



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
CAMPUS DE PALMAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

QUEILA SILVA LEITE

**A SUBJETIVIDADE DA LEI 11.343/06 NA CONFIGURAÇÃO
DOS CRIMES DE USO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES E
OS RECENTES POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E
JURISPRUDENCIAIS**

**Palmas/TO
2021**

QUEILA SILVA LEITE

**A SUBJETIVIDADE DA LEI 11.343/06 NA CONFIGURAÇÃO
DOS CRIMES DE USO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES E
OS RECENTES POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E
JURISPRUDENCIAIS**

Monografia foi avaliada e apresentada à UFT – Universidade Federal do Tocantins – Campus Universitário de Palmas, Curso de Direito, para obtenção do título de Bacharel e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Orientador: Prof. Dr. Tarsis Barreto Oliveira

Palmas/TO
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

L533s Leite, Queila Silva.

A Subjetividade da Lei 11.343/06 na Configuração dos Crimes de uso e tráfico de entorpecentes e os recentes posicionamentos Doutrinários e Jurisprudenciais. / Queila Silva Leite. – Palmas, TO, 2021.

56 f.

Monografia Graduação - Universidade Federal do Tocantins –
Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Direito, 2021.

Orientador: Tarsis Barreto Oliveira

1. Crimes de Uso e Tráfico. 2. Entorpecentes. 3. Doutrina. 4.
Jurisprudência. I. Título

CDD 340

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

QUEILA SILVA LEITE

**A SUBJETIVIDADE DA LEI 11.343/06 NA CONFIGURAÇÃO
DOS CRIMES DE USO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES E
OS RECENTES POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E
JURISPRUDENCIAIS**

Monografia foi avaliada e apresentada à UFT – Universidade Federal do Tocantins – Campus Universitário de Palmas, Curso de Direito, para obtenção do título de Bacharel e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Data de aprovação: 29 / 11 / 2021

Banca Examinadora



Prof. Orientador, Dr. Tarsis Barreto Oliveira, UFT



Profa. Dra. Maria Leonice da Silva, UFT



Profa. Dra. Maria do Carmo Cota, UFT

Palmas – TO
2021

*Esse trabalho é dedicado para todos que
contribuíram de alguma forma para a
minha formação acadêmica.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado forças e hoje aqui poder finalizar mais umas das etapas dessa jornada chamada vida. Ainda não consigo expressar quão grande é minha alegria por realizar esse sonho: concluir minha graduação.

Antes que esse dia chegasse, muitos desafios foram enfrentados, mas pela graça e misericórdia foi possível lutar e vencer cada um deles.

Agradeço ao meu pai, Creomildo Cavalcado Leite, pelo apoio e incentivo, a minha mãe, Elionice da Silva Leite, meu braço direito em todas as decisões que tomo em minha vida, minha irmã Quelen da Silva Leite Guedes, sempre instigou o melhor de mim a minha prima/irmã Ana Flávia Lucena da Silva Nunes que me deu o privilégio de conhecê-la e amá-la e a minha avó Maria de Lourdes que sonhou até mais do que eu com esse dia.

Agradeço ao meu amigo Heloniel Jazer Reis Pajeú que me prestou auxílio de grande valia, respeito e consideração.

Agradeço ao Dr. Renato Monteiro por todo apoio e prestatividade em se dispor a me ajudar com esmero.

A todos os professores do colegiado de direito, que tive a honra de ser aluna, em especial meu orientador e professor Dr. Tarsis Barreto, que pacientemente me orientou. Minha sincera admiração e carinho.

A todos que contribuíram de forma direta e indireta para esta conquista: meu profundo amor e gratidão.

*“A fé é o fundamento da esperança, é uma certeza a respeito
do que não se vê. ”
Hebreus 11.1*

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar as condutas incriminadoras tipificadas no artigo 28, caput, e no artigo 33, caput, da Lei nº11.343/2006, conhecida como *lei de drogas*. Assim, investigam-se as condutas do ponto de vista jurisprudencial e doutrinário, no que se refere às divergências existentes entre as condutas criminosas de uso e tráfico, com o intuito de apontar como a jurisprudência, doutrina e a Lei nº11.343/2006 enxergam as condutas criminosas de usuário e traficante e como ambos tratam no plano real essa diferenciação, a partir do diagnóstico do perfil de cada conduta no ordenamento jurídico. Para isso, a pesquisa baseou-se em referências bibliográficas e análise de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. É inevitável a criação de novos critérios legais objetivos e precisos, que demonstrem a diferença dos tipos penais do artigo 28, caput, e do art. 33, caput, de modo que se encontra integralmente inserido na norma no sentido formal, e não sob a discricionariedade ou convicção dos órgãos judiciais, para que seja garantida a segurança nas decisões judiciais que envolvam os crimes desta legislação sobre drogas.

Palavras-chaves: Jurisprudência; lei de drogas; traficante; usuário.

ABSTRACT

The present monograph aims to analyze the incriminating conducts typified in article 28, caput, and in article 33, caput, of Law n°11.343/2006, known as the drug law. Thus, it investigates the conducts from a jurisprudential and doctrinal point of view, with regard to the existing divergences between the criminal conducts of use and trafficking, in order to point out how jurisprudence, doctrine and Law n°11.343/2006 see the criminal conducts of user and trafficker and how both treat this differentiation in the real plan, from the diagnosis of the profile of each conduct in the legal system. To this end, the research was based on bibliographic references and analysis of doctrinal and jurisprudential positions. It is inevitable to create new objective and precise legal criteria, which demonstrate the difference between the criminal types of the can't of article 28 and caput of article 33, so that it is fully inserted in the law in the formal sense, and not under the discretion or conviction of judicial organs, so that the security in court decisions involving the crimes of this drug law is guaranteed.

Keywords: Jurisprudence; drug law; dealer; user.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal.

CP – Código Penal.

CPP – Código de Processo penal.

SISNAD – Sistema Nacional de Política sobre drogas

UFT – Universidade Federal do Tocantins

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	AS DROGAS NO CONTEXTO SOCIAL E LEGAL.....	13
2.1	Breve histórico e evolução das legislações concernentes a entorpecentes no Brasil	13
2.2	A lei de drogas nº 11.343/2006.....	15
2.3	Análise dos Art. 28 e 33 da lei 11.343/06	17
2.3.1	Diferenciação entre usuário e dependente	20
2.3.2	Conduta de tráfico	21
3	PADRÕES UTILIZADOS PARA DIFERENCIAR O PORTE PARA CONSUMO PESSOAL E O TRÁFICO DE DROGAS.....	24
3.1	STF - Compilado Jurisprudencial acerca da lei de drogas.....	29
3.2	Os agentes que compõem o sistema penal e suas funções em relação à Lei de Drogas.....	35
4	ANÁLISE DAS SENTENÇAS DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE PALMAS.....	39
4.1	Princípio da Proporcionalidade	47
4.2	Princípio da Segurança Jurídica	49
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
6	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

A utilização de substâncias entorpecentes tem origem desde os primórdios da história humana. Neste sentido, o primeiro capítulo do presente estudo vem ilustrar um breve resgate histórico da evolução das legislações concernentes a entorpecentes no Brasil. No decorrer do amadurecimento jurídico a respeito do tema, foi criado o estatuto jurídico que disciplinava as substâncias entorpecentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Como precursoras, as Leis 6.368/76 e 10.409/02 foram por longa data as bases para definirem as condutas delitivas e diferenciaram mesmo que, de modo superficial o usuário e o traficante. Estas leis foram utilizadas como referência no processo de criação da Lei nº11.343/06, que condensou os principais artigos de ambas, entre outros pontos acrescentados pelo legislador.

O mesmo capítulo aborda detalhadamente o Artigo 28, caput, que define o porte de drogas para consumo próprio e o Artigo 33, caput que configura a conduta de tráfico, ou seja, porte de drogas com objetivo de mercancia. Discriminado cada artigo, onde ambos os núcleos do tipo são crimes de ação múltipla ou de conteúdo variado. Além de, serem tipos de condutas, onde vários verbos utilizados são similares, o que prejudica a avaliação do juiz no momento de proferir sentença.

Por sua vez, o segundo capítulo trata dos padrões utilizados para diferenciar o porte para consumo pessoal e o tráfico de drogas. Delimitando o estudo, no que tange a dificuldade da Lei 11.343/2006, na caracterização dessas condutas incriminadoras, uma vez que há subjetividades na configuração destes crimes, o que prejudica na prática a definição de ambos. Desta maneira, é possível perceber que sozinha a norma jurídica a respeito do assunto não basta, visto que, apenas indica a incidência dos tipos de crimes, mas não definem julgamentos de imputação e não são únicos e exclusivos nos critérios de individualização das condutas.

Do mesmo modo, a falta de clareza do legislador na redação e definição das condutas, interfere na abordagem policial e nos procedimentos necessários a serem tomados por estes, como também interfere na competência do Ministério Público no oferecimento da denúncia, ocasionando em vista disto prejuízo para todo o sistema penal, bem como, para os indivíduos que lhe são imputadas as condutas.

Estas dificuldades ainda se somam ao fato de que há o labelling approach ou etiquetamento social, termo este utilizado pela teoria criminológica que aborda a noção de crime e criminoso, que podem ser construídos socialmente, baseado nas definições legais e das ações dos órgãos oficiais de controle social, no que tange, ao comportamento de determinados indivíduos.

Ainda no mesmo capítulo é abordado compilado jurisprudencial acerca da Lei de Drogas pelo STF e posicionamentos diante das condutas de uso e tráfico. Acrescenta-se também ao estudo, a definição e função dos agentes que compõem o sistema penal e como atuam para que o ordenamento jurídico caminhe em sintonia e alcance seu objetivo de cumprir com o dever legal.

No terceiro e último capítulo desta pesquisa, é retratado a análises de casos concretos tramitados na 4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas – Tocantins, com o objetivo de demonstrar como a problemática do estudo encontra-se presente na realidade social.

Desta maneira, torna-se relevante o estudo doutrinário e jurisprudencial a respeito destas condutas delitivas, que comumente são confundidas no âmbito da realidade, posto que, nos critérios de descrição de conduta o legislador os caracterizou tão semelhantemente, cabendo no plano do processo penal definir qual conduta no caso concreto foi cometida pelo sujeito do processo.

Constitui-se um tema pertinente e relevante, para avaliar e esclarecer as complexidades que há entre a figura do usuário de drogas e o traficante, tendo como propósito diferenciar tais condutas, que muito se assemelham na descrição dos tipos penais da Lei de Drogas, trazendo eventuais consequências para os envolvidos.

2. AS DROGAS NO CONTEXTO SOCIAL E LEGAL

2.1 Breve histórico e evolução das legislações concernentes a entorpecentes no Brasil

A primeira legislação vigente em solo brasileiro, no que diz respeito ao uso, porte e comercialização de entorpecentes foram as Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, que vigoraram de 1603 até 1830. Em seu Livro V, Título LXXXIX (GRECO FILHO, 1992, p. 41), consta que proibia-se a conduta de portar ou armazenar em casa e vender uma substância chamada *Rosalgar*, material este considerado venenoso, como descrito pelo próprio documento e salientado abaixo:

Que ninguém tenha em sua casa Rosalgar, nem a venda nem outro material venenoso. Nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender Rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem *solimão*, nem *escamoneá*, nem ópio, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e usar do ofício (ON LINE, 2021).

Apenas em 1830 foi elaborado o primeiro Código Penal Brasileiro independente, no período de D. Pedro I, porém, nada foi mencionado neste código a respeito do consumo ou comércio de entorpecentes, sendo as condenações criminais dessas condutas restauradas no Código Republicano de 1890.

Mesmo na época tendo poucos estudos a respeito dos efeitos dos entorpecentes, passou-se então a regulamentar a questão como crimes contra a saúde pública, passado a ser descrito no Título III - Da Parte Especial (Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública). Este código, previa como crime “expor a venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários” (GRECO FILHO, 1992, p. 43).

Desde então, os demais diplomas legais penais trataram de abordar a temática e sua proibição. No século XX, os avanços em pesquisa em fármacos e o uso de substâncias como *haxixe* e *ópio* levaram os legisladores da época a regulamentar o uso e venda de substâncias psicotrópicas, vindo então a ser redigido o decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, que aprovou a Consolidação das Leis Penais, comumente conhecida como *Consolidação Piragibe* (nome do desembargador Vicente Piragibe, responsável pela elaboração).

Com a Consolidação das Leis Penais, que disciplinou várias matérias e aumentou a complexidade das condutas contra a saúde pública, sofrendo o artigo 159 do Código de 1890 o acréscimo de doze parágrafos, com a utilização de múltiplos verbos, houve um marco na forma de descrição das condutas. Ocorreu também a alteração da palavra *substância venenosa* por *entorpecente*, e a previsão de punição com privativa de liberdade e regulamentação das ministrações permitidas e vendas através do Departamento Nacional de Saúde Pública.

Por conseguinte, passou a vigorar no sistema penal brasileiro o modelo de gestão repressiva, iniciando-se a luta contra as drogas e tendo-se assumido a pauta proibitiva de substâncias entorpecentes. Como afirma Salo de Carvalho (2016, p. 56), mesmo que os códigos anteriores tivessem o linear de ilicitude para o consumo e comercialização, ainda não se tinha um posicionamento claro sobre a questão e apenas na década de 40 foi incorporado o viés da *política proibicionista sistemática*.

O código penal vigente no Brasil foi sancionado em 7 de dezembro de 1940, no período chamado *Estado Novo*, onde Getúlio Vargas era o então chefe do Executivo. Dois anos antes, foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização e Entorpecente, aprovada pelo Decreto-lei nº. 891, de novembro de 1938, “com atribuições de estudar e fixar normas gerais sobre fiscalização e repressão em matérias de entorpecentes, bem como consolidar as normas dispersas a esse respeito” (CAMPOS, 2018, p.12).

Embora o Código Penal seja um diploma relativamente vasto, no que se trata de Direito Penal fundamental, nem de longe exauriu toda a matéria penal prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Há uma quantidade extraordinária de leis penais especiais, sendo conhecidas como *Direito Penal complementar* ou *Leis Extravagantes*.

As leis extravagantes são leis que se encontram fora do Código Penal, regulando aspectos da vida social a que se destina, abarcando o máximo possível de situações relativas à coletividade e a proteção ao cidadão.

Dentre as leis penais fora do Código Penal, encontram-se a Lei 11.343/06, lei esta que se encontra vigente, disciplinando os crimes de tráfico, associação para tráfico e seu financiamento e outros delitos e condutas incriminadoras. Dispõe ainda, dos meios de prevenção e tratamento de dependentes químicos e o procedimento para apuração e julgamento dos crimes de drogas.

Como precursoras da vigente Lei de Drogas, as revogadas Leis 6.368/76 e Lei 10.409/02 foram, por longa data, as bases para definirem as condutas delitivas e diferenciarem, mesmo que de modo superficial, usuário e traficante.

A Constituição Federal de 1988 também descriminou a conduta de tráfico e equiparou a crime hediondo, enquadrando-o nos crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, em seu art. 5º, XLIII, com a seguinte redação:

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;

O que gerou grande prejuízo ao sistema, pois caso o indivíduo receba uma condenação equivocada, ou mesmo uma denúncia não muito bem fundamentada, o sujeito do processo, pagará com uma pena não correspondente a sua conduta real.

2.2 A LEI DE DROGAS Nº 11.343/2006

Como brevemente resumido no subtítulo anterior, a base para este capítulo é relatar a construção histórico-social e legal a respeito do uso, consumo, porte e comercialização de entorpecentes.

A Lei nº 10.409/02, não mais vigente, era responsável por; prevenção, tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes. A referida lei em sua promulgação, já entrou em vigor com muitos de artigos vetados, além disso, todo o capítulo III, que trataria *Dos Crimes e Das Penas*, que propunha substituir plenamente a Lei nº 6.368/76, em razão da incapacidade do sistema legal, também foi vetado pelo então Presidente da República. Ambas as leis vigoraram até a promulgação da Nova Lei de Drogas.

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que já sofreu alterações pela Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019. Esta estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), que é o diploma legal vigente, responsável por estabelecer normas e medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes químicos. Teve como base para sua criação as legislações anteriormente citadas. A Lei 11.343/2006 encarregou-se

também da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, definindo crimes e condutas incriminadoras a respeito do tema (BRASIL, 2006).

Para a Lei de Drogas no seu art. 1º, Parágrafo único, considera-se drogas "as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União". Como transcrito abaixo:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

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

Sendo assim, a própria legislação não especifica o que são drogas, apenas descreve como "substâncias ou os produtos capazes de causar dependência", passando essa responsabilidade de identificação, descrição e especificação do que são entorpecentes a uma lei complementar ou ao Executivo a tarefa de fazê-lo.

Como consequência, a Lei de Drogas pode ser considerado uma norma penal em branco, visto que há uma necessidade de complementação, ou seja, a lei trata de uma conduta proibitiva, porém não delimita e nem descreve os limites para efeito do ilícito e sem essas devidas informações no texto legal é impossível sua aplicação.

Lei penal em branco, trata-se da lei cujo preceito primário é incompleto, embora o preceito secundário seja determinado. Tal lei tem de ser completada por outra, já existente ou futura, da mesma hierarquia ou de hierarquia inferior (ESTEFAM, 2018, P. 89).

Apenas no Título XI – Disposições finais e transitórias, no artigo 66, da Lei 11.343/2006, o legislador define quem será o responsável por instituir a definição de entorpecentes, para fins de disposição do parágrafo único do artigo 1º, responsabilidade esta que ficou por conta da Portaria da ANVISA de nº 344/1998. Sendo assim, a Lei de Drogas só considera o que a portaria da ANVISA, descreve como entorpecente ou psicotrópicos, de outro modo, caso não esteja na lista de descrição da Portaria, não poderá ser considerado droga para fins de penalidades, no que se refere à Lei 11.343/2006.

Tal contextualização é necessária para se entender o cerne da questão, ou seja, o ponto central da Lei de Drogas. Sem isso claramente definido, não podemos sequer discutir as condutas incriminadoras e suas deficiências no campo prático. A vista disso, e como é exposto por Marcão (2015, p. 23):

O transporte de substância que não está catalogada como entorpecente não satisfaz o requisito da materialidade para a tipificação do crime de tráfico de entorpecente" TJSP, Ap. 105.382-3/9, 1ª Câmara, rel. Des. Ivan Marques, j. 18-5-1992, RT 682/307.

Portanto, vê-se a importância da catalogação e especificação, do que é ou não entorpecentes, para que somente após atendido os devidos requisitos de materialidade, o indivíduo possa ser ou não enquadrado, no correto tipo penal, e respondera por sua conduta incriminatória cometida.

Como citado por Maria Lucia Karam Juíza de Direito aposentada, a legislação pátria no que diz respeito às drogas não trouxe nenhuma alteração substancial, até porque, desde suas antecessoras, o modelo seguido é o mesmo: o proibicionismo estabelecido pelas convenções internacionais às quais o Brasil se submete. Karam (2006) complementa que:

A nova lei é apenas mais uma dentre as mais diversas legislações internas que, reproduzindo os dispositivos criminalizadores das proibicionistas convenções da ONU, conformam a globalizada intervenção do sistema penal sobre produtores, distribuidores e consumidores das drogas qualificadas de ilícitas, com base em uma sistemática violação a princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, com base na supressão de direitos fundamentais e suas garantias (KARAM, 2006. p. 6.).

Como dito por Karam, a nova lei não trouxe clareza suficiente para o processo legal, já que segue as mesmas diretrizes que os modelos legislativos anteriores.

2.3 ANÁLISE DOS ART. 28 E 33 DA LEI 11.343/06

A Lei 11.343/2006, estruturou-se com uma roupagem diversa das leis que a antecederam, que mesmo tratando da mesma temática ainda existiam grandes lacunas que trazia confusão a respeito das condutas de uso e tráfico. A Lei de Drogas, visando uma linha menos proibicionista e mais voltada para redução de danos, ainda assim não conseguiu abarcar os conflitos que ainda perduram, entre o usuário e o traficante, que mesmo tendo suas condutas tipificadas, cada qual em

seus respectivos artigos, tratando com mais brandura o usuário de drogas e punido de forma mais rígida o traficante.

No art. 28, *caput*, da Lei 11.343/2006, que descreve o usuário como aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal sem autorização ou em desacordo com a determinação legal. Conforme abaixo:

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

I - Advertência sobre os efeitos das drogas;

II - Prestação de serviços à comunidade;

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

Através da nova Lei de Drogas, foi modificada a penalidade anteriormente aplicada aos usuários de drogas, substituindo as penas de detenção e multa trazidas pela Lei nº 6.368/76 em seu artigo 16, o qual previa pena detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa para os usuários de drogas. A Lei 11343/2006, no Art. 28, não apenas revogou como substituiu por penas alternativas a prisão, a saber: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medidas educativas de comparecimento à programas ou cursos educativos.

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

O maior avanço conquistado por este artigo foi à revogação a pena de detenção para o usuário. Isso obteve-se a partir do entendimento que, este indivíduo é um possível dependente químico e que sua permanência no sistema prisional gera mais danos que benefícios a sociedade. Neste sentido, pode-se entender que a legislação anterior não tinha nenhuma preocupação no que diz respeito às necessidades e individualidade do usuário e do dependente de drogas, e somente visava à repressão ao uso de substâncias psicoativas.

É importante ressaltar que para configurar-se a conduta de uso é preciso que se conste o dolo específico, ou seja, a vontade do agente de consumir a substância

portada, doutra maneira, a droga deve ser para o consumo pessoal do indivíduo. Caso a destinação da droga seja para terceiros, incorrerá na modalidade do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Como dito, a alternativa de punibilidade para o usuário foi modificada, mas ainda existe uma repressão por parte do Estado, para com o usuário. Conforme descrição realizada por Marcão (2015, p. 56), a quantidade, mesmo que pequena, configura crime de perigo, esta configuração é atrelada à posse da droga e desta maneira há um risco a sociedade e a saúde pública.

Diante disso, consideramos que a opção escolhida pelo legislador de revogar a pena privativa de liberdade para os usuários orienta-se no sentido da política de redução de danos, buscando assim, a ressocialização, prevenção e tratamento do indivíduo, fundando-se no caráter preventivo da pena bem como no princípio da dignidade da pessoa humana.

Resumidamente, não houve descriminalização dos comportamentos arrolados pelo art. 28, *caput* e §1º, da Lei 11.343/2006. Este foi o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal:

Posse de droga para consumo pessoal: art. 28 da Lei 11.343/2006. Natureza jurídica de crime. O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal – 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 Lei 11.343/2006 – 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). Não se pode, na interpretação da Lei 11.343/2006, 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 (Lei 11.343/2006, Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30). [...] 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 Lei 9.099/1995 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (Lei 11.343/2006, art. 30). Ocorrência, pois, de ‘despenalização’, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. Questão de ordem resolvida no sentido de que a Lei 11.343/06 não implicou abolitio criminis. RE 430.105/RJ QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 13.02.2007 (BRASIL, 2021).

No que diz respeito ao objeto jurídico trazido por este artigo, é a saúde pública, como dito de antemão, pois a conduta não afeta somente a esfera pessoal do agente responsável, mas toda a coletividade. Ao que refere, o quesito do objeto

material é a droga, com finalidade para consumo pessoal, por parte do agente que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo.

O crime de porte de droga para consumo próprio engloba o crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Como resultado, se o agente realizar mais de um núcleo, em relação ao mesmo objeto material, isso significa dizer, que o agente pode adquirir a droga e transporta até um determinado lugar, onde pode manter armazenada e conseqüentemente, este indivíduo que incorreu em três núcleos, todavia responderá por apenas um delito.

2.3.1. Diferenciação Usuário e Dependente.

Desta feita, faz-se necessário esclarecer qual a diferença entre usuário e dependente químico. Nem sempre o usuário torna-se dependente. Sendo assim, isso significa dizer que ser usuário de entorpecentes não necessariamente o torna um dependente químico. Esta distinção é primordial para se descobrir qual pena alternativa será mais acertada em cada caso concreto (SOUZA, 2020, p. 116).

É preciso distinguir, prontamente, o usuário do dependente de drogas. Nem sempre o usuário torna-se do dependente. Aliás, em regra o usuário de drogas não se converte num dependente. Ser usuário de droga (ou de álcool) não significa ser toxicodependente (alcoólatra). A distinção é muito importante para o efeito de se descobrir qual medida alternativa será mais adequada em cada caso concreto (MARCÃO, 2015, p. 43).

Embora o usuário de drogas faça o uso de entorpecente de forma espaçada, eventual, e desta maneira não faz parte de sua rotina, o dependente químico define-se como uma condição física e psíquica causada pelo uso constante de substâncias psicoativas. A dependência química é considerada uma doença crônica, que é causada pela necessidade psicológica de buscar o prazer e evitar a privação ou abstinência (HOSPITAL, 2019).

Constata-se assim que, a principal característica de usuários de drogas é a capacidade de manter um equilíbrio quanto ao consumo de entorpecentes. Neste sentido, a ingestão de substâncias químicas não afeta sua vida pessoal, profissional ou seus comportamentos. O usuário distancia-se do dependente quanto ao controle do uso das substâncias. O primeiro detém o controle sobre o desejo de usar a substância, bem como o controle emocional e físico. O dependente químico perde o controle do consumo e, por conseguinte, do seu estado físico e emocional (HOSPITAL, 2019).

Esta diferenciação é importante, no que diz respeito às consequências penais que são aplicáveis a cada agente considerando suas individualidades. Ao mesmo tempo, a legislação atual antevê a possibilidade de absolvição imprópria do indivíduo dependente de drogas, afastando a aplicação da pena e prevendo em seu lugar a medida de segurança. Devem restar demonstradas nos autos por meio de elementos idóneo, formadores da convicção do magistrado, preferencialmente extraídos da prova colhida sob o crivo do contraditório constitucional (MARCÃO, 2015, p. 253).

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

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

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

Tendo em vista que as consequências penais do usuário e do dependente são bem diferentes e não devem ser confundidos, podendo, inclusive o dependente químico ser isento de pena quando no momento da ação delitiva não tinha nenhuma capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determina-se de acordo com esse entendimento (CAMPOS, 2018, p. 28).

2.3.2. Conduta de Tráfico

Preestabelecidas as diferenciações de usuário e dependente, de forma legal e científica, agora trataremos da conduta de tráfico a luz da legislação atual. O art. 33, caput, da Lei 11.343/06, dispõe sobre o crime de tráfico ilícito:

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

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

A Lei nº 6.368/76, anteriormente vigente, estabelecia em seu art. 12 a conduta de tráfico onde a pena privativa de liberdade era de 3 (três) a 15 (quinze)

anos de reclusão, e como demonstrado a cima foi alterado este tempo de pena mínima tendo aumentou de 2 (dois) anos, e não apenas o tempo de reclusão, mas da mesma forma a multa foi alterada de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, para o mínimo de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O bem jurídico tutelado pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, é a saúde pública, isto é, para a maioria dos doutrinadores e o objeto material do artigo é a droga. Como deixa claro o caput do art. 33 da Lei de Drogas, a traficância pode ocorrer ainda que gratuitamente, mas desde que a conduta seja praticada sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elementos normativos do tipo). Como se sabe, o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e não exige a prática de atos de mercancia para a sua configuração, bastando à realização de alguma das condutas previstas no tipo penal. Com efeito, a conduta de vender materializa apenas uma das dezoito figuras típicas (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 54).

Com exceção do núcleo prescrever – que pode ser configurado como crime próprio ou especial, por qual somente pode ser praticado por médicos ou por dentistas –, os demais verbos que estão no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 podem ser cometidos por qualquer pessoa (crime comum ou geral) (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 54).

Podemos considera como sujeito deste artigo a coletividade, já que o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Em um ponto de vista minoritário, Paulo Queiroz entende que “o tráfico é, a rigor, um crime sem vítima, porque cabe ao indivíduo (capaz), senhor que é de sua própria saúde, decidir sobre o que consumir ou não consumir” (QUEIROZ, 2021).

No que diz respeito à consumação, consta-se como uma conduta que classifica-se como crime instantâneo (importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, oferecer, prescrever, ministrar e entregar a consumo), pois consuma-se em um momento determinado, sem necessidade de lapso temporal. Em outros tipos, todavia, o delito é permanente (expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar): a consumação se estende no tempo, pela vontade do agente (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 54).

Como este pequeno resumo do que trata o art. 33, compreende-se quando Luciana Rodrigues, fala a respeito do pensamento do legislador em aumentar a

pena mínima do crime tráfico, que tornar-se-ia um obstáculo a possibilidade de aplicação das penas alternativas a prisão, em consonância com o disposto no art. 44, caput da referida Lei, sendo considerado por ela um retrocesso, diante do entendimento pelo Supremo Tribunal Federal pela admissibilidade da substituição das penas, ainda sob égide da Lei anterior. (Art. 33, § 4º, art. 44, caput: STF possibilidade de penas alternativas - resolução do Senado 1 HC 256/2010.) (RODRIGUES, 2006, p. 57).

Cuida-se de crime de grave potencial ofensivo, pois o art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal impôs ao legislador ordinário a obrigatoriedade de tratamento mais severo ao tráfico de drogas, inviabilizando a incidência dos benefícios elencados pela Lei 9.099/1995 (RODRIGUES, 2006, p. 57). Concedendo o mesmo destino ao crime de tráfico ilícito de drogas ao mesmo tratamento que os crimes hediondos, no que tange, a crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Ao longo deste capítulo, foi possível discorrer rapidamente a respeito do contexto histórico e evolutivo das legislações que perpassaram gerações em busca de um regulamento ideal sobre o tema entorpecentes. Da mesma maneira, que é evidente a evolução na perspectiva positiva, podemos visualizar também os aspectos que ainda precisam ser ponderados e modificados para o maior equilíbrio e bem-estar social.

3. PADRÕES UTILIZADOS PARA DIFERENCIAR O PORTE PARA CONSUMO PESSOAL E O TRÁFICO DE DROGAS.

Como elucidado no capítulo anterior, a Lei 11.343/06 traz uma leve diferenciação entre as condutas de uso e tráfico. Contudo, devido às lacunas e omissões do legislador nos critérios descritivos das condutas, o ordenamento jurídico encontrou meios, para proceder quanto à distinção do porte de drogas destinado ao consumo próprio e o tráfico.

Conforme é abordado por Renato Brasileiro (2016, p. 709), existem dois sistemas legais que são usados para distinguir o usuário do traficante. São eles o *sistema de quantificação legal* e o *sistema da quantificação judicial*. O legislador brasileiro optou pelo critério da quantificação judicial, e como consequência, sobreveio à autoridade judicial a competência para no caso concreto estabelecer os padrões de distinção entre as condutas.

Para melhor esclarecimento do que é e como caracteriza-se cada sistema, primeiramente falaremos do sistema de quantificação legal. Este é definido pela fixação do *quantum* diário destinado ao consumo pessoal, sendo assim, se a quantidade de entorpecente apreendida com o agente for inferior aos limites estabelecido, não há o crime de tráfico, visto está caracterizado objetivamente como crime de porte para consumo próprio.

A definição do sistema acima, não foi adotada pelo legislador penal brasileiro, no momento da elaboração da Lei de drogas, pois escolheu não definir estes limites diários, como fez com a Lei seca, que estabeleceu o teste e quantidade máxima de álcool por litro de ar alveolar. Como antes citado, o sistema da quantificação judicial foi abraçado para regulamentar e padronizar as condutas delitivas do art. 28 e 33 *caputs*.

Porém, foram feitas várias críticas por parte dos doutrinadores na época da elaboração da lei, o que gerou o acréscimo do parágrafo 2º que somou outros critérios a serem considerados pelo magistrado antes proferir sentença. Como disposto abaixo;

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Todavia, os elementos diferenciadores trazidos por este parágrafo, não foram tão benéficos na prática, já que, são revestidos de uma carga valorativa e subjetividade muito grande. No que tange as normas penais incriminadoras, é de conhecimento geral que esta deve estar vinculada ao princípio da legalidade estrita, por qual “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia comunicação” (Art. 1º CP).

Sem a devida atenção ao princípio da taxatividade, que nada mais é do que o princípio que exige clareza por parte do legislador na hora da elaboração das leis, visto que, deve tornar clara a conduta incriminadora para os indivíduos de uma sociedade, sendo utilizados termos precisos na descrição das condutas tipificadas, e não somente isto, mas são vedados os tipos penais vagos, ambíguos e imprecisos.

É evidente que o critério da natureza e da quantidade não podem ser os únicos a serem levados em consideração, tão pouco como fator exclusivo de distinção das condutas de uso e tráfico. Até mesmo porque, alguns indivíduos podem usar desses critérios para descaracterização do porte para tráfico, alegando estes critérios.

No entanto, apenas a luz do caso concreto é possível detectar quando há uma possível tentativa de descaracterização, uma vez que é muito recorrente que traficantes tenham à disposição apenas pequenas quantidades de drogas. Como no Art. 28 é usada a expressão “para uso pessoal”, a descrição do tipo penal indica pequena quantidade de entorpecente. A rigor, a quantidade de droga apreendida determinara se o agente portava para uso pessoal, de outra forma, poderá incorrer em tráfico de drogas.

Cabe ressaltar que a punibilidade entre estas duas condutas, são completamente opostas. Enquanto ao tráfico, é imposto o encarceramento, ao usuário não cabe a pena restritiva de liberdade. O perigo de tramitação errônea encontra-se neste momento, pois caso não haja demonstrado corretamente dentro do processo qual foi a real conduta realizada pelo indivíduo, este terá punição muito diversa da que seria cabível.

Considerando para ambos os lados que, o erro de tipificação não sanado durante o processo traz sobre o usuário uma sanção muito superior ao que estabelecido em lei, ocorrendo o mesmo com o traficante que incorrer no erro de

tipo, trará uma pena mais branda, pois sua conduta não correspondera a pena. Trazendo para este tema, a tão temida insegurança jurídica.

Quando não se difere claramente as condutas incriminadoras dentro do aparato legal e nem mesmo dentro dos tribunais, o cidadão por consequência terá ferida suas garantias individuais, frente ao poder punitivo do Estado. Quando isto acontece, abre espaço para à incerteza quanto à restrição do seu direito à liberdade, visto está submetido a decisões judiciais subjetivas e em algumas vezes arbitrárias. Destaca Roxin (ROXIN apud BITENCOURT, 2020, p.121), a respeito:

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

Como relação ao princípio da legalidade, para que este seja efetivo na prática, “cumprindo com o objetivo de determinar quais são as condutas puníveis e as sanções a elas estabelecidas, se faz necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas” (BITENCOURT, 2020, p. 121).

Categoricamente, o legislador usou em demasia conceitos que necessitam de complementação valorativa, restando ao juízo à complementação das condutas incriminadoras do art. 28, *caput*, e do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas. Desta maneira, nos deparamos diante de norma sem a técnica legislativa adequada, que não salvaguarda o cidadão da imprevisibilidade das decisões do Estado diante dessas condutas.

Incumbe ao julgador, buscar conhecimento acerca da quantidade máxima diária aceita pelo organismo humano, fato este que pode ser auxiliado por um *amicus curiae*, como a finalidade de fornecer subsídios às decisões e sentenças. Lembrando que a natureza e quantidade de drogas devem ser analisadas de conjunta.

Um critério amplamente criticado pela doutrina é o uso dos antecedentes criminais, utilizado para identificar a conduta típica praticada, ou seja, o fato incriminador e colocada aparte para realizar uma análise subjetiva do agente, consagrando a presunção de culpabilidade, divergente do posicionamento constitucional que garante o princípio da não culpabilidade.

Não que, de todo seja um critério que deva ser excluído, porém deve ser considerado de forma conjunta com os demais critérios que definam a conduta, tornando-se apenas um dos fatores interpretativos que somados pelo juiz, serão base para sua decisão.

Ademais, quando analisados os precedentes jurisprudenciais, percebesse que por falta de critérios objetivos na diferenciação das condutas faz com que esta responsabilidade fique à mercê da vara, câmara ou turma para onde o processo será distribuído. E resumidamente, o agente da conduta tem pouco aparato jurídico para sua defesa e mais da convicção pessoal do magistrado, que irá se de um juiz mais liberal ao mais conservador.

Pelo pouco já demonstrado, observasse que a maneira das condutas serem diferenciadas, mostra-se mais prejudicial ao usuário, na maioria dos casos já tem seu ingresso pela inicial do ministério público requerendo a condenação pela conduta de tráfico e não de uso.

O arquétipo criminológico da reação social, também conhecido como etiquetamento social ou *labelling approach*, (BARATTA, 2011, p. 85), “busca compreender a criminalidade estudando a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, partindo das normas abstratas até a ação das instâncias oficiais.”

Por essa característica, o rótulo se refere principalmente à resposta da instância oficial de controle social, que define o cliente do sistema penal, que, como amplamente previsto pela criminologia crítica, é a classe mais pobre da sociedade.

Salo de Carvalho conceitua com maestria a teoria do etiquetamento social, em uma abordagem crítica criminológica:

A política criminal correcionalista do positivismo criminológico, estruturada nas ideias de consenso social, patologia do criminoso, objetividade das estatísticas e gravidade do delito comum, ascenda ao macro método proposto pela criminologia crítica, em que as reações sociais e os processos de seleção, etiquetamento e estigmatização mostram uma nova forma de violência. A violência estatal das agências penais. A noção liberal - individualista é substituída pelo caráter institucional e social da produção de criminalidade, refletido através das normas penais (criminalização primária), da ação das agências de controle (criminalização secundária) e do atuar das instituições totais encarregadas da segregação (presídios e manicômios).

[...] a característica histórica dos modelos repressivos é a ampliação do poder de punir através de políticas maximalistas, o processo de descriminalização permite visualizar os primeiros passos para dirimir os efeitos nefastos provocados pelo aumento da punitividade, quais sejam, a seletividade, o etiquetamento e a estigmatização dos grupos e sujeitos vulneráveis (CARVALHO, 2016, p. 56).

Tal conceito, trazido pelo *labelling approach*, pode explicar o fato de os presídios do país estarem com sua capacidade máxima ou até mesmo superlotados de homens na sua maioria, pobres com ou sem nenhuma ou baixa qualificação profissional e usuário de drogas, boa parte deles condenados por tráfico de entorpecentes.

Estes dados ficaram ainda mais alarmantes depois da entrada em vigor da lei de Drogas. No ano de 2017, após serem colhidas informações dos estados, Distrito Federal e tribunais de justiça da PB e RN, ficou constatado que um a cada três presos no Brasil respondem pela conduta delitiva de tráfico (VELASCO, 2017).

Os dados foram referentes a 22 estados e Distrito Federal, demonstrando que 32,6% da população carcerária é formada por pessoas presas pela conduta de tráfico de entorpecentes. O estado do Tocantins foi o sétimo estado com menor percentual de indivíduos presos em razão do tráfico.

Segundo a mesma reportagem em seus levantamentos, houve aumento no número de presos pelo crime de tráfico desde a Lei de Drogas passou a vigorar subiu para 480%. A população carcerária no contexto do crime de tráfico era de 31.520 detentos nos presídios brasileiros. No ano de 2013, esse número passou para 138.366 e em 2017, foram contabilizadas cerca de 182.779 pessoas em restrição de liberdade pela conduta de tráfico.

Em entrevista ao portal de notícias G1 Luís Roberto Barroso, ministro do STF, afirmou:

Um dos grandes problemas que as drogas têm gerado no Brasil é a prisão de milhares de jovens, com frequência primários e de bons antecedentes, que são jogados no sistema penitenciário. Pessoas que não são perigosas quando entram, mas que se tornam perigosas quando saem. Portanto, nós temos uma política de drogas que é contraproducente (VELASCO, 2017).

Esse elevado crescimento da população carcerária, mesmo que por conta da nova Lei de Drogas, (como induz a matéria), também é resultado da falta de critérios mais claros e de posicionamentos dos tribunais, diante de alarmante situação social. E como ainda será demonstrado nesse estudo, casos que preenchiam todos os requisitos de tráfico foram proferidos como tráfico privilegiado. E como o Estado não é exímio em todas as suas decisões, nos resta compreender que o mesmo acontece com a conduta de porte de droga para consumo próprio, ou seja, usuários estão tendo suas sentenças proferidas, os enquadrando não no art. 28, mas no art. 33.

Presos por tráfico de drogas Lei faz número aumentar em mais de uma década

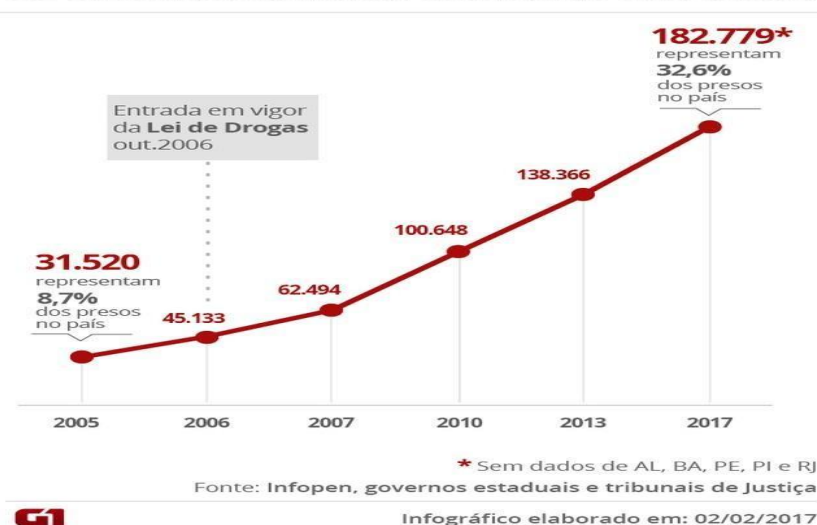


Figura 1. Gráfico exemplificativo
Fonte: G1, 2017.

Teoria do Etiquetamento não tem o objetivo de buscar as causas da delinquência, mas sim a razão de determinada conduta ser criminalizada, o que transforma totalmente do objeto de estudo, pois, “deixamos de estudar a delinquência e as causas de seu comportamento (paradigma etiológico), para estudarmos os órgãos de controle social que tem a função de controlar e reprimir os desvios (paradigma da reação social)” (BARATTA, 2011, p. 87).

Assim sendo, não é a intenção deste presente trabalho esclarecer as causas que levam determinados indivíduos a usarem ou a venderem drogas, o que conceitua Baratta como *dimensão comportamental* da criminologia. Mas, pretende-se discutir a dimensão da definição, como teoria e prática do Direito Penal, ao se tratar especificamente do funcionamento da justiça criminal e no seu modelo de imposição de critérios para definição das condutas de tráfico e uso.

3.1. STF - Compilado Jurisprudencial acerca da Lei de Drogas

Nesta mesma tentativa de diferenciação das condutas de uso e tráfico, o Superior Tribunal Federal Brasileiro, no ano de 2019 realizou um apanhado de suas decisões proferidas ao longo dos anos de vigência da Lei de drogas. Os entendimentos foram extraídos de julgados publicados até 09 de agosto de 2019.

Foram selecionados os julgados mais importantes da Corte, a respeito do tema, estes entendimentos têm como finalidade a pacificação ou ao que se pode considerar um grande avanço no sentido da pacificação. Todos estes julgados referentes aos temas relativos à Lei nº 11.343/06, para que exista maior segurança jurídica, o que como já tratado, há inúmeras obscuridades e pontos ainda a serem esclarecidos, no que tange a normatização a respeito das condutas delitivas mais recorrentes da lei.

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se, em um dos seus julgados, no sentido de o *princípio da insignificância* não ser cabível ao crime de tráfico, pois se trata de um crime de perigo contra a saúde pública, não sendo assim, compatível com o princípio da insignificância, sobressaltando a atuação delituosa do agente.

Destarte, o crime de tráfico, não atende aos requisitos do princípio da insignificância, a saber: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. O instituto não está previsto na lei penal brasileira, mas os tribunais o aplicam amplamente.

Sendo assim, o princípio da insignificância não se aplica aos delitos do art. 33, *caput*, e do art. 28 da Lei de Drogas, pois tratam-se de crimes de perigo abstrato ou presumido. Todos os julgados abaixo classificados são do Tribunal Superior Eleitoral.

Julgados: HC 461377/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018; EDcl no HC 463656/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 24/10/2018; AgRg no HC 387874/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 10/08/2017; HC 386093/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 27/04/2017; HC 377737/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 16/03/2017; AgRg no REsp 1578209/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 27/06/2016. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 456) (Vide Jurisprudência em Teses N. 45 – TESE 3) (Vide Legislação Aplicada: LEI 11.343/2006 – Art. 28 e Art. 33, *caput*) (Vide Repercussão Geral - TEMA 506).

O porte de entorpecente para consumo próprio foi uma das pautas que o tribunal recebeu e houve a necessidade de serem esclarecidos os aspectos sobre despenalização da conduta de uso, o que gerou o entendimento que não se

configurava mais como crime, porém a conduta não foi descriminalizada, não havendo, portanto, *abolitio criminis*. Esta é outra tese destacada pela Secretaria de Jurisprudência.

Julgados: AgRg no HC 475304/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019; HC 465535/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 11/03/2019; HC 478757/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 11/02/2019; REsp 1672654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018; HC 447338/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018; HC 412614/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 02/04/2018. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 636) (Vide Jurisprudência em Teses N. 45 – TESE 1) (Vide Legislação Aplicada: LEI 11.343/2006 – Art. 28) (Vide Repercussão Geral - TEMA 506).

O Agravo Regimental no Habeas Corpus (AgRg no HC 475304/MG), seguiu o posicionamento da Suprema Corte, dado na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, esta, já comentada anteriormente. Enfatizando que a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizada e não descriminalizada.

Em consequência, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar, em tese, reincidência. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores, não sendo incluídos no tipo a contravenção penal.

Portanto, se as contravenções penais, que são puníveis como prisão simples, não geram reincidência, é desproporcional que a conduta do art. 28, da Lei nº 11.343/06 configure reincidência, tanto que, nem mesmo possui pena privativa de liberdade.

Os julgados demonstrados abaixo, são todos relativos à tese de não reincidência, no tocante ao art. 28, da Lei de Drogas.

Julgados: AgRg no REsp 1778346/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019; AgRg no HC 475304/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019; AgRg no REsp 1776781/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 13/03/2019; HC 478757/SP, Rel.

Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 11/02/2019; AgRg no AREsp 1366654/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018; REsp 1672654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 636) (Vide Jurisprudência em Teses N. 29 – TESE 5 *Mudança de entendimento e Jurisprudência em Teses N. 45 – TESE 2 *Mudança de entendimento).

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o crime de uso de entorpecente para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, é de menor potencial ofensivo, o que determina a competência do juizado especial estadual, já que ele não está previsto em tratado internacional e o art. 70 da Lei de Drogas não o inclui dentre os que devem ser julgados pela justiça federal.

Esta tese contribui para que o fluxo de processos fosse melhor distribuído dentro do judiciário, dada esta competência aos juzados especiais estaduais. Os julgados que sustenta estas teses são:

Julgados: CC 144910/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe 25/04/2016; RHC 15232/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2004, DJ 26/04/2004 p. 179; CC 159433/RR (decisão monocrática), Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2018, publicado em 13/09/2018; CC 155280/RJ (decisão monocrática), Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 21/11/2017, publicado em 23/11/2017; CC 136251/MS (decisão monocrática), Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 30/03/2015, publicado em 09/04/2015. (Vide Jurisprudência em Teses N. 96 – TESE 11 e Jurisprudência em Teses N. 123 – TESE 11) (Vide Legislação Aplicada: LEI 11.343/2006 – Art. 28).

O tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada é definido pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não é crime equiparado a hediondo. Esta tese foi adotada de forma unânime durante o julgamento de questão de ordem e revisada sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015.

O chamado tráfico privilegiado, prevê que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) desde que o agente tenha os requisitos exigidos, que são: com bons antecedentes, seja primário, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Com o realinhamento da posição jurisprudencial, o colegiado decidiu cancelar a Súmula 512, editada em 2014 após o julgamento do REsp 1.329.088 sob o rito dos recursos repetitivos.

Para o STF, havia evidente constrangimento ilegal ao se enquadrar o tráfico de entorpecentes privilegiado às normas da Lei 8.072/90, que prevê os crimes de natureza hedionda, especialmente porque os delitos desse tipo apresentam contornos menos gravosos e levam em conta elementos como o envolvimento eventual e a não reincidência (ON LINE, 2021).

Julgados: AgRg no HC 485237/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 27/06/2019; AgRg no HC 485746/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 17/06/2019; HC 485543/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 27/05/2019; HC 492885/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 30/04/2019; AgRg no HC 467449/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 18/03/2019; HC 461769/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018; Pet 11796/DF (recurso repetitivo), Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 595) (Vide Jurisprudência em Teses N. 45 – TESE 4 *Mudança de entendimento – Súmula n. 512/STJ CANCELADA) (Vide Repetitivos Organizados por Assunto – TEMA 600) (Vide Legislação Aplicada: LEI 11.343/2006 – Art. 33, § 4º).

Integrado a este mesmo pensamento a Corte, de mesmo modo, decidiu que para ocorrer à diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 só poderá ter aplicação quanto todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes.

Como demonstrado simploriamente, os julgados do STF, ao longo dos anos de vigência da Lei de Drogas, pacificaram algumas obscuridades em relação às condutas incriminadoras de tráfico e uso.

Porém, em 24 de fevereiro de 2021 foi proferida decisão pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em sede de habeas corpus (HC 195.990) que manteve a decisão do Ministro Gilmar Mendes, este considerou não justificada a prisão de um paciente, pelo transporte de 188 kg de cocaína, o ministro substituiu a prisão preventiva de um acusado apreendido com a droga por medidas cautelares diversas da prisão.

Tais posicionamentos acima referidos pelo STF foram e são de grande importância para o esclarecimento da matéria e dos critérios que precisaram ser

pacificados para que assim exista segurança jurídica nesse assunto. Porém, nem todas as decisões proferidas pela Corte, foram bem aceitas pelos doutrinadores e operadores do direito.

De acordo com os autos, trata-se de um paciente que foi preso em fevereiro de 2020, com tão grande estimada quantidade de cocaína. Em vista destes fatos, o Ministério Público em denúncia imputou ao indivíduo crime de tráfico de drogas nos termos do art. 33, §1º 11.343/06.

O Min. Gilmar Mendes, e relator em questão, alegou em sua decisão que por trata-se de réu primário e de bons antecedentes. Embora tenha sido flagrado com quantidade de droga expressiva, nos termos da jurisprudência da Segunda Turma do STF, isso, por si só, não afastaria a aplicação do redutor de tráfico privilegiado, se o caso caracterizar uma situação de “mula”, o que poderia ser a hipótese dos autos. Como base nisto, afirmou ser desproporcional a imposição de prisão preventiva.

Dessa decisão proferida por Gilmar Mendes, foi interposto recurso pelo subprocurador-Geral da República, julgado no plenário virtual, sendo que a Segunda Turma do STF negou provimento ao agravo regimental e confirmou a decisão de Gilmar Mendes.

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). 3. Liberdade provisória. Possibilidade. A prisão preventiva deve indicar, de forma expressa, os seguintes fundamentos para sua decretação, nos termos do artigo 312 do CPP: I) garantia da ordem pública; II) garantia da ordem econômica; III) garantia da aplicação da lei penal; e IV) conveniência da instrução criminal – o que não ocorreu no presente caso. Na linha da jurisprudência deste Tribunal, porém, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos, sendo necessário que a alegação abstrata ceda à demonstração concreta e firme de que tais condições se realizam na espécie. Dessarte, a tarefa de interpretação constitucional para análise de excepcional situação jurídica de constrição da liberdade exige que a alusão a esses aspectos esteja lastreada em elementos concretos, devidamente explicitados. 4. Réu primário, sem antecedentes. Ausência de alteração fática. 5. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental desprovido. (HC 195990 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 01-03-2021 PUBLIC 02-03-2021).

Em virtude disso, é de suma importância que a autoridade judicial se convença quanto à autoria e a materialidade dos fatos, quando pesados todos os critérios e sua somatória resulte no entendimento do delito previsto no artigo 33,

caput, ou nessa mesma análise conjunta conclua que a infração foi o porte de entorpecente para consumo próprio configurado pelo artigo 28, *caput*.

O magistrado precisa-se valer de todos os critérios apresentados pelo §2º do artigo 28 da Lei 11.343/06, analisar o conjunto probatório e se convencer, de forma firme e coesa, pela culpa ou inocência do réu. Contudo, no caso acima demonstrado não é possível encontrar razoabilidade ante a narrativa dos fatos.

Cabe aqui ressaltar que este estudo, visa demonstra o quanto ainda existem discrepâncias e subjetividades na diferenciação das condutas de tráfico e uso. Este caso citado acima foi veiculado amplamente e gerou ainda mais insegurança nas decisões que ainda podem ser proferidas. Lembrando que este caso ocorreu no ano vigente deste estudo.

3.2. Os agentes que compõem o sistema penal e suas funções em relação à lei de drogas

Nesse momento da pesquisa, serão demonstrados os agentes que compõem o sistema penal e suas funções dentro deste sistema. Como atuam para que o ordenamento jurídico caminhe em sintonia e alcance seu objetivo de cumprir com o dever legal. Serão apresentados os órgãos com maior ligação a execução e fiscalização no que diz respeito à lei de Drogas.

Em primeiro lugar, cabe lembrarmos o que foi dito no primeiro capítulo deste trabalho e aprofundarmos o conhecimento a respeito do SISNAD - o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas. Este foi instituído pela Lei nº 11.343/06, e tem a função de prescrever medidas de prevenção, no que se refere ao uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Além das normas para repressão à produção não autorizada de substâncias entorpecentes, o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, também, prescreve medidas gerais contra o tráfico ilícito de drogas. O SISNAD tem como órgão superior o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD) e sua organização assegura a orientação central e a execução descentralizada das atividades vinculadas à Política Nacional sobre Drogas.

As normas estabelecidas por SISNAD tem o viés de repressão, metodologia esta, seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro. O Brasil é um dos países

signatários das convenções internacionais responsáveis pelo controle internacional de substâncias psicotrópicas e membro da Comissão de Narcóticos da ONU.

A política sobre drogas, por força dos acordos internacionais, dos quais o Brasil é signatário, é constituída por conjunto de eixos e subeixos, que se constituem como alicerces da política, a saber:

- i – redução da demanda: prevenção, promoção à saúde, cuidado, tratamento, acolhimento, apoio, mútua ajuda e reinserção social
- ii – gestão: incluídas as ações de estudo, pesquisa, avaliação, formação e capacitação; gestão de ativos.
- iii – redução da oferta: incluídas as ações de segurança pública, defesa, inteligência, regulação de substâncias precursoras, de substâncias controladas e de drogas lícitas, repressão da produção não autorizada, de combate ao tráfico de drogas, à lavagem de dinheiro e crimes conexos, inclusive por meio da recuperação de ativos que financiem ou sejam resultados dessas atividades criminosas (BRASIL, 2021).

Os chamados atores da política nacional sobre drogas no governo federal são: prevenção social, reinserção social, tratamento, gestão de pesquisa e financiamento, articulação, repressão. Estas ações estão envolvidas diretamente com os órgãos Ministério da Saúde e sua autarquia ANVISA, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Ministério da Cidadania e Ministério da Defesa.

Cada qual exercendo seu papel, no qual foi designado e são responsáveis por um sistema de políticas públicas, tendo extensões em âmbitos estaduais e municipais (JUSTIÇA, 2021).

Além disto, este estudo visa analisar também as instituições que compõem o sistema penal, a saber: Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, Polícias e instituições internacionais. Estes determinam as proibições, executam a persecução penal e impõem as sanções pela violação da norma proibitiva.

O Ministério Público é um órgão fiscalizar o efetivo cumprimento de todas as leis editadas no país, bem como aquelas decorrentes de tratados e acordos internacionais dos quais o Brasil seja signatário. E como já visto, o Brasil é signatário das convenções internacionais responsáveis pelo controle internacional de substâncias psicotrópicas.

No imaginário coletivo, a imagem mais forte que se tem do Ministério Público é a de órgão acusador. Talvez porque a seara criminal tenha sido a primeira área de atuação do Ministério Público, e porque, por determinação constitucional, somente os integrantes dos MPs Estadual e Federal, cada um em sua esfera de atribuições,

podem ser autores de uma ação penal pública. É o que se chama de atribuição privativa.

O oferecimento da denúncia, peça que dá origem à ação penal pública, é ato simples. Ele é consequência de uma série de atos anteriores, que envolve, às vezes, um processo demorado de investigação, com a participação, em alguns casos, de outras instituições (Polícia Federal, INSS, Receita Federal, Banco Central).

O MPF só denuncia alguém por um crime quando considera que a investigação conseguiu colher informações e dados que apontam para a materialidade (se o fato constitui mesmo crime e qual seria esse crime) e autoria (quem o teria cometido). A partir do recebimento da denúncia pelo juiz, dá início à ação penal. Se o juiz a rejeitar, o procurador poderá recorrer ao Tribunal Regional Federal.

Faz-se necessário informar o que é a denúncia. Ela é uma Peça de acusação formulada pelo Ministério Público contra pessoas que praticaram determinado crime, para que sejam processadas penalmente. A denúncia dá início à Ação Penal Pública.

Por último o e não menos importante, nessa engrenagem do sistema penal, tem a Polícia Judiciária. É uma função dos órgãos de segurança do Estado, sua principal atividade apurar as infrações penais civis, ou seja, as infrações relativas a militares que são apuradas pela Polícia Judiciária Militar conforme o art. 144, § 4º da Constituição Federal de 1988.

Tem sua autoria por meio da investigação policial, instrumentalizado pelo Inquérito Policial, que é um procedimento administrativo com caráter inquisitivo, servindo, via de regra, como base à pretensão punitiva do Estado formulada pelo Ministério Público Federal, Estadual ou militar, titular da ação penal de iniciativa pública.

A função da polícia judiciária engloba tanto a função de apurar a materialidade e autoria de crimes como a função de auxiliar o Poder Judiciário no cumprimento de diligências, relacionadas à atividade jurisdicional criminal, como os mandados de prisão e de busca e apreensão, conduções coercitivas, entre outros.

No âmbito estadual, caso não exista normas ou regimentos que regulamentem o assunto, não existe nenhuma norma constitucional ou federal que atribua, expressamente, a função de polícia judiciária, 'com exclusividade', à Polícia

Civil. Sendo assim, a Polícia Militar também pode cumprir uma ordem de busca e apreensão de um juiz estadual. Não haveria nenhuma inconstitucionalidade nesse caso.

Porém, a polícia militar pouquíssimas vezes foi acionada para cumprimento dessas diligências.

4. ANÁLISE DAS SENTENÇAS 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE PALMAS

Neste capítulo, trataremos dos posicionamentos jurisprudenciais quanto a conduta de tráfico e porte de drogas para consumo pessoal. Como visto no capítulo introdutório, na Lei 11.343/06 é possível perceber várias lacunas deixadas pelo legislador na redação deste diploma, o que implica na norma penal em branco em determinados artigos.

Como anteriormente explicitado, a norma penal em branco, trata-se de um preceito incompleto, indeterminado ou amplo, que necessita de uma ou norma complementar ou regulamento para que seja estabelecido os limites da norma incriminadora. Por este motivo, torna-se tão importante ressaltar que as lacunas deixadas pelo legislador na lei de drogas, ainda que estabelecido seus complementos demonstram-se insuficientes para distinguir as condutas.

A Lei de Drogas não determina o que vem a ser a conduta de tráfico propriamente dita, nem o que é porte, mas apenas apresenta critérios para que as autoridades judiciais utilizem como parâmetro para diferenciar ambas as condutas. Tornando assim, tais critérios, ínfimos e limitados para que sejam realizadas as devidas diferenciações, por consequência, também abre espaço para a arbitrariedade e excessos, de modo que, pode ser tomar decisões que provavelmente violarão as garantias criminais e processuais.

Desta feita, tais circunstâncias fazem com que a aplicação da lei seja inadequada, de tal maneira, que a conduta imputada ao réu fica à mercê do juízo, no qual sua demanda foi distribuída, demonstrando assim, que a insuficiente de definição das condutas pela legislação, afeta diretamente a decisão do magistrado, desde o momento do recebimento da denúncia até o trânsito em julgado.

É asseguradamente extenso o rol de precedentes jurisprudenciais, tanto no tocante ao usuário quanto ao traficante, que várias foram as decisões proferidas ao longo dos anos que se encontra vigente a Lei 11.343/06 e várias são as divergências contidas nessas decisões.

Em síntese, caberá a este capítulo a descrição e análise de casos concretos que tramitaram na 4ª Vara Criminal de Palmas, com o objetivo de demonstrar como a problemática deste estudo encontra-se presente na realidade social.

Os três processos a serem analisados, trata-se de Ação Penal Pública na qual o Ministério Público promoveu a denúncia, ambos como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, todos com sentença proferida dando absolvição ou desclassificação da conduta. Estes processos tramitaram na 4ª Vara Criminal de Palmas, entre março de 2019 e junho de 2020.

No Processo nº 0023945-52.2020.8.27.2729, o acusado X¹, foi preso em flagrante em 05 de maio de 2020, por trazer consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal, 6,9 (seis gramas e nove decigramas) de Maconha e 9,8 (nove gramas e oito decigramas) de Crack, outros fatos foram narrados na denúncia, todavia não cabem aqui serem ressaltados.

Pode ser percebido que, a quantidade de entorpecente encontrado com o acusado é considerada ínfima, extremamente pequena, no entanto, a denúncia promovida pelo Ministério Público restou por incurso no art. 33, *caput*.

Diante do exposto, o Ministério Público do Estado do Tocantins DENUNCIA a Vossa Excelência, [...] como incurso no art. 33, “*caput*” da Lei nº 11.343/2006. Espera que a presente Denúncia seja recebida, determinando-se o processamento do feito pelo rito do art. 54, “*caput*”, e seguintes da Lei nº 11.343/06, com a citação do denunciado, [...], para apresentação da Defesa Prévia escrita (art. 55, *caput*, da Lei nº 11.343/06), seguindo-se à instrução do feito com o interrogatório, tomada de declarações das testemunhas a seguir arroladas e realização dos debates orais. Tudo para que, ao final, seja condenado nas penas cominadas. (Parte da Denúncia do Ministério Público, p.2).

Porém, a quantidade encontrada com o acusado não foi levada em conta pela denúncia do Ministério Público, tão pouco que o local onde ele foi flagrado, em sua própria residência, onde os policiais adentraram sem nenhuma autorização judicial e nem anuência do mesmo. Se somados os fatos e por bom senso, indicaria porte para consumo próprio e não tráfico.

A denúncia foi recebida pelo juízo competente em 12 de junho de 2020, e sua defesa prévia foi apresentada tempestivamente, devido ao contexto pandêmico de 2020, o acusado logo recebeu alvará de soltura. Mas sua audiência apenas ocorreu em 19 de agosto de 2021, ou seja, 1 (um) ano e 2 (dois) meses depois, onde

¹ Para garantir a privacidade dos sentenciados, serão utilizadas letras do alfabeto para nomeá-los.

ocorreu a inquirição das testemunhas arroladas pelas partes, o interrogatório do réu, como também acolhida as alegações orais do MP e da Defesa.

Em suas alegações orais, a representante do Ministério Público ratificou a denúncia oferecida, requerendo a condenação do réu nos exatos termos da peça exordial. Já a Defesa, em suas alegações requereu a impugnação preliminar que fosse reconhecida a ilegalidade das provas, visto essas terem sido colhidas em face de invasão de domicílio.

Restou então, desde a abordagem da policial militar até a filtragem do Ministério Público a razoabilidade e a proporcionalidade perante os fatos. Foram desrespeitados vários direitos do réu, como o art. 157 do Código de Processo Penal que dispõe:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Outro direito violado do acusado foi a inviolabilidade do domicílio, assim assevera a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (grifo nosso)

Após o decurso de mais de 1 (um) ano, no dia 30 de setembro de 2021 foi proferida a sentença nos autos do processo nº 0023945-52.2020.8.27.2729, onde foi julgado improcedente a pretensão estatal constada na denúncia, por falta de provas dentro do processo que confirmassem que o acusado realmente fosse traficante ou que incorresse na conduta de tráfico de entorpecentes.

Fica claro que, por mera presunção e suposição o indivíduo, outrora réu, foi acusado do crime capitulado no artigo 33, *caput* da Lei nº 11.343/06. Não sendo provado em nenhum momento dentro do processo que o pressuposto fosse verdadeiro, e apenas hipóteses foram alegadas.

Constitui-se algo em extremo sério, dentro no Direito Penal, uma vez que não se deve permitir que a liberdade do indivíduo pudesse ser cerceada por meras presunções, e restando dúvidas quanto à imputação dos fatos ou conduta incriminadora, cabe e deve ser aclamado o Princípio do *in dubio pro reo*.

Conforme analisado, o réu sofreu acusação por tráfico de entorpecentes, não sendo levado em consideração nenhum critério real, apenas o porte, também não sendo considerado a quantidade ínfima que se encontrava com o indivíduo. Assim sendo, o juízo foi em desfavor da inicial, e proferiu a seguinte sentença, como transcrita abaixo;

Ante o exposto JULGO IMPROCEDENTE a pretensão estatal constante da denúncia do evento 01, e, com fulcro no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal, ABSOLVO [...] do crime capitulado no *artigo 33, caput da Lei nº 11.343/06*.

Outro caso semelhante, ocorrido na comarca de Palmas-TO, na 4ª Vara Criminal foi o processo nº 00008405-61.2020.8.27.2729, ocorrido em data próxima ao processo anteriormente citado, o réu Y deste processo também foi acusado por incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

O acusado foi flagrado no dia 08 de dezembro de 2019, tendo em depósito drogas, sem autorização legal ou regulamentar em sua mochila, a droga apreendida constatada em laudo pericial definitivo nº 0592/2021, foi Cocaína com massa líquida de 0,7g (sete decigramas). Outras acusações foram atribuídas dentro do processo, todavia não cabem aqui serem analisadas. Os guardas municipais acompanharam até a residência que se encontrava e fizeram averiguação no local sem prévia autorização judicial.

A denúncia foi recebida dia 12 de fevereiro de 2020, pelo juízo a apresentação da defesa prévia do acusado foi apresentada tempestivamente. A audiência foi realizada em 09 de dezembro de 2020, um pouco mais de 1 (um) ano depois, nesse momento foram ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação, uma testemunha de defesa e o interrogatório do réu.

Novamente, em fase de alegações finais o MP ratificou a denúncia oferecida, requerendo condenação do réu nos termos constados na inicial, ou seja, condenação por tráfico de drogas. A Defesa por sua vez requereu a rejeição da denúncia, por inépcia e absolvição pelas provas produzidas, visto que estas foram maculadas a partir da invasão de domicílio.

Novamente, foram vislumbradas falhas desde a abordagem da guarda municipal até a filtragem das informações por parte do Ministério Público para oferecimento da denúncia, os pontos de fragilidade são os mesmos do processo anterior, no que diz respeito ao art. 157 do Código de Processo Penal, que trata da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo e o art. 5º da Constituição Federal em seu inciso XI, no que tange a inviolabilidade do domicílio.

Restou em análise pelo magistrado, que os elementos contidos nos autos, e as provas colhidas ao longo da persecução penal encontravam-se maculadas por vício, e trazia ao réu absolvição das acusações que lhe foram imputadas, uma vez que é notório o excesso de atuação por parte da guarda municipal. Conforme própria sustentação de sua decisão, o magistrado realizou a seguinte fala na redação da sentença:

Em que pese ter sido localizada uma pequena porção de cocaína, quase revela mais compatível com porte ou guarda para uso próprio ou compartilhado, percepção tal que mais se torna nítida quando analisadas as declarações dos próprios guardas, que disseram que no local parecia estar havendo uma festa com consumo de bebidas e drogas, tenho que reconhecer que a ação policial foi ilegítima e em conflito com a legislação processual penal e com a Constituição'. (Sentença do processo nº 00008405-61.2020.8.27.2729, p. 10).

A atuação errônea da guarda municipal, somada à falta de análise prévia por parte do *parquet* gerou imenso constrangimento a parte acusada, e não somente isso, mas como também uma demanda falha, que resultou em tempo e desgaste do judiciário em analisar e proferir sentença por algo que desde seu primeiro momento, já restou ineficaz e injusto.

Insta salientar a decisão proferida pelo Superior Tribunal Justiça, no *Habeas Corpus* 628371, onde o Ministro Rogerio Schietti Cruz, em julgamento ocorrido em 16 de março de 2021, cita a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, onde a doutrina e jurisprudência, em regra tendem a não aceitar tais provas por serem frutos das chamadas provas ilícitas, por serem produzidas em uma parte do

processo comprovadamente de forma irregular ou ilegal. Como aludido por Fernando Capez em sua obra;

Tais provas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício de ilicitude em sua origem, que atinge todas as provas subsequentes. Serão ilícitas as demais provas que delas se originarem Tal conclusão decorre do disposto no art. 573, § 1º, do CPP, segundo o qual “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (nesse sentido: STF, Plenário, APn 307-3/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13 out. 1995; Pleno, HC 69.912-0/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-1993, DJU, 25 mar. 1994). (CAPEZ, 2016. p. 402).

Não há o que se dizer, caso a guarda municipal estivesse em mão prévia autorização judicial para adentrar o domicílio do acusado, ainda assim, não restariam dúvidas de que 0,7 (decigramas) nem de longe configuraria tráfico ilícito de entorpecente, sendo claro que tal quantidade deve ser pressuposto de porte para consumo próprio.

O então juiz da 4ª vara criminal de Palmas manifestou em sentença dia 25 de julho de 2021, contrário a denúncia do MP, que sustentou durante todo processo, o pedido de condenação do réu pela conduta do art. 33 da Lei de Drogas por portar 0,7 (decigramas) de cocaína. Como disposto abaixo:

Ante o exposto JULGO IMPROCEDENTE a pretensão estatal constante da denúncia do evento 01, e, com fulcro no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal, ABSOLVO [...] do crime capitulado no artigo 33, *caput* da Lei nº 11.343/06. (Sentença do processo nº 00008405-61.2020.8.27.2729, p. 14).

O último caso a ser analisado por este estudo é o processo nº 0011355-77.2019.827.2729, tramitado na Vara em questão, este possui uma configuração um pouco mais complexa, porém é nítido também desde o primeiro momento que não se tratava de tráfico, mas porte para consumo próprio. Como foi decidido pelo juízo ao final do processo.

Consta nos autos do inquérito policial, que no dia 03 de fevereiro de 2019, os denunciados A, B e C, foram flagrados trazendo consigo, sem autorização e em desacordo com as normativas vigentes, 01 (uma) trouxinha de Maconha, com peso líquido de 0,5g (cinco decigramas), 01 (uma) trouxinha de Cocaína, com peso líquido de 6,5g (seis gramas e cinco decigramas), conforme constatado no laudo pericial definitivo nº 0733/2019.

Os mesmos não foram acusados apenas pelo art. 33, *caput*, mas também pelo art. 40, Inciso VI, da Lei de Drogas, visto que no momento do flagrante ter um menor de idade, presente no local. Haja vista, no processo os acusados receberem imputação de outros crimes, porém, iremos nos ater apenas as acusações presente na demanda que estão ligadas a Lei nº 11.343/06.

Recebida a denúncia do Ministério Público e as respectivas Defesas Prévias foram apresentadas tempestivamente, assim sendo designada audiência de instrução para o dia 26 de junho de 2019, onde foram ouvidas as testemunhas e interrogatório dos acusados.

A exordial MP por sua vez encontrou-se regular, presentes os pressupostos processuais e as condições necessárias para ação. A denúncia pleiteou dois artigos combinados da Lei de Drogas, que foram:

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."

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...)

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação (...).

Na individualização das condutas, o juiz analisou cada depoimento prestado pelas testemunhas e o interrogatório dos acusados, como também, verificou a autoria de cada ato. Devido ao depoimento dos acusados, não haver divergência e todos assumirem que eram usuários e já haviam utilizado drogas em conjunto em outras ocasiões.

No entanto, a somatória das testemunhas e dos policiais que alegaram que três dos acusados aparentarem estarem alterados, o magistrado, assim desclassificou a conduta do art. 33, *caput*, descrita na denúncia, quanto ao crime de Tráfico de Drogas para o artigo 33, § 3º, ambos da Lei de Drogas, é medida que se impõe em relação aos acusados, dentro do processo.

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:
(...)

§ 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.

As demais condutas incriminadoras, descritas na denúncia e que não eram compatíveis com a competência da 4ª Vara Criminal, foram formuladas e ingressadas, no juízo competente o qual tramita sob o nº 0018933-91.2019.827.2729 junto à 3ª Vara Criminal de Palmas. Assim sendo, segue abaixo a decisão do juiz:

Assim sendo, DESCLASSIFICO a conduta descrita na denúncia quanto ao crime de tráfico de drogas atribuída aos denunciados [...] para a tipificada no artigo 33, § 3º da Lei nº 11.343/06.

Determino a remessa eletrônica dos presentes autos, bem como dos seus apensos e dos objetos apreendidos para o Juizado Especial Criminal desta Comarca para impulso, em razão da incompetência deste Juízo. (Sentença do processo nº 0011355-77.2019.827.2729, p. 5).

Cabe ressaltar que, em ambos os casos era notório desde o primeiro momento da abordagem policial, que nenhum dos casos caberia à aplicação da conduta de tráfico de entorpecentes, e ambos os crivos tanto da polícia quanto do MP, não foram vistos ou não foi quisto verificar que as provas eram de total inconsistência, maioria das provas alegadas não passaram de presunção e parcialidade por parte dos órgãos.

Não sendo levado em consideração que no Direito Penal, quando há dúvidas quanto à autoria e imputação dos fatos ou conduta incriminadora, a favor do réu a decisão deve ser tomada em benefício do Réu, assegurando assim, o princípio da presunção de inocência.

Vale destacar que, este estudo não tem nenhuma intenção de desacreditar qualquer órgão aqui citado, a presente pesquisa apenas visa relatar as falhas processuais existente, com enfoque na 4ª Vara criminal da Comarca de Palmas Tocantins e indicar possíveis rumos de melhorias, para que seja alcançado êxito nesse tema tão delicado.

Para que seja lograda a tão desejada segurança jurídica, não somente para o Estado, tendo seu poder punitivo mais assertivo possível, mas principalmente para o cidadão que merece ser julgado e condenado corretamente por seus atos, não sendo sentenciado, por meras convicções parciais.

4.1 Princípio da Proporcionalidade

Cabe nesse momento explanar sobre o princípio da proporcionalidade, que é um importante princípio constitucional de modo a limitar a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos. Este princípio foi largamente adotado após a Segunda Guerra Mundial pela jurisprudência alemã, preceituando que nenhuma garantia mesmo que constitucional teria valor supremo e absoluto, de forma a extinguir outra garantia ou valor equivalente (CAPEZ, 2016, p. 223).

No que tange ao Direito Penal, este princípio tem como objetivo moderar os critérios e ponderar todos os aspectos que influenciaram no resultado da sentença. Este princípio tem um grau de relevância muito importante dentro do direito penal, onde a exigência da proporcionalidade chama o equilíbrio que deve existir com relação entre o crime e a pena, ou seja, se a pena está de acordo com a gravidade do crime cometido. Como dito por Barros (1996, p. 89-90), em sua obra Reflexões sobre a política criminal, acrescenta:

O Princípio da Proporcionalidade como uma das várias ideias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, neste contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda a intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade funciona como Estado de Direito, pois estão intimamente ligados as garantias dos direitos e das liberdades individuais de cada pessoa dentro da sociedade, de maneira que não precise cumprir uma punição estatal maior do que o crime que cometeu.

No âmbito do Direito Penal, o conhecimento de que devem existir medidas de proporcionalidade nas penas não é recente, pois já que lei do talião já se previa penas como: *olho por olho, dente por dente*. Esta pode ser considerada a primeira forma escrita de uma lei que estabelecia a qualidade da pena a ser imposta a uma conduta, estando presente em todos os modelos jurídicos arcaicos, desde Hamurabi (XVIII a.C.) a Lei das XII Tábuas (450 a.C.).

O caráter punitivo de penas está presente desde os primórdios da humanidade, na Antiguidade existia a conduta coercitiva do Estado ou mesmo o poder punitivo do Estado, mas todas as penas se tratavam com lesões corporais que poderiam resultar em morte. Na Idade Média as penas passaram a ter o caráter bárbaro, sendo por muitas vezes torturas físicas, mutilações, exposições ao público e humilhação. Fatos estes que perduraram por séculos.

Raúl Cervine (2002), um dos importantes influenciadores do movimento para a existência de penas privativas de liberdade, deu sequência nos ensinamentos de Bitencourt, quando escolheu questionar as penas de morte, que essas não se mostravam efetivas contra o processo de criminalidade. No entanto, apenas no século XVIII foi adquirido caráter de pena para a chamada privação e liberdade, nessa época a prisão constituiria as penas para os países civilizados.

Esse breve contexto serve para identificar o princípio e sua evolução histórica, o princípio da proporcionalidade no Direito Penal é a garantia de que crimes e punições sejam aplicados de forma coerentes, sempre baseado no equilíbrio entre sanção coercitiva e o delito cometido, devendo haver a preservação dos direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, para que haja respeito à integridade físico-psíquica dos condenados.

A violação do princípio da proporcionalidade está para além da inobservância deste quando da aplicação das leis penais no caso concreto, mas inclusive se manifesta no exercício imoderado do poder, do próprio poder legislativo no ato de legislar, quando da criação de normas muitas vezes ambíguas, contraditórias, incongruentes que carecem de razoabilidade (BITENCOURT, 2020, p. 70).

César Bitencourt (2020, p. 69), identifica o conceito da dignidade da pessoa humana como “Dignidade da pessoa humana é um bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do Homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si. ”

Podendo ser resumido o princípio da proporcionalidade como muito superior a um simples critério ou regra, mas como um princípio inerente ao Estado Democrático de Direito, cabendo à norma no caso concreto ter seus requisitos analisados como necessidade, adequação e proporcionalidade. Cabe ressaltar que, não significa dizer que haverá uma proteção deficiente e sem critérios, e nem tão pouco, que existirá proibições em excesso.

Nesse sentido, a consequência penal a ser imposta pelo juiz para o comportamento de cada indivíduo, deve ser apta para conseguir chegar ao correto modo de punição, sempre nos limites do necessário, analisando para não incorrer em excesso ou prejuízos às partes dentro do processo legal, pois, tem o cidadão em seu favor o direito fundamental a liberdade, o qual apenas pode ser restringido quando houver justo motivo para isso.

Assim sendo, é inconstitucional, e é extremamente desproporcional que um usuário receba uma pena que corresponda à conduta de tráfico de drogas, e tenha a privação da sua liberdade, ao invés da aplicação de medidas alternativas, que seriam as medidas correspondentes ao seu delito, sendo bem menos gravosa e mais eficaz à sua finalidade da norma que é a reinserção social dos usuários.

Porém, a devida aplicação do princípio da proporcionalidade, apenas ocorrerá, quando forem sopesadas as necessidades de cada caso concreto a luz da norma jurídica, e de todo o arcabouço jurídico que for preciso para dar ao cidadão a pena justa que lhe for devida.

4.2 Princípio da Segurança Jurídica

Este princípio constitui uma das bases do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em seu conceito primordial a estabilidade e previsibilidade das Leis e das decisões judiciais acerca do mesmo assunto, para que exista a proteção dos indivíduos, bem como a confiança no Estado Democrático de Direito. O princípio da segurança jurídica não está atrelado apenas ao Direito Penal, mas a todo contexto legal brasileiro.

O princípio da segurança jurídica ou da confiança, leva em consideração a boa-fé do cidadão que confia e aguarda do poder público que seus atos praticados sejam lícitos e, dessa maneira, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros.

Segundo César Bitencourt, o Direito Penal dentro do Estado democrático de direito, é o mesmo que o exercício do *ius puniendi*, que se submete ao império das leis que regem uma nação cujo seu sistema é o democrático. Deste modo, o Direito Penal de ser cumprido, de maneira que haja sempre o respeito as normas e garantias constitucionais. Este princípio foi consagrado pelo diploma constitucional

em seu art. 5º, XXXVI, pelo qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 2021).

A estabilidade jurídica não significa a imutabilidade ou paralização do direito, mas em proporcionar um mínimo de estabilidade as relações jurídicas, que impeçam constantes alterações na legislação e nas decisões proferidas pelos tribunais, de maneira que seja proporcionado ao cidadão a credibilidade nas ações do Estado, bem como estabeleça-se limites a sua atuação (TAVARES, 2012, p. 766).

O que este princípio prevê, nada mais é do que evitar ao máximo a imprevisibilidade das decisões judiciais, pois o esperado é que os magistrados julguem conforme o direito, sendo a lei o limite da atuação do juiz. Nesse sentido proíbe a atuação do estado imprevisível e inovadora que resulte em prejuízo ao cidadão.

Este é extremamente necessário nos casos que necessitem da aplicação da Lei de Drogas, pois se tornou comum a ocorrência de decisões divergentes entre os órgãos julgadores, uma vez que a lei abre margem para os juízes decidirem, dessa maneira quem faz jus a conduta de tráfico ou quem vai ser considerado usuário, fazendo surgir na sociedade em geral a incerteza quanto às consequências de seus atos, bem como o sentimento de ser lançado a sorte, para livre vontade e parcialidade do magistrado. Dessa maneira, decisões diferentes em casos similares geram insegurança jurídica na aplicação da Lei nº 11.343/2006.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento deste trabalho proporcionou analisar e refletir sobre a configuração dos crimes de uso e tráfico de entorpecentes da Lei 11.343/2006, em especial, quanto à subjetividade dos parâmetros de distinção entre as condutas incriminadoras elencadas no artigo 28, *caput* e do artigo 33, *caput* da Lei de Drogas.

A lei, em seus respectivos artigos, não estabelece critérios distintivos adequados para serem levados em consideração pelo magistrado e corretamente possa atribuir a conduta ao agente no caso concreto. À vista disso, não se apresenta segura e oportuna para o enquadramento correto do fato da norma incriminadora.

Em uma leitura minuciosa da Lei de Drogas, é possível perceber os critérios que são previstos pelo legislador, em sua maioria se utilizando da lei penal em branco ou mostra-se como instrumento a ser utilizado pelo estado-juiz. Desta feita, os órgãos judicantes aplicam a Lei 11.343/06 de forma divergente, dependendo de quem praticou a ação delituosa. Nesse aspecto, em sua maioria das vezes o delito de tráfico de entorpecentes recairá sobre os indivíduos estereotipados ou considerados criminosos, por diversos elementos sociais subjetivos.

Caso contrário, identifica-se uma certa dificuldade do sistema penal em geral, considerar a classificação de um indivíduo de classe social mais abastada na conduta de tráfico, como que automaticamente, não lhe fosse possível praticar esta conduta delitiva por sua classe social.

É importante salientar que, o legislador quando aboliu a pena de cárcere, ou seja, quando despenalizou a conduta de usuário de drogas, estabelecendo penas alternativas no lugar da prisão, buscou lhe oferecer tratamento no campo da assistência social, da educação e da prevenção, para que fosse afastada a repressão mais severa do poder punitivo estatal.

Todavia, em razão de a lei não padronizar ou mesmo estabelecer formas mais precisas, dos tipos penais elencados no art. 28, *caput* e do art. 33, *caput*, têm proporcionado muitas divergências, por serem baseadas nas convicções de cada magistrado que decide, de acordo, com os pressupostos que lhe forem explanados durante o processo, podendo as decisões conterem a parcialidade de cada juízo ou corte diante do assunto.

A subjetividade da norma traz graves prejuízos ao indivíduo que tenha cometido à conduta de uso, mesmo que esta conduta tenha sido despenalizada pela lei, não mais cabendo a pena privativa de liberdade, por vezes no campo processual e pode ser confundida com a conduta de tráfico, onde a lei vigente aumentou sua penalidade de 3 (três) para 5 (cinco) anos de pena mínima.

Desta maneira, caso não fique claro no processo qual conduta foi cometida pelo sujeito e o magistrado decida, por condená-lo pela conduta de tráfico, com base em seu livre convencimento, acarreta-se em uma injusta condenação. Haja vista, que a lei de drogas veio com o intuito de auxiliar o usuário, tratando-o de maneira mais preventiva do que punitiva, visto seu estado físico e emocional, de possível dependência química.

Mas caso contrário, não reste provadas ou fique incerta, sua conduta de uso dentro do processo legal, o que resultaria em uma pena alternativa, terá como resultado uma pena com equiparação a crime hediondo. O que torna totalmente desproporcional a pena, que não condiz em nada com a prática delituosa que deveria ser responsabilizado.

Consequentemente, a natureza subjetiva da norma que é base para o juiz decidir dentro do processo qual foi o crime praticado, trouxe fragilidades ao princípio da segurança jurídica quanto aos resultados que serão imputadas ao sujeito do processo, pois a estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais ficam comprometidas diante de tantos julgamentos divergentes. Dessa forma, é possível encontrar sem tanta dificuldade situações fáticas muito semelhantes, porém com respostas jurisdicionais distintas, dependendo sempre da pessoa que pratica o ato delituoso.

O princípio da proporcionalidade como tratado no último capítulo é esquecido na medida em que o magistrado mostra dificuldade em aplicar as penas alternativas à liberdade aos usuários de drogas, sendo optado pelo encarceramento, classificando-os como traficantes. Dessa maneira, a reposta penal se torna extremamente gravosa para a conduta típica do porte de droga para consumo pessoal, quando a lei prevê uma pena menos danosa e eficaz à sua finalidade, que é; de prevenção e reinserção do usuário. À vista disto, o direito fundamental à liberdade é restringido sem justo motivo.

Diante do exposto, entendemos que a norma que estabelece os quesitos de diferenciação das condutas de usuário e traficante, mas geram transtornos ao sistema e a sociedade, do que produz real eficácia para o ordenamento jurídico, ou seja, o seu conteúdo mostra-se incompatível com valores e fundamentos constitucionais.

Sendo assim, é inevitável a criação de novos critérios legais objetivos e precisos, que demonstrem a diferença dos tipos penais do artigo 28, *caput*, e do art. 33, *caput*, de modo que se encontra integralmente inserido na norma no sentido formal, e não sob a discricionariedade ou convicção dos órgãos judiciais, para que seja garantida a segurança nas decisões judiciais que envolvam os crimes desta legislação sobre drogas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica. 1996.

BARÃO, João Henrique Assumpção. **Reflexões sobre a política criminal de drogas, seus fracassos e alternativas**. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito). Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2019.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Decreto n. 9761, de 11 de abril de 2019. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Lei n. 11.343/2006, de 22 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

CAMPOS, Vanessa Correia. **O usuário e o traficante na lei 11.343/2006: uma análise sobre os critérios distintivos**. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito). Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 8. ed. Saraiva Educação S.A., v. 3, 2016.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COTRIM, Wiury Lemos. **A lei de drogas e seus impactos no Brasil**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Evangélica. Anápolis, 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUATIMOZIM, Julian Dias. A descriminalização do uso de drogas sob a interpretação constitucional e o etiquetamento social do usuário. **Revista da Defensoria Pública RS**, Porto Alegre, v. 17, janeiro/abril 2017.

HOSPITAL SANTA MÔNICA. **Entenda de uma vez por todas a diferença entre usuário e dependente em drogas**. Disponível em: <https://hospitalsantamonica.com.br/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

JUSTIÇA FEDERAL 4ª REGIÃO. **STJ**: Terceira Seção revisa tese e cancela súmula sobre natureza hedionda do tráfico privilegiado. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=12459. Acesso em: 18 nov. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**: volume único I, 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LINS, Emmanuela Vilar. A nova lei de drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. In: **Toxicomanias**: incidências clínicas e socioantropológicas. 2009.

MANENTE, Matheus Willian. **Tráfico ilegal e porte de drogas para consumo próprio na lei 11.343/06**: a identidade de condutas entre os delitos. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Centro Universitário de Brasília. BRASÍLIA, 2014.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: lei n°. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Lei De Drogas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Órgãos e instituições envolvidos na política nacional sobre drogas**. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br>. Acesso em: 18 nov. 2021.

OLIVEIRA, Maria Célia Néri de. **Por dentro do MPF**: conceitos, estrutura e atribuições. MPF, 7. ed. Brasília 2021.

PEREIRA, Luana Rebeca Silva. **Tráfico de drogas, direito penal do inimigo e seletividade penal na definição entre usuários e traficantes**: estudo em Sentenças da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador no ano de 2016. Trabalho de Conclusão de Curso. Salvador, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **O STJ e o princípio da segurança jurídica**. Disponível em: link: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 16 nov. 2021.

RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre às drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade (Tese de Doutorado) - Universidade de São Paulo: faculdade de Direito, 2006. Disponível em:

<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2021.

SAPUCAIA, Gabrielle da Rosa. **Consequências jurídicas e sociais da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal no âmbito do controle formal e informal**. Brasília, 2016 Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Centro Universitário de Brasília.

SOUZA, Luiz Fernando Gomes. **O crime de porte de drogas para consumo pessoal frente à lei nº 11.343/06: a caminho da descriminalização**. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/4946>. Acesso em: 18 nov. 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago. **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas**. Disponível em: <https://g1.globo.com/>. Acesso em: 18 nov. 2021.