o crime de tráfico de substância entorpecente do art. 12 era de reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Com o advento da Lei nº 11.343/06, a sanção penal cominada ao crime do art. 33 foi sensivelmente aumentada: reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias multa.

⁸ Art. 33, § 3º, Lei nº 11.343/06: Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Discorre Renato Brasileiro Lima (2014, p. 730-731) que por se tratar de *lex gravior*⁹, vez que houve o aumento do máximo da pena cominado ao referido delito, sua incidência deve recair apenas em relação aos crimes de tráfico de drogas cometidos a partir da vigência da Lei nº 11.343/06, que se deu em data de 8 de outubro de 2006, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa.

2.5 ATUALIZAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DA LEI DE DROGAS

2.5.1 DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO CUMPRIMENTO DE PENA INTEGRALMENTE NO REGIME FECHADO

A lei de Drogas – Lei 11.343/06 –, entrou em vigor quarenta e cinco dias depois de sua publicação. Originalmente, a Lei em debate possuía uma série de restrições para o traficante de drogas. Com o passar do tempo, algumas dessas restrições sofreram modificações.

A primeira modificação a ser tratada, diz respeito à derrubada do regime integral fechado, decidida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Contextualizando o tema, necessário invocar as formas de controle de constitucionalidade previstas na Constituição Federal de 1988 (CF/88). Em linhas gerais, temos em nosso ordenamento jurídico dois tipos de controle de constitucionalidade: o controle de constitucionalidade difuso, ou seja, espalhado, em que todos os juízes do Brasil podem fazer, tendo por característica a eventual decisão ser válida apenas para o caso concreto; já o controle concentrado de constitucionalidade, é materializado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), e somente o Supremo Tribunal Federal pode decidir uma ADIN, tendo por característica a eventual decisão vincular as disposições do ordenamento jurídico.

A Lei dos crimes hediondos de 1990, quando foi sancionada, trazia em seu bojo que todos os condenados por crimes hediondo e equiparados, e nos equiparados tem-se o tráfico de drogas, cumprirão sua pena em regime integral fechado, ou seja, era insuscetível de liberdade provisória. Em 2006, com a nova Lei de Drogas, nada disso foi alterado. Porém, o Supremo Tribunal Federal derrubo a proibição de progressão de regime de penas para os crimes hediondos e equiparados, ou seja, as regras de regime

⁹ Segundo Irving Marc Shikasho Nagima (2013, *online*), entende-se por *novatio legis in pejus*, também chamada de *lex gravior*, a lei posterior que, de qualquer modo, agrava a situação do agente.

de cumprimento de penas, são as mesmas estabelecidas pelo Código Penal. Pela relevância, trago à baila a ementa do *habeas corpus* (HC) 82959, STF,

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

(STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510)

2.5.2 ALTERAÇÃO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS COM A VIGÊNCIA DA LEI 11.464/2007

Segundo ponto, já em 2007, a Lei 11.464/07 modificou a redação da Lei dos crimes hediondos, onde retirou-se do inciso II, do artigo 2º, a vedação de liberdade provisória para o traficante. Ou seja, se o traficante for preso em flagrante praticando um dos verbos do artigo 33, da Lei 11.343/06, este poderia ser agraciado com a concessão da liberdade provisória à luz da Lei de Crimes Hediondos.

2.5.3 DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA EXPRESSÃO “VEDADA A CONVERSÃO EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS”, CONTIDA NO § 4º DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06

A terceira grande modificação é em relação à possibilidade de cabimento de penas restritivas de direito para o traficante, quando preenchido os requisitos do artigo 44, do Código Penal. Em julgamento ao HC 97.256, o Supremo Tribunal Federal retirou da Lei a expressão “vedada a conversão em pena restritiva de direitos”.

Dessa forma proferiu o Supremo Tribunal Federal,

Vistos, etc. Trata-se de habeas corpus, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão cuja é a seguinte: 'PENAL ' HABEAS CORPUS ' TRÁFICO DE DROGAS ' CRIME

PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.343/2006 ' REDUÇÃO MÍNIMA DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 ' AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ' EXAME FAVORÁVEL DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ' AGENTE PRIMÁRIO E POSSUIDOR DE BONS ANTECEDENTES ' REDUÇÃO MÁXIMA ' SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EXPRESSAMENTE PROIBIDA ' ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.1. Se o legislador da Lei 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas.2. Reconhecidos em favor do paciente os requisitos legais da causa especial de aumento, sendo-lhe favorável o exame de todas as circunstâncias judiciais, além de que pouca droga foi encontrada sob sua responsabilidade e o laudo se refere apenas à cocaína, afastada a diversidade da substância, ainda que apresentada de formas diferentes, a redução da pena pela minorante prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 deve ser realizada no patamar máximo.3. A Lei Antidrogas proíbe expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pelo tráfico de drogas, não se tratando de norma inconstitucional, porquanto não contraria a Carta Magna, mas visa punir com maior severidade os autores desse crime hediondo.4. Admite-se, tão-só, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando se tratar de crime cometido sob a égide da Lei 6368/76, pois até então a restrição só alcançava os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, não se podendo ampliar o leque de restrição então estabelecido naquela oportunidade.5. Ordem parcialmente concedida para elevar o quantitativo de diminuição em virtude da minorante específica.' 2. Pois bem, a Defensoria Pública da União, impetrante, sustenta a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006. O que faz sob a alegação de que a vedação, no caso de tráfico de entorpecente, da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ofende a garantia da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal). Daí o pedido de medida liminar, formulado para suspender, até o julgamento do presente habeas corpus, a execução da pena imposta ao paciente.3. Fazendo-o, acentuo que o poder de cautela dos magistrados é exercido num juízo prefacial em que se mesclam num mesmo tom a urgência da decisão e a impossibilidade de aprofundamento analítico do caso. Se se prefere, impõe-se aos magistrados condicionar seus provimentos acautelatórios à presença, nos autos, dos requisitos da plausibilidade do direito (*fumus boni juris*) e do perigo da demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*), perceptíveis de plano. Requisitos a ser aferidos primo oculi, portanto. Não sendo de se exigir, do julgador, uma aprofundada incursão no mérito do pedido ou na dissecação dos fatos que lhe dão suporte, sob pena de antecipação do próprio conteúdo da decisão definitiva. No caso, não tenho como configurados os pressupostos da concessão da liminar. Motivo pelo qual indefiro o pedido. Estando o feito devidamente instruído, abra-se vista à Procuradoria-Geral da Estrelas-da-república, 19 de dezembro de 2008. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator

(STF - HC: 97256 RS, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/12/2008, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 02/02/2009 PUBLIC 03/02/2009)

Acrescenta-se, ainda, as lições de César Dario Mariano da Silva,

A decisão da Excelsa Corte não impede que o juiz deixe de proceder a substituição com fundamento nos demais requisitos previstos no Código Penal. Ela simplesmente possibilita que o Magistrado analise a questão e decida se procede a substituição ou não (SILVA, 2010, *online*).

Portanto, percebe-se que de 1990 o traficante de drogas praticamente não tinha direitos relacionados ao processo e execução penal. Contudo, a jurisprudência vem deliberando, votando e alterando seus entendimentos originais para flexibilizar a situação, não do traficante A, B ou C, mas do crime de tráfico de drogas em geral.

Não há uma preocupação personalíssima ao crime de tráfico, porém há uma preocupação em não engessar o poder judiciário antes de cada processo. Dessa forma, quando um legislador coloca na lei que não cabe liberdade provisória, está, nessa hipótese, se retirando do magistrado a possibilidade de se fazer uma análise individualizada da situação. A Constituição Federal de 1988 carrega em seu bojo o princípio da individualização da pena, que transmite o recado no sentido de que cada pessoa é diferente da outra e, da mesma forma, cada situação é diferente da outra.

Existem infinitas situações que poderiam afetar diretamente em um eventual julgamento, por exemplo: o autor ser menor de 21 anos ou maior de 70 na data do fato; no caso do crime tentado; quando há a ocorrência de crime conexo com outra ação penal. Destarte, é importante que o magistrado tenha a sua disposição o poder de decidir da forma correta e justa para cada caso concreto. Ora, se cada caso é diferente, cada decisão pode e deve ser diferente, e quando o legislador engessa o juiz proibindo algo em relação à coletividade, conseqüentemente, retira do juiz a chance de decidir de forma mais justa. O juiz tem que ter o poder e a discricionariedade de analisar as diversas circunstâncias de acordo com o direito e sua consciência.

2.5.4 DECLARAÇÃO INCIDENTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 44, DA LEI 11.343/06

O Supremo tribunal Federal, no julgamento do HC 104.339, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 44, da Lei de Drogas. O artigo em comento consiste na vedação à liberdade provisória para traficantes. Antes dessa pacificação trazida pelo STF, eram corriqueiras as decisões que negavam a liberdade provisória para os acusados da prática de tráfico de drogas por força do artigo 44 da Lei 11.343/06, sob a alegação de vedação expressa contida no texto de lei, o qual prevê que “os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1^o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e

insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos” (BRASIL, 2006, 1.482).

Antes da declaração de inconstitucionalidade desse artigo, o magistrado era engessado inteiramente ao seu teor. De acordo com aquela sistemática processual, a autoridade policial lavra o Auto de Prisão em Flagrante (APF), e em vinte e quatro horas, remete esse APF ao judiciário, onde o juiz competente podia relaxar o flagrante, caso fosse ilegal, e se o flagrante estivesse formalmente em ordem, o juiz tinha duas opções. Poderia converter o flagrante em prisão preventiva, o que ocorria na maioria dos casos, ou concedia a liberdade provisória, com ou sem fiança a depender do caso. Na cota do tráfico, a segunda opção ficava em aberto. Não poderia se conceder a liberdade provisória, por mais que o eventual acusado ostentasse os requisitos necessários, porque o artigo 44 veda essa concessão. Ou seja, defronte um caso de flagrante delito onde o crime apurado era relacionado ao tráfico, o magistrado tinha apenas duas opções: relaxar a prisão em caso de ilegalidade manifesta ou converter em prisão preventiva.

Nesse sentido, sabe-se que a partir da Constituição Federal de 1988, ninguém pode ficar preso quando a lei admitir a liberdade provisória. Vem a lei 12.403/11, que altera o Código de Processo Penal no capítulo da prisão processual, e estabelece que toda e qualquer prisão processual está vinculada à cautelaridade, ou seja, prisão é medida cautelar, e medida cautelar tem que preencher o seguinte binômio: adequação e necessidade. Não importa se a lei veda a liberdade provisória, porque se a liberdade provisória for a medida adequada e necessária, é aquela que tem que ser concedida. Posto isso, diante dessa nova leitura, o STF entendeu que esta regra da Lei de Drogas, é a regra da prisão *ex lege* – decorrente de lei –, que vincula o juiz, ou seja, o magistrado tem que manter o acusado preso unicamente porque a lei diz.

Essa situação hipotética foi um dos temas centrais elencados no voto do Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento do HC 104.339, vejamos,

Posto esse quadro fático, observo que os defensores da tese da constitucionalidade da vedação abstrata e apriorística de concessão de liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006 sustentam que ela foi editada em harmonia com o próprio texto constitucional, que prevê a inafiançabilidade dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, portanto um tratamento mais rigoroso (CF, art. 5º, XLIII: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”). Verifica-se,

por outro lado, que essa proibição (Lei n. 11.343/2006, art. 44, que retiraria sua razão de ser da própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII) conflita com outros princípios também revestidos de dignidade constitucional, dentre eles a presunção de inocência e o devido processo legal (MENDES, 2012, *online*).

Aduz, ainda, o Ministro Gilmar Mendes que a vedação *ex lege* conflitava em diversos princípios assegurados em nossa Carta Magna:

Tenho para mim que essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais (MENDES, 2012, *online*).

Ademais, importante destacar que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 44 não prejudica a decretação da prisão preventiva do acusado por tráfico de drogas, quando presente um dos requisitos da prisão preventiva presentes no artigo 312, do Código de Processo Penal – garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal –, e repetidos os parâmetros do artigo 313, do mesmo diploma legal, é perfeitamente possível prender um traficante. Contudo, o que não pode, é manter alguém preso porque a Lei não permite a liberdade provisória, posto que não é o legislador que vai decidir quem vai ou não ficar preso, essa decisão é competência do magistrado, à luz do caso concreto, analisado os fatos e os pressupostos do agente.

Assim, por se tratar de decisão de controle difuso, estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 52, inciso X, que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, o Senado Federal editou a resolução nº 05, que dispõe o seguinte texto,

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS (BRASL, 2012, *online*).

2.5.5 DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90

No julgamento do HC 111.840, o Supremo Tribunal Federal discutiu a questão do regime inicial do cumprimento de pena. Como já discutido em linhas pretéritas, a declaração pelos tribunais superiores do fim do regime integral fechado, consignado que o eventual condenado por tráfico de drogas deveria iniciar o cumprimento de pena no regime fechado, ou seja, o legislador tenta novamente engessar o juiz, obrigando o magistrado fixar o regime inicial fechado para todos os condenados no crime em comento.

Todavia, mantendo sua coerência, o Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, afirma que regime integral fechado e regime inicial fechado continua sendo uma imposição ao magistrado, e o juiz deve ser livre para decidir, inclusive acerca do regime inicial de cumprimento de pena, sob pena de ferir o princípio da individualização da pena, conforme a ementa do respectivo *habeas corpus*:

EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que [a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado [a] Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

(STF - HC: 111840 ES, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/06/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013)

Acerca da individualização da pena, Nucci (2007) leciona que esta tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus.

2.5.6 IMPOSSIBILIDADE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA NA MODALIDADE RESTRITIVA DE LIBERDADE

No que pertine à hipótese do cometimento de ato infracional análogo ao crime de porte ou posse de droga (artigo 28, da Lei 11.343/06), entende o STF que não é possível medida socioeducativa de restrição de liberdade. Mister trazer as disposições do artigo em estudo, *in litteris*:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (BRASIL, 2006, 1.481).

Primeiramente, há uma corrente doutrinária que entende que houve uma descriminalização da conduta descrita neste artigo, sob o argumento de que a conduta tida como infração penal que não comina em uma pena de restrição de liberdade não pode ser considerada crime, com base no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, a qual considera crime a infração penal cuja a Lei comina pena de privação de liberdade na modalidade de reclusão ou detenção, seja de forma isolada ou cumulada com a pena de multa. Entretanto, a Lei de Drogas não estabelece no artigo em estudo sobre privação de liberdade, não fala em reclusão, bem ainda em detenção, razão pela qual essa corrente doutrinária sustenta que a conduta descrita no artigo 28, uma vez cometida, seja quem for, não será considerado crime, porque não há cominação de pena restritiva de liberdade.

Ocorre que há um equívoco nesse raciocínio, visto que o artigo em debate está inserido no capítulo “Dos Crimes e das Penas”. Ora, indubitável que não é pena restritiva de liberdade, mas não deixa de ter caráter punitivo a advertência, a prestação de serviço

à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Portanto, o artigo 28, a rigor técnico, continua sendo conduta criminosa, não havendo, até então, uma descriminalização. De outro turno, há a corrente doutrinária que proclama a despenalização da conduta em debate. Da mesma forma está equivocada, visto que existe pena, porém é uma pena diversa da restrição de liberdade.

Realizada as observações pertinentes, constata-se a partir do informativo 742 do STF, que se um menor de idade praticar as condutas do referido artigo, aplica-se a medida socioeducativa, essa questão se perfaz, atualmente, incontroversa. Contudo, imprescindível elencar quais as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e Adolescente para, a partir do exposto, finalizar o embate e concluir quais seriam aplicas para o caso do uso ou porte de drogas em relação ao menor.

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI (BRASIL, 1990, *online*)

Pois bem. Significa que, ao menor, pode ser cominada uma medida socioeducativa de privação de liberdade, como nas modalidades dos incisos V e VI. Porém, se o ato infracional for análogo ao artigo 28, da Lei de Drogas, ele não pode receber as medidas socioeducativas estabelecidas nos incisos V e VI, tendo em vista que, um maior, autor do crime previsto no dispositivo mencionado não recebe pena restritiva de liberdade, impossibilitando, assim, a utilização das referidas medidas socioeducativas aos casos análogos aos menores de idade, conforme orientação Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

3 DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIOS E TRAFICANTES DE DROGAS

Pelo menos no momento inicial da persecução penal, incumbe à autoridade policial e ao próprio Ministério Público fazer um juízo de valor acerca da conduta delituosa praticada pelo agente, sobretudo de modo a diferenciar eventual porte de drogas para consumo pessoal do crime de tráfico de drogas.

Destarte, os usuários de drogas surpreendidos na posse de drogas continuam a mercê da discricionariedade da autoridade policial em razão do flagrante delito e, após relatado o inquérito e encaminhado às vias judiciais, permanece vinculado ao arbítrio do juiz, pela fragilidade de critério objetivo para se verificar se a droga apreendida era destinada ao consumo pessoal ou tráfico (GODOY, 2014, *online*).

Conforme bem observado por Luiz Flávio Gomes,

Do juiz ou da autoridade policial espera-se uma fundamentação convincente (baseada nos fatos provados) para o devido enquadramento típico do fato. No § 2º que estamos comentando, a Lei fez expressa referencia tao somente ao juiz. Na verdade, também a autoridade policial se encarrega da responsabilidade de classificar o fato (no art. 28 ou 33, basicamente). Quando ocorre prisão em flagrante ou quando ausente a autoridade judicial, o fato e levado ao conhecimento da autoridade policial, a quem compete fazer a devida distinção (entre usuário ou traficante) (GOMES, 2010, p. 240).

Tanto é verdade que o próprio art. 52, inciso I, da Lei de Drogas, prevê que, por ocasião da apresentação do relatório do inquérito, deverá a autoridade policial justificar as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente.

Prossegue Luiz Flávio Gomes acerca das circunstâncias indicativas do tráfico,

Para se concluir pela prática do crime de tráfico, não basta, em princípio, a quantidade (ou qualidade) da droga apreendida. Deve-se atentar, ainda, para outros fatores, tais como o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente (art. 52, I). Aliás, já se decidiu: “Os fatores quantidade e qualidade da droga podem induzir tráfico ou uso próprio, na conformidade de diversos outros fatores.” Certo que não se classifica o traficante pela quantidade exagerada do tóxico. Mas, no caso em tela, não há fugir tratar-se de traficante de cocaína: a quantidade, 320,123g, a condição pessoal do réu, a ausente capacidade econômica para vinculação ao uso, as condições de sua prisão, a

ausência total de prova a seu favor, ocupação de ônibus intermunicipal carregando a elevada quantidade da droga demonstram ser ele traficante (GOMES, 2010, p. 253).

A despeito da importância dessa classificação provisória inicialmente formulada pela autoridade policial para fins de lavratura de auto de prisão em flagrante (no caso do tráfico de drogas), ou do termo circunstanciado (na hipótese do porte de drogas para consumo pessoal), é evidente que o magistrado não fica a ela vinculado, podendo corrigir a adequação do juízo de subsunção feita pelo Delegado ou pelo Promotor, embora o faça de maneira incidental e provisória, apenas para decidir, por exemplo, quanto ao cabimento da liberdade provisória.

Afinal, não faria sentido manter o acusado preso ao longo de toda a instrução processual penal para, ao final, desclassificar a imputação para porte de drogas para consumo pessoal e, somente então, poder colocá-lo em liberdade. Se a tipificação do crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06 depende da presença da intenção especial do agente "para consumo pessoal", mister se faz distinguir o crime de porte de drogas para consumo pessoal do delito de tráfico de drogas. São dois os sistemas legais utilizados pelos diversos ordenamentos jurídicos para distinguir o usuário do traficante: a) sistema da quantificação legal: nesse caso, é fixado um *quantum* diário para o consumo pessoal. Logo, se a quantidade de droga apreendida com o agente não ultrapassar esse limite diário, não há falar em tráfico de drogas, pois estará caracterizado objetivamente o crime de porte de drogas para consumo pessoal; b) sistema da quantificação judicial: ao contrário do sistema anterior, incumbe ao juiz analisar as circunstâncias fáticas do caso concreto e decidir se se trata de porte de drogas para consumo pessoal ou tráfico de drogas.

Discorrendo de maneira concisa e direta sobre os sistemas legais, leciona Luiz Flávio Gomes,

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um *quantum* diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou a autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, e certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e o traficante. E da tradição da lei brasileira a adoção do segundo critério (sistema do reconhecimento judicial ou policial). Cabe ao juiz (ou a autoridade policial) reconhecer se a droga encontrada era para destinação pessoal ou para tráfico. Para isso a lei estabeleceu uma série enorme de critérios. Logo, não se trata de uma opinião do

juiz ou de uma apreciação subjetiva. Os dados são objetivos (GOMES, 2010, p. 239/240).

Conforme o exposto pelo doutrinador acima, sem o prejuízo das críticas por outra cota da doutrina, o legislador brasileiro adota o critério da quantificação judicial, recaindo sobre a autoridade judiciária a competência para deliberar se a droga encontrada com o agente era para consumo pessoal ou para o tráfico.

De modo a auxiliar o magistrado nessa árdua tarefa, o art. 28, §2º, da Lei de Drogas, dispõe: "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 a conduta e aos antecedentes do agente".

Como se percebe, há uma série de critérios que devem ser sopesados para que se possa fazer a distinção entre o usuário e o traficante. Antes de passarmos à análise de cada um deles, convém destacar que tais critérios devem ser analisados em conjunto, globalmente, jamais de maneira separada. Vejamos, então, cada um dos critérios apontados pelo art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06.

3.1 NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA

Com uma completa e atual definição expõe o doutrinador Renato Brasileiro de Lima,

É evidente que o critério da natureza e da quantidade da droga apreendida não pode ser utilizado como fator exclusivo para se distinguir o tráfico do porte de drogas para consumo pessoal. Afinal, até mesmo para descaracterizar o tráfico de drogas, é muito comum que traficantes tenham à disposição pequena quantidade de drogas. No entanto, a depender das circunstâncias do caso concreto, como, por exemplo, na hipótese em que houver a apreensão de 100 (cem) pedras de crack, a conclusão inevitável é a de que se trata de tráfico de drogas. Ora, atento à realidade em que vive e observando aquilo que as regras de experiência demonstram que normalmente acontece, o intérprete deverá concluir que tal quantidade jamais poderia ser consumida por um único indivíduo. Afinal, apesar de o crime do art. 28 da Lei de Drogas não explicitar a quantidade de entorpecente apta à caracterização do delito, a expressão "para consumo pessoal" descrita no tipo penal sugere que a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão (LIMA, 2014, p. 697).

Por outro lado, apesar de a grande parte da doutrina recomendar a não utilização exclusiva do quesito quantidade ao se aferir eventual, tem-se entendido que a grande quantidade de drogas apreendida com o agente contribui significativamente para a

caracterização do delito. Na ocorrência de pequena quantidade de droga, deve ser analisada o *animus* do agente, apenas caracterizando o tráfico se o entorpecente for destinada à cessão de terceiros. Nada obsta que a traficância em quantidades ínfimas (ANDREUCCI, 2010, p. 213/214).

Nesse sentido já se posicionou o STJ,

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. OBSERVÂNCIA DO ART. 59, DO CP. Na avaliação das circunstâncias legais para fixação da pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes, devem influir decisivamente a espécie e a quantidade da droga. O tipo de entorpecente é dado que indica o grau de nocividade para a saúde pública, correlato ao indicador das conseqüências do crime; a quantidade, quase sempre, aponta para o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, indicando a medida de sua personalidade perigosa e voltada para a prática criminosa. Acórdão que, atento a essas premissas e aos ditames do art. 59 do Código Penal, fixa a pena-base acima do mínimo legal, não padece da alegada falta de fundamentação. Ordem denegada.
(HC 9.743/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/1999, DJ 22/11/1999, p. 169)

Em consonância com a corrente doutrinária que esboça maior valorização ao sistema de quantidade, contudo, afastando-se ainda mais do entendimento doutrinário majoritário que pertine à discricionariedade da autoridade policial e, posteriormente, judicial, é o entendimento de alguns pensadores que serão oportunamente citados.

A crítica na subjetividade estampada na Lei de Drogas é pautada na falta de critérios objetivos para diferenciação de usuários e traficantes de drogas.

Essa falta de critérios traz a tona um problema que atualmente vem se disseminando no ordenamento jurídico. Cuida-se da crescente condição de imprevisibilidade assumida pelas decisões judiciais em razão dos tipos penais contidos nos artigos 28 e 33 da Lei nº 11.343/06 deixarem ao magistrado uma excessiva carga de discricionariedade ao se decidir.

A consequência tem sido a multissignificação judicial, contribuindo involuntariamente com o enfraquecimento do regime democrático pela insegurança jurídica.

Nessa senda entende Gabriella Talmelli Godoy,

Este é um fator fundamental para que os tipos penais sejam diferenciados. Como já exposto acima, não temos um parâmetro numérico para configurar se o agente trata-se de um mero usuário ou um traficante, e com isso, na prática acabam ocorrendo inúmeros erros grosseiros quanto à essa caracterização. O ideal seria que a lei o fizesse. A subjetividade judicial resta alargada e a jurisprudência ficará

encarregada dos contornos da pequena quantidade. É importante destacar que para cada tipo de droga deverá ser fixado critério diferente para a afirmação de pequena quantidade (GODOY, 2014, *online*).

Em outras palavras, para a configuração do crime do art. 28, é de rigor que a quantidade de substância apreendida seja pequena, de modo a permitir o consumo pessoal, pois, do contrário, poderia se estar diante do tráfico de drogas.

Nesse contexto, assim se pronunciou o STJ,

[...] DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 16 DA LEI 6368/76. USO DE ENTORPECENTE. QUANTIDADE DA DROGA. QUATRO QUILOS E TREZENTOS GRAMAS DE MACONHA. IMPUTAÇÃO QUANTO AOS NÚCLEOS IMPORTAR, TRANSPORTAR E TRAZER CONSIGO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. REGRAS DA EXPERIÊNCIA. SUJEIÇÃO À HIPÓTESE DE TRÁFICO. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. RECURSO PROVIDO. Estando a materialidade demonstrada com a apreensão da droga e não se negando a autoria do fato, a quantidade do entorpecente, mais de quatro quilos, a que se somam os dados acidentais e os contornos acessórios do fato, podem justificar o Juízo condenatório quando firmada a evidência de não corresponder a ação do agente, por qualquer argumento, ao uso de entorpecente. Assim, penso que o princípio "in dubio pro reo" aplicado pelo Tribunal a quo violou aquilo que se conhece por razoável, na medida em que, na espécie, não se cogita do imponderável sobre a existência do fato e da autoria, mas, ao contrário, se denota, de forma efetiva, que a conduta restou voltada para a traficância. Ademais, enquadrando-se a conduta no núcleo "importar", é de se pressupor que a ação delituosa tenha se perfectibilizada com a simples entrada do entorpecente no território nacional. Recurso provido para restabelecer a sentença do Juiz de primeiro grau.
(REsp 817.058/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 25/06/2009)

3.2 LOCAL E CONDIÇÕES DA AÇÃO

Em conjunto com os demais critérios apontados pelo art. 28, § 2º, o local e as condições em que se desenvolveu a ação também podem ser utilizados para que se possa distinguir o tráfico do delito de porte de drogas para consumo pessoal.

Dessa forma, no momento do juiz julgar a conduta do autor, aquele deverá levar em consideração a forma de acondicionamento da droga, com os tipos de materiais as quais os entorpecentes estavam embalados; ao local em que se encontrou tanto a droga, quanto o agente quando da apreensão; se as circunstâncias da apreensão do agente era suspeita ou não (GODOY, 2014, *online*).

Corroborando com este entendimento, discorre Ricardo Antônio Andreucci,

O inciso III pune a conduta daquele que utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou

consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para o tráfico ilícito de drogas. Ressalta, com propriedade, Vicente Greco Filho (Tóxicos, cit., p. 100-101) que, “se alguém recebe as chaves de um imóvel para um fim de semana e aproveita a oportunidade para entrega-las a terceiro, para que dele se utilize para o uso ilegal de entorpecentes, estará incidindo em incriminação legal”. Na jurisprudência, sob a vigência da lei anterior: “Provado que o magistrado facilitou a terceiros que guardassem cocaína no interior de seu apartamento e provada, também, a materialidade do crime, impõe-se sua condenação pelo tipo do art. 12, § 2º, 11, da Lei de Entorpecentes, com a perda do cargo público” (TJRJ – MTJRJ) (ANDREUCCI, 2010, p. 220).

Com efeito, se o agente for surpreendido em determinada localidade conhecida como ponto de distribuição e drogas, trazendo consigo a substância entorpecente acondicionada em pequenas embalagens para venda, sendo com ele apreendido grande numerário em dinheiro, provavelmente recebido dos usuários, demonstrando-se, ademais, uma constante movimentação de pessoas para o consumo e aquisição de drogas, há de se concluir que se trata de tráfico de drogas.

3.3 CIRCUNSTÂNCIAS SOCIAIS E PESSOAIS

Embora não seja um critério absoluto, leva-se em consideração a condição econômica do agente, no sentido de que a apreensão de grande quantidade de droga em poder de pessoa pobre seria um indicativo da traficância.

Luiz Flávio Gomes (2010, p. 240) ressalta a necessidade de valorar não somente um critério, porém todos os fixados em lei ao aduzir que “o *modus vivendi* do agente (ele vive do que?) é um dado bastante expressivo. Qual e sua fonte de receita? Qual e sua profissão? Trabalha onde? Quais sinais exteriores de riqueza apresenta? Tudo isso conta para a correta definição jurídica do fato”.

Ainda em relação às circunstâncias pessoais, convém destacar que a circunstância de ser o agente considerado usuário ou dependente de droga, por si só, não constitui motivo relevante para a descaracterização do tráfico de entorpecente, mormente quando comprovada a sua condição de traficante e a considerável quantidade com ele apreendida, a exemplo cerca de cinco quilos de cocaína.

3.4 CONDOTA E ANTECEDENTES DO AGENTE

Parte da doutrina considera indevida a utilização dos antecedentes do agente como critério para aferição do consumo pessoal ou da traficância, sob o argumento de que se trata de verdadeiro Direito Penal do Autor¹⁰.

Nessa linha, uma análise objetiva do fato delituoso seria colocada em segundo plano para se dar preponderância à apreciação subjetiva do agente, criando-se verdadeira presunção de culpabilidade em detrimento de agentes reincidentes ou portadores de maus antecedentes, o que, à evidência, viria de encontro ao princípio da presunção de inocência (ARRUDA, 2007, p. 32).

Se é verdade que os antecedentes do agente, isoladamente considerados, não podem ser utilizados para se aferir se trata de tráfico ou porte de drogas para consumo pessoal, também não é menos verdade que, em conjunto com os demais critérios apontados pelo art. 28, §2º (natureza e quantidade da droga apreendida), não há qualquer óbice à utilização dos antecedentes como mais um critério indicativo de possível traficância.

Deveras, se o agente foi flagrado transportando várias pedras de crack em conhecido ponto de venda de drogas, ostentando condenações anteriores pelo crime de tráfico de drogas, parece não haver dúvidas de que seus maus antecedentes podem ser utilizados pelo magistrado como mais um critério indicativo da finalidade de mercancia.

De outro turno, Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues criticam o fato de os antecedentes do autor ser um dos critérios de distinguir consumo pessoal de tráfico,

Censura ao modo de ser: repudia-se que a legislação persista em apontar os antecedentes do agente como um critério para formar a convicção do juiz, pois tal se apoia em fundamentos do direito penal do autor, de cunho autoritário e incompatível com a dignidade da pessoa humana e com o princípio da culpabilidade. Mesmo que seja explorado o critério dos antecedentes, somente se houver condenação penal irrecorrível em fato ligados ao tráfico de drogas e que os antecedentes podem servir de indicador contrário ao consumo e, mesmo assim, desde que haja coerência com os demais elementos de informações colhidos (BIZZOTTO; RODRIGUES, 2007, p. 44).

¹⁰ Trata-se de um direito penal ligado aos ideais de um Estado totalitário, em que a mera suspeita já acarreta a perda ou suspensão de direitos.

Enfim, desde que analisados em conjunto com os demais critérios de aferição do consumo pessoal, os antecedentes do acusado podem ser sopesados pelo magistrado para o correto enquadramento típico, sem que se possa objetar que isso caracterizaria um retorno indevido ao Direito Penal do autor.

3.5 RE 635.659 – DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO

O debate sobre a descriminalização das drogas chegou a principal corte do país depois que a Defensoria Pública de São Paulo recorreu da condenação de Francisco Benedito de Souza, que foi flagrado com maconha para consumo próprio. Segundo a Defensoria, o crime de consumo pessoal fere o direito à liberdade e a intimidade.

Durante os debates no Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot criticou a descriminalização alegando que 90% (noventa por cento) das pessoas que usam maconha ficam viciadas, tese defendida por alguns médicos.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, votou a favor da descriminalização, alegando que a Lei fere a intimidade do indivíduo e que a penalização do usuário não é eficaz para reduzir o consumo. Esclarece Mendes (2015, *online*), “que não existem estudos suficientes ou incontroversos que revelem ser a repressão ao consumo o instrumento mais eficiente para o combate ao tráfico de drogas. Pelo contrário, apesar da denominada 'guerra às drogas', é notório o aumento do tráfico nas últimas décadas”.

De outro turno, em análise ao voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso. O debate realizado pelo Ministro, em suma, pauta-se em decidir se o porte de drogas para consumo próprio deve ser tratado pelo direito penal ou por outros ramos do direito, com a previsão de sanções, a exemplo a apreensão da droga; a proibição de consumo em lugares públicos ou submissão a tratamento de saúde, etc.

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso inicia elencando a premissa de que o uso de entorpecentes é fato negativo e, conseqüentemente, o papel do Estado e da sociedade devem ser o de desincentivar o consumo, de tratar os dependentes e de combater o tráfico de drogas.

Aduz o Ministro que a guerra contra o tráfico de drogas, que se iniciou nos anos de 1970 no Estado Unidos, findou-se em um grande fracasso. Em verdade, passados 40

(quarenta) anos, a sociedade brasileira continua convivendo com um consumo crescente, o Estado não está tratando adequadamente os dependentes e há uma explosão no poder do tráfico, tudo isso com um custo político, econômico e social altíssimos. Portanto, insistir em uma política pública que não funciona e já experimentada a tantas décadas é “fechar os olhos” para a realidade. O Ministro conclui essa cota reiterando que a forma como as sociedades têm atuado em relação a essa matéria não tem funcionado, e portanto precisa-se pensar nesse problema com alguma dose de originalidade, de criatividade e de ousadia.

Em diversa reflexão, Luís Roberto Barroso, ainda em plenário, frisa que é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira. O problema mais grave visualizado no Brasil é o poderio dos barões do tráfico, o poder exercido em detrimento das comunidades carentes de diversos municípios brasileiros, ditando a lei, praticando violência e cooptando a juventude.

Reafirma Barroso, que a consequência do tráfico de drogas no Brasil na atualidade é uma tragédia moral no país. E a primeira mentalidade a ser pensada é como neutralizar o poder do tráfico. A solução apontada pelo Ministro é única e radical, qual seja, acabar com a ilegalidade da produção, distribuição e consumo de drogas. A segunda prioridade segundo o Ministro norteiam em relação ao sistema penitenciário brasileiro. As cadeias estão ficando abarrotadas de jovens primários e pobres que são presos como traficantes e, conseqüentemente, passam a cursar essa escola do crime e o círculo vicioso que se inicia com a primeira prisão se consolida. A terceira prioridade vem com o usuário, o qual o Ministro Barroso esclarece que o consumidor não deve ser tratado como um criminoso, mas sim como alguém que se sujeita deliberadamente a um comportamento de risco, a qual ele é a principal vítima.

Concluiu o Ministro que o risco, por si só, não é motivo para criminalizar uma conduta, haja vista o alpinismo ou uma corrida e motocicletas e, portanto, teríamos que banir todas estas atividades.

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Edson Fachin, pela parcial procedência do pedido nos seguintes termos,

- (i) Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta;
- (ii) Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas;

(iii) Manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) e concomitantemente declarar neste ato a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa, permanecendo nesse ínterim hígidas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343;

(iv) Declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, nominados neste voto (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto;

(v) Absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

(vi) E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização (FACHIN, 2015, *online*).

Até o momento, a descriminalização está em vantagem no pleno do Superior Tribunal Federal. Justifica-se o grande interesse da sociedade pelo assunto, está em jogo algo muito maior que um mero procedimento policial, mas um conceito que norteará a política antidrogas com profundas implicações, tanto no plano da saúde pública quanto da segurança coletiva.

O presente julgamento transcende a questão dos malefícios do uso de drogas, mas por outro lado não se pode ignorar que a descriminalização poderá ser erroneamente entendida como atestado de sua inofensibilidade. A mídia está tratando a questão com a ligeireza e a superficialidade habituais, reduzindo uma controvérsia de tal importância em um confronto corporativo entre médicos, psiquiatras e cientistas sociais.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve como escopo realizar uma análise crítica descritiva, examinando os critérios de distinção entre usuário e traficante de droga entabulados na Lei de nº 11.343/06, notadamente das especificidades dos artigos 28 e 33 do diploma legal em testilha.

No primeiro momento, foi abordado um cenário histórico das legislações relacionadas às drogas no Brasil, além de expor as primeiras tipificações e seus respectivos preceitos secundários, dando ênfase nas principais intenções dos legisladores em punir tanto o traficante, de forma mais severa, com penas de multa e privativa de liberdade, como quem portasse droga para consumo pessoal que, *a priori*, a legislação era omissa, havendo posteriormente incluído no ordenamento jurídico o “modelo sanitário”, onde o usuário era tratado unicamente como um doente e, por fim, com as penalidades analisadas em linhas pretéritas.

Na segunda parte do estudo, foi feita uma análise doutrinária e individualizada a respeito do usuário e traficante de drogas, esmiuçando a natureza jurídica do artigo 28 da atual lei de drogas, destacando as controvérsias existentes no que toca a uma eventual descriminalização formal e transformação em infração *sui generis*, descriminalização substancial e transformação em infração do direito judicial sancionador ou despenalização e manutenção do status de crime, concluindo-se esta cota com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/06 deve ser entendida como despenalização, posto que afasta a pena privativa de liberdade para os usuários de droga, havendo um tratamento mais brando em relação ao traficante de drogas.

Da mesma forma, foi realizada uma análise doutrinária a respeito da figura do traficante de drogas, através do art. 33, da atual Lei de Drogas, pontuando individualmente cada verbo contido no aludido dispositivo. A fim de se proceder um estudo mais aprofundado em relação à temática, fez-se necessário expor as principais e mais relevantes atualizações jurisprudenciais que permeia a pessoa do traficante.

Nesse diapasão, tornou-se imperioso precisar o liame ente usuário e traficante, posto que o presente estudo buscou explorar a aplicação dos critérios de distinção daqueles, percorrendo os caminhos da quantificação legal e judicial; da natureza e

quantidade da substância apreendida; local e condições da ação; circunstâncias sociais e pessoais e conduta e antecedentes do agente, critérios estes contidos no parágrafo 2º do artigo 28, da Lei em testilha.

Na contramão do subjetivismo concedido pela atual legislação aos magistrados no que concerne à aplicação dos elementos diferenciadores estão os posicionamentos dos Ministros da Suprema Corte, tratando, inclusive, esse subjetivismo como um problema dos diversos tribunais. A principal solução apontada durante as exposições de pensamentos no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 é o estabelecimento de critérios objetivos para se definir a quantidade de entorpecentes que um indivíduo pode portar sem enquadrar-se na figura do traficante.

Com base nas discussões doutrinárias, é possível demonstrar que o engessamento das decisões dos juízes é inadequado em relação à leitura dos critérios diferenciadores entre usuário e o traficante. Ainda com base nas abordagens teóricas, é possível visualizar que os critérios objetivos estão fadados ao fracasso, posto que não se trata de simples análise da quantidade de drogas apreendidas. Ademais, a sociedade brasileira sofreria com o crescente aumento de microtraficantes, mercantilizando os entorpecentes cada vez mais em pequenas quantidades.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Brasília, 185º da Independência e 118º da República, Luiz Inácio Lula da Silva. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 19 jun 2015.
- BRASIL, Decreto nº 2.861, de 9 de julho de 1914, Rio de Janeiro, 93º da Independência e 26º da República, Hermes R. da Fonseca. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2861-8-julho-1914-575437-publicacaooriginal-98630-pl.html>>. Acesso em: 20 jun 2015.
- BRASIL, Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932, Rio de Janeiro, 111º da Independência e 44º da República, Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>>. Acesso em: 20 jun 2015.
- BRASIL, Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, Brasília, 155º da Independência e 88º da República, Ernesto Geisel. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm>. Acesso em: 20 jun 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial Simplificado**. 8. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2012.
- GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. CUNHA, Rogério Sanches e TERRA DE OLIVEIRA, Willian. **Nova lei de drogas comentada**. 6. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006.
- GODOY, Gabriella Talmelli. **Seletividade penal na Lei de Drogas – Lei n. 11.343/2006**. 2014. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27071>>. Acesso em: 27 jun 2015.
- HIRAI, Douglas Yoshio. **A polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da nova Lei de Drogas**. Disponível em : <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2371/1798>>. Acesso em: 30 jul 2015.
- CAETANO, Luís Mário Leal Salvador. **Estudo sobre a Legalização das Drogas no Atual Direito**. Universo Jurídico, Juiz de Fora. 2010. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7158/estudo_sobre_a_legalizacao_das_drogas_no_atual_direito>. Acesso em: 28 ago 2015.
- MONTEIRO, Fábio Borini. **A polêmica entre a descriminalização e a despenalização das condutas do art. 28 da lei 11.343/06**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2112/2231>>. Acesso em: 29 ago 2015.

SOARES, Paulo Firmeza. **Uma crítica ao decisionismo na aplicação do direito.** Conteúdo Jurídico. Brasília-DF. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45834&seo=1>>. Acesso em: 17 set 2015.

ARRUDA, Samuel Miranda. **DROGAS: aspectos penais e processuais penais. Lei 11.343/2006.** São Paulo: Editora Método, 2007.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova Lei de Drogas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 44.

SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **O que se entende por crimes comum, próprio, de mão própria e vago?** 2011. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924054/o-que-se-entende-por-crimes-comum-proprio-de-mao-propria-e-vago>>. Acesso em: 03 nov 2015

RODRIGUES, Tiago M. S. **A infundável guerra americana: Brasil, EUA e o narcotráfico no continente.** São Paulo. SP em perspectiva, v. 16, nº 2, 102-111. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&id=S0102-88392002000200012> Acesso em: 03 nov 2015.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Drogas: histórico no Brasil e nas convenções internacionais.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19551>>. Acesso em: 03 nov 2015.

QUEIROZ, Paulo. **Leis penais em branco e princípio da reserva legal.** pauloqueiroz.net. 2005. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/leis-penais-em-branco-e-principio-da-reserva-legal/>>. Acesso em: 03 nov 2015.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho Nagima. **Da lei penal no tempo.** Direitonet. 2013. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8062/Da-lei-penal-no-tempo>>. Acesso em: 05 nov 2015.

Ministros Fachin e Barroso votam pela descriminalização do porte de maconha para consumo próprio, diz artigo. Migalhas, 10 set 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI226686,81042-Ministros+Fachin+e+Barroso+votam+pela+descriminalizacao+do+porte+de>>. Acesso em: 10 nov 2015.

Voto do Ministro Gilmar Mendes referente ao julgamento do RE 635.659, Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso: 10 nov 2015

FERREIRA, Anecy Lourinho Da Silva. **O uso das drogas e o sistema penal: a relação entre a proibição e a redução de danos.** Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnecyLourinhodaSilvaFerreira.pdf>. Acesso em: 11 nov 2015.

SMANIO, Alexandre De Moraes Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9ª Ed. São Paulo/SP: Editora Atlas S.A., 2006.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7ª Ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2010.

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro/RJ: Revan, 1990.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. 7ª Ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2ª Ed. Salvador/BA: JusPodivm, 2014.