



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**MATHEUS GONDIM DUARTE**

**A FALIDA GUERRA CONTRA AS DROGAS E O SISTEMA PRISIONAL  
BRASILEIRO: A OBSCURIDADE DO § 2º DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006 E  
SEUS EFEITOS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

**JOÃO PESSOA  
2021**

**MATHEUS GONDIM DUARTE**

**A FALIDA GUERRA CONTRA AS DROGAS E O SISTEMA PRISIONAL  
BRASILEIRO: A OBSCURIDADE DO § 2º DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006 E  
SEUS EFEITOS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Fabio Bezerra dos Santos

**JOÃO PESSOA  
2021**

D812f Duarte, Matheus Gondim.

A falida guerra contra as drogas e o sistema Prisional brasileiro: a obscuridade do § 2º do art. 28 da Lei 11.343/2006 e seus efeitos no sistema penal brasileiro

/ Matheus Gondim Duarte. - João Pessoa, 2021.

55 f.

Orientação: Fabio Bezerra dos Santos.

TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Lei de Drogas. 2. Políticas públicas. 3. Sistema penal. I. dos Santos, Fabio Bezerra. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

**MATHEUS GONDIM DUARTE**

**A FALIDA GUERRA CONTRA AS DROGAS E O SISTEMA PRISIONAL  
BRASILEIRO: A OBSCURIDADE DO § 2º DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006 E  
SEUS EFEITOS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Fabio Bezerra dos Santos

**DATA DA APROVAÇÃO: 13 DE DEZEMBRO DE 2021**

**BANCA EXAMINADORA:**

**PROF. DR. FABIO BEZERRA DOS SANTOS  
(ORIENTADOR)**

**PROF. DR. DELOSMAR DOMINGOS DE MENDONCA JÚNIOR  
(AVALIADOR)**

**PROF. DR. PAULO AMÉRICO MAIA DE VASCONCELOS FILHO  
(AVALIADOR)**

**JOÃO PESSOA  
2021**

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo e enfoque principal o estudo acerca da Lei de Drogas, as atuais políticas públicas de prevenção e repressão e as consequências da ineficácia dos sistemas legais existentes. A pesquisa tutela as maiores dificuldades advindas do silêncio da norma quanto aos pressupostos objetivos à diferenciação entre indivíduo usuário do traficante, bem como enfatizar a urgência em sanar as lacunas legislativas. A metodologia empregada na elaboração deste estudo foi a de pesquisas bibliográficas, busca de jurisprudências, bem como a análise histórica das leis antidrogas no Brasil. Este trabalho foi dividido em quatro capítulos. Primeiramente, tratar-se-á das políticas antidrogas no Brasil e seu contexto de surgimento. Em seguida, far-se-á a análise da Lei nº 11.343/2006 e seus aspectos. Posteriormente, serão discutidas as falhas da referida lei e os debates doutrinários, bem como o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da matéria. E, por fim, será analisado o Sistema penal e prisional brasileiro, suas incongruências frente à Constituição Federal Brasileira e a necessidade da implementação de políticas educacionais diante do aumento da população carcerária brasileira no que concerne à Lei de Drogas.

**Palavras-Chave:** Lei de Drogas. Políticas Públicas. Sistema Penal.

## **ABSTRACT**

The present work has as objective and main focus the study about the Drug Law, the current public policies of prevention and repression and the consequences of the ineffectiveness of the existing legal systems. The research addresses the greatest difficulties arising from the silence of the norm regarding the objective assumptions for differentiating between individual users and drug dealers, as well as emphasizing the urgency of remedying legislative gaps. The methodology used in the elaboration of this study was bibliographical research, search for jurisprudence, as well as the historical analysis of anti-drug laws in Brazil. This work was divided into four chapters. First, it will deal with anti-drug policies in Brazil and their context in which they emerged. Then, the analysis of Law No. 11.343/2006 and its aspects will be carried out. Subsequently, the failures of the aforementioned law and the doctrinal debates will be discussed, as well as the position of the Superior Courts on the matter. Finally, the Brazilian penal and prison system will be analyzed, its inconsistencies with the Brazilian Federal Constitution and the need to implement educational policies in view of the increase in the Brazilian prison population with regard to the Drug Law.

**Keywords:** Drug Law. Public policy. Criminal System.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2 POLÍTICA ANTIDROGAS NO BRASIL.....</b>	<b>10</b>
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO.....	11
2.2 ASPECTOS SOCIAIS.....	11
2.3 PRIMEIRAS LEGISLAÇÕES.....	13
<b>3 A LEI Nº 11.343/2006.....</b>	<b>22</b>
3.1 USUÁRIO X TRAFICANTE.....	22
3.2 DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO: CONCEITOS E DIFERENÇAS.....	26
3.3 A INTRODUÇÃO DE UMA NOVA POLÍTICA ANTIDROGAS: A LEI Nº 13.840 DE 5 DE JUNHO DE 2019.....	28
<b>4 AS CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DA LEI DE DROGAS E A SUBJETIVIDADE DO ART. 28, § 2º.....</b>	<b>32</b>
4.1 OS EFEITOS DANOSOS DECORRENTES DA SUBJETIVIDADE DO ART.28, §2º DA LEI 11.343/2006.....	32
4.2 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	35
4.3 A NECESSIDADE DE LIMITAÇÕES QUANTO ÀS DECISÕES JUDICIAIS.....	37
<b>5 O SISTEMA PENAL BRASILEIRO E A LEI DE DROGAS.....</b>	<b>38</b>
5.1 A (IN) EFICÁCIA DAS POLÍTICAS ANTIDROGAS E O CÁRCERE.....	42
5.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO FRENTE ÀS NORMAS DE ENTORPECENTES.....	45
5.3 A URGENTE NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFICAZES NO COMBATE ÀS DROGAS.....	47
<b>6. CONCLUSÃO.....</b>	<b>49</b>
<b>7. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>51</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo delimita-se em analisar as peculiaridades do §2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de drogas), em especial seus efeitos danosos à aplicação da norma, diante de sua subjetividade, bem como a inconstitucionalidade do sistema penal brasileiro diante do referido dispositivo normativo.

Tal análise será feita através da demonstração, qualitativa e quantitativa, de julgados e precedentes de mesma matéria, sob os quais será possível observar as lacunas do texto da lei e compreender os malefícios de sua má interpretação. Compreende-se que a discussão acerca da subjetividade atribuída ao art. 28 da Lei de Entorpecentes já alçou voos distantes dentro dos debates jurisprudenciais e legais, todavia faz-se necessário reciclar as razões pelas quais tal dispositivo tem sido referência em resultados negativos no cotidiano do judiciário.

Por conseguinte, esta pesquisa tem afincado no objetivo de esclarecer as consequências danosas diante da má aplicação do § 2º do já citado artigo de lei e, ainda, reafirmar a inconstitucionalidade deste diante do sistema penal brasileiro, especialmente quanto ao cárcere.

Os debates e as discussões acerca do sistema carcerário brasileiro estão sempre circulando os ambientes jurídicos, seja no que concerne às mudanças e transformações que o tempo e a globalização exigem das normas, seja diante da necessidade de maior proteção para com a sociedade e os cidadãos nela inseridas.

Assim, faz-se evidente a necessidade de questionar a aplicação destas normas e o resultado de tal dentro do contexto em que elas foram inseridas, seja ele positivo ou negativo. O que se depreende das soluções – ou da falta delas – diante da interpretação dada ao artigo 28, § 2º da Lei 11.343/2006 é justamente com relação à subjetividade do texto legal, que não deixa claro ou delimita a situação em que o julgador poderá determinar se o entorpecente apreendido destinava-se a consumo pessoal ou não.

Desta forma, compreende-se que o silêncio da norma dá ao interpretador um leque de opções sobre como aplicar a lei, de modo que sua deliberação resta-se desvinculada a limitações, pré-requisitos ou pressupostos de controle e regularização, o que gera insegurança e incerteza aqueles sujeitos à aplicação do dispositivo.

Diante disso, sabendo que as normas de Direito material e Processual, principalmente dentro da esfera penal, precisam de objetividade, direcionamento e

clareza, torna-se urgente debater a inserção de pressupostos objetivos no texto do §2º do já citado dispositivo, bem como de delimitações específicas às decisões que versarem pela sua aplicação, de modo a controlar a livre deliberação acerca do tema, bem como a fim de evitar julgamentos errôneos, promovendo a já tão precária situação do cárcere no Brasil.

## 2 POLÍTICA ANTIDROGAS NO BRASIL

### 2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

A utilização de substâncias sintéticas e naturais pelos seres humanos, com objetivo de promover alterações em seu estado psíquico de bem-estar tem origens antigas no mundo inteiro. Além da busca pelo estado emocional possibilitado por esses elementos, as populações mais antigas justificavam tal utilização por questões religiosas, medicinais ou mesmo mágicas.

Estudos arqueológicos realizados pela faculdade americana de Harvard apontam que o tráfico de drogas tem origens de 1.000 a. C., estando entre as mais consumidas pelas populações antigas o ópio, o álcool e a maconha. A mesma pesquisa aponta que em 1.600 a.c. já existia exploração de papoula em pequenas cápsulas, substância extraída da flor que produz o ópio.

Recentemente, em 2018, a Revista científica Science, através de uma pesquisa acerca das substâncias presentes nas cápsulas encontradas observou a presença de outras matérias psicoativas. Tais compartimentos foram encontrados em escavações em regiões do Oriente Médio, Levante e Egito e, dada a forma de armazenamento, os estudiosos puderam supor que se tratava de um sistema organizado de fabricação e distribuição.

No Brasil, o consumo de substâncias entorpecentes teve origem com as populações mais remotas, os índios, que as utilizavam durante suas cerimônias ritualísticas e religiosas, além da crença em suas propriedades medicinais. De acordo com o Portal Educação Brasil (2020) em um artigo sobre a origem das drogas no Brasil, a *canabis* foi a primeira planta com efeitos entorpecentes a chegar ao Brasil, desembarcando nas terras durante a colonização portuguesa.

Além das relações com o processo de colonização mediado pelos portugueses, a influência na utilização de *canabis* pelos brasileiros também possui influências africanas. Segundo o professor Jorge Emanuel Luz Souza (2012) isto se comprova diante das nomenclaturas que a erva recebeu no Brasil, como liamba, diamba e riamba.

Luísa Gonçalves Saad (2013), em sua dissertação "Fumo de Nego" explanou brilhantemente a associação da maconha a rituais religiosos africanos como justificava à criminalização atribuída pela comunidade elitista à substância,

que desde os primórdios conferiram conceitos preconceituosos e racistas à população negra e indígena no Brasil e no mundo.

Um dos discursos mais famosos acerca do assunto foi o do historiador britânico Richard Burton que, em uma de suas passagens pelo Brasil teceu comentários sobre o consumo da *canabis* pelos escravos e índios. Tal pronunciamento fora traduzido e estudado por diversos intelectuais, dentre eles Jean Marcel de Carvalho França (2015).

Segundo Burton: “os preguiçosos e dissolutos iriam gozar a santidade do dia à moda africana, deitados ao sol e, se puderem, bebendo e fumando haxixe, como os semisselvagens da Serra Leoa”.

Apesar das associações negativas ao consumo da *cannabis*, estudiosos e médicos da época dedicavam-se a estudar suas propriedades medicinais, utilizando-a em tratamentos contra insônia e problemas respiratórios, o que não fora suficiente para afastar o processo de criminalização da substância. Seu manuseio continuava assimilado às classes menos abastadas e compreendido como prática da população negra e escrava.

## 2.2 ASPECTOS SOCIAIS

Em contrapartida aos resultados positivos obtidos pelos cientistas da época na inserção da *canabis* no tratamento de doenças crônicas como a asma, a expansão do consumo de maconha e outras matérias de potencial entorpecente como o ópio deram origem a diversas questões. Nascia o processo de tráfico no Brasil e, com ele, vieram suas conseqüências: uma série de problemas sociais envolvendo saúde, desigualdade e segurança pública.

De acordo com a psicóloga Maria Bernadete Medeiros Fernandes Lessa (1998) em sua famosa obra “Os paradoxos da existência na história do uso das drogas”, por volta de 1924 já se somava a quantidade de 100.000 usuários de drogas e, apesar disso, o assunto ainda não tinha muita atenção das autoridades, tampouco da população no geral, que ainda assimilava os efeitos dos entorpecentes a rituais de crença.

Ainda de acordo com Lessa (1998), a utilização de solventes orgânicos no Brasil, como, por exemplo, a cola de sapateiro, teve início no Brasil em meados dos anos 70, época em que também se notou o crescimento do consumo das

substâncias por adolescentes, deixando de ser considerada uma prática exclusiva do público adulto. Essa expansão da faixa etária dos usuários se explicava justamente pela prática ser considerada uma expressão de liberdade pelos jovens (LESSA, 1998).

Para o contexto da época, um momento em que o mundo passava por processos de transição, como o surgimento da comunidade hippie, onde se pregava em demasia conceitos ideológicos libertários, de viés comunista e que muitas vezes entrava em conflito com os ideais estatais, numa realidade pós-guerra que ainda aprendia a lidar com tantas transformações, o uso de entorpecentes era considerado um refúgio, um mecanismo de fuga (LESSA, 1998).

Todavia, as consequências do consumo repetitivo dessas substâncias ainda eram desconhecidas pela ciência e pela própria população, de modo que só se teve notícias dos efeitos lesivos que o uso contínuo poderia gerar quando eles de fato vieram a ocorrer.

Foi quando se começou a registrar casos de dependência e abstinência, bem como intoxicações graves, que ocasionavam crises febris somados a ataxia, perda de memória, confusões mentais e comportamentos agressivos, semelhantes aos já associados à ingestão de bebidas alcóolicas.

Além desses problemas, como decorrência da abstinência e da dependência, os usuários passaram a desenvolver transtornos psicológicos e psicossomáticos como depressão, ansiedade, insônia, dada a diminuição ou mesmo a interrupção repentina das substâncias (HUMENIUK; POZNYAK, 2004).

Essa crescente no número de pacientes que tiveram prejuízos na saúde pelo uso contínuo de entorpecentes alertou as autoridades e à população em si quanto aos perigos decorrentes a longo e curto prazo, fazendo-se necessária maior intervenção estatal, com uma regulamentação mais rigorosa, não apenas das matérias consideradas drogas, mas também de medicamentos com potencial lesivo equivalente, como anorexígenos, benzodiazepínicos, barbitúricos e opioides (SEIBEL; TOSCANO, 2001).

Outra questão que enfatizou a necessidade de políticas proibicionistas diz respeito aos aspectos econômicos, isto porque a indústria farmacêutica pretendia alcançar o monopólio de manipulação das substâncias, utilizando-se, para tanto, da classe médica e dos profissionais da saúde como detentores dos reais conhecimentos sobre as matérias, de modo que qualquer outro meio de terapia, de

origem religiosa ou ritualística não merecia credibilidade (SEIBEL; TOSCANO, 2001).

Sob as razões ensejadoras do proibicionismo, discursa Thiago Rodrigues em sua obra: “Narcotráfico: uma guerra na guerra”:

Com a proibição do ópio, a partir de 1900, começaram as primeiras campanhas de amedrontamento da população norte-americana com relação aos “perigos” da droga, correlacionados a específicos grupos étnicos, vistos como “ameaçadores”. Em território americano, a reprovação moral ao uso de substâncias psicoativas – representado pelas abstinências ligas puritanas – era tradicionalmente acompanhada pela associação entre determinadas drogas e grupos sociais. Uma mesma lógica era aplicada: minorias e imigrantes tinham comportamentos moralmente reprováveis e ameaçavam valores clássicos da América Branca e puritana.

Em contrapartida, a ideia de proibicionismo, principalmente durante o século XX, quando o liberalismo estava em ascensão, parecia uma medida muito arriscada. De acordo com o professor Jonatas Carlos de Carvalho (2013), em sua obra “Regulamentação e criminalização das drogas no Brasil: A Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes”, o proibicionismo chegou ao Brasil justamente sob a ideia de antiliberalismo, corrente que ganhava poder nos Estados Unidos e seguia se expandindo para o mundo inteiro.

Ao mesmo tempo em que parecia negativo o governo nacional manifestar-se contra o livre consumo de drogas sintéticas e naturais, os países que compunham os mesmos tratados que o Brasil cobrava um posicionamento mais rigoroso, afirmando se tratar de um problema de saúde e segurança pública de interesse mundial, dada a relação política entre os países (SILVA, 2013, p.11).

Assim, o governo brasileiro se viu pressionado a legislar e regulamentar políticas antidrogas, tratando da matéria de forma mais rígida e estabelecendo sistemas de fiscalização do comércio das substâncias.

### 2.3 PRIMEIRAS LEGISLAÇÕES

O primeiro registro que se tem de legislações proibicionistas relativas a drogas e entorpecentes no Brasil diz respeito à Ordenação Filipinas nº 89 de 05/04/1451 / BC - Brasil Colônia, que em seu Livro V - Título – LXXXIX, dispõe: “Que ninguém tenha em sua casa rosalgar, não o venda nem outro material venenoso”.

Até 1808, com a chegada da família real portuguesa ao Brasil, poucas alterações haviam sido feitas nas normas referentes ao consumo e à venda de substâncias entorpecentes no Brasil, o que só veio a ser modificado com a Proclamação da Independência por Dom Pedro I, em 1823, com a promulgação da constituição federal de 1824, que teve grandes influências de conceitos Liberalistas advindos da França e dos Estados Unidos (PIERANGELI, 2001).

De acordo com a nova constituição, o código Penal, criado em 1830, devia respeito aos princípios basilares de irretroatividade, da igualdade e da pessoalidade da lei, além de abolir a aplicação de penas cruéis (PIERANGELI, 2001).

Em outubro do mesmo ano, a Câmara Municipal do Rio de Janeiro tornou proibido o consumo da maconha, na época chamada de “pito de pango” por escravos, aos quais se estabeleceria a pena de três dias de cadeia. Aos vendedores brancos, somente se atribuía a pena pecuniária. Dispõe o texto normativo:

É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia.

Dessa forma, o dispositivo supracitado salienta e reafirma que a criminalização da maconha no Brasil tem origens racistas desde os primórdios, atribuindo penas diversas a consumidores escravos e vendedores brancos, estabelecendo tratamento vantajoso de acordo com a posição social do sujeito.

O Código Penal Brasileiro de 1830, apesar de não tratar de forma direta sobre políticas antidrogas, recepcionou o regulamento de 29 de setembro de 1851, que estabelece as formas pelas quais deverão se dar as vendas de medicamentos potencialmente entorpecentes, por questões meramente sanitárias (PIERANGELI, 2001).

Em 1890, com a consolidação do Brasil como República, nasce o novo Código Penal Brasileiro, primeiro ordenamento a tratar de políticas antidrogas em âmbito nacional. O citado código trouxe o Capítulo III, cuja matéria tratava dos crimes contra a saúde pública, tendo os artigos 158 e 159 os principais delitos referentes ao consumo e à venda de substâncias. Observe-se:

Art. 158. Administrar, ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer forma preparada, substância de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo assim, o ofício do denominado curandeiro:

Penas - de prisão celular por um a seis meses e multa de 100\$ a 500\$000.

Parágrafo único. Si o emprego de qualquer substância resultar à pessoa privação, ou alteração temporária ou permanente de suas faculdades físicas ou funções fisiológicas, deformidade, ou inabilitação do exercício de órgão ou aparelho orgânico, ou, em summa, alguma enfermidade:

Penas - de prisão celular por um a seis anos e multa de 200\$ a 500\$000.

Si resultar a morte:

Pena - de prisão celular por seis a vinte e quatro anos.

Art. 159. Expor à venda, ou administrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários:

Pena - de multa de 200\$ a 500\$000.

O mesmo código trouxe também ficou conhecido por criminalizar condutas e práticas da época, como curandeirismo e espiritismo, associando-as à magia e enfatizando ainda mais os preconceitos racistas que moldavam as leis daquele período (PIERANGELI, 2001). Um exemplo disso, é o art. 157, veja-se:

Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismãs e cartomancias para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de moléstias curáveis ou incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica (grifo nosso):

Penas - de prisão celular por um a seis meses e multa de 100\$ a 500\$000.

Após as alterações advindas do Código Penal de 1890, a legislação brasileira só tratou novamente da matéria em 1914, quando o Brasil adotou, de forma equiparada, as atribuições contidas na Conferência Internacional do Ópio, ocorrida em Haia dois anos antes. Tais dispositivos ganharam corpo através do Decreto 2.861/1914, que determinava:

Artigo único. Ficam aprovadas para produzirem todos os seus efeitos no território nacional as medidas tendentes a impedir os abusos crescentes do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína, constantes das resoluções aprovadas pela Conferência Internacional do Ópio realizada em 1 de dezembro de 1911 em Haia, e cujo protocolo foi assignado pelo representante do Brasil na mesma Conferência; revogadas as disposições em contrário.

Por conseguinte, em 1915, somando-se às medidas já determinadas no dispositivo supracitado, um novo decreto, de nº 11.481, de 10 de fevereiro, a regulamentar a morfina, a cocaína e o ópio, através de único artigo, que dispõe:

Tendo sancionado pelo Decreto n. 2.861. de 8 de julho de 1914, a Resolução Nacional de 3 do mesmo mês e ano que aprovou as medidas tendentes a impedir o abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína, constantes das resoluções aprovadas pela conferência Internacional do Ópio, realizada no 1º de dezembro de 1911 e cujo <<Protocolo suplementar de assinatura das Potencias não representadas na Conferência>>. foi assignado pelo Plenipotenciário Brasileiro, na mesma cidade em 16 de outubro de 1912, em virtude do artigo 22 da dita Convenção; e havendo sido depositada a respectiva ratificação na cidade da Haia, aos vinte e três dias do mês de dezembro de mil novecentos e quatorze.

Conforme cita o próprio decreto, este texto normativo complementar ratifica as formas pelas quais os preceitos contidos no decreto anterior deverão ser executados e cumpridos (PIERANGELI, 2001).

Em 1921, o Decreto 4.294 revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890. O antigo texto legal, além de criminalizar a venda de forma indevida de substâncias, estabelecia pena pecuniária para quem o fizesse. Veja-se: “Art. 159. Expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários: Pena – de multa de 200\$000 a 500\$000.” O citado decreto foi inspirado na Convenção de Haia de 1912.

Dado o silêncio do Código Penal de 1890 quanto ao tratamento de algumas condutas, bem como as falhas que dificultaram a aplicação da lei de forma correta, foram criadas diversas Leis penais extravagantes na tentativa de sanar lacunas. Até que em 1932 foi aprovada a Consolidação das Leis Penais, através do Decreto n.º 22.213, a primeira norma penal brasileira a trazer de forma objetiva o conceito de tráfico de drogas (PIERANGELI, 2001).

Veja-se o disposto no art. 159 do referido decreto:

Art. 159. Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar, substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas pelo Departamento Nacional de Saúde Pública; induzir ou instigar por atos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias: Pena – de prisão celular por um a cinco anos e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.

Outro importante conceito trazido pela Consolidação das Leis Penais foi a diferenciação entre o delito de tráfico de drogas do ato de ter sob guarda, posse ou depósito de substâncias determinadas pela lei como tóxicas (CARVALHO, 2013). Tal distinção está descrita no parágrafo primeiro do citado artigo. Observe-se:

§ 1º. Quem for encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substancia tóxica, de natureza analgésica ou entorpecente, seus sais, congêneres, compostos e derivados, inclusive especialidades farmacêuticas correlatas, como tais consideradas pelo Departamento Nacional de Saúde Pública, em dose superior à terapêutica determinada pelo mesmo Departamento, e sem expressa prescrição medica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer, para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substancias: Penas – de prisão celular por três a nove meses e multa de 1:000\$ a 5:000\$000.

Em 1936 fora criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, através do Decreto nº. 780, cujo objetivo era estabelecer mecanismos de controle internos do comércio, importação e exportação de entorpecentes e de fiscalização do consumo interno de drogas e substâncias entorpecentes (CARVALHO, 2013).

De acordo com Jonatas C. de Carvalho (2014), em artigo publicado na Revista Semestral do programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cuja “criação representa a tentativa do governo brasileiro de colocar em prática as orientações presentes na Convenção para Limitar a Fabricação e Regulamentar a Distribuição de Estupefacientes de 1931”.

No mesmo ano, aconteceu a Convenção de Genebra, que ensejou, junto aos trabalhos realizados pela Comissão, a criação da Lei de Fiscalização de Entorpecentes, corroborada pelo Decreto-lei nº. 891, cujo objetivo é, como o próprio nome diz, fiscalizar de forma mais rígida o consumo e a venda de entorpecentes, substâncias tóxicas e demais matérias determinadas por ele como potencialmente lesivas (CARVALHO, 2013).

Segundo o primeiro artigo do referido decreto, são elas:

São consideradas entorpecentes, para os fins desta lei e outras aplicáveis, as seguintes substâncias:

Primeiro grupo:

I - O ópio bruto, o ópio medicinal, e suas preparações, exceto o elixir paregórico e o pó de Dover.

II - A morfina, seus sais e preparações.

- III - A diacetilmorfina, diamorfina (Heroína), seus sais e preparações.
  - IV - A dihidromorfinona, seus sais, (Dilaudide) e preparações.
  - V - A dihidrocodeinona, seus sais (Dicodide) e preparações.
  - VI - A dihidro-oxicodina, seus sais (Eucodal) e preparações.
  - VII - A tebaína, seus sais e preparações.
  - VIII - A acetilo-dimetilo-dihidro-tebaína, seus sais (Acedicon) e preparações.
  - IX - A benzilmorfina, seus sais (Peronina) e preparações.
  - X - A dihidromorfina, seus sais (Paramorfan) e preparações.
  - XI - A N-orimorfina (Genomorfina) e preparações.
  - XII - Os compostos N-osimorfínicos, assim como outros compostos morfínicos de azoto pentavalente e preparações.
  - XIII - As folhas de coca e preparações.
  - XIV - A Cocaína, seus sais e preparações.
  - XV - A cegonina, seus sais e preparações.
  - XVI - O cânhamo *cannabis sativa* e variedade índica (Maconha, meconha, diamba, liamba e outras denominações vulgares).
  - XVII - As preparações com um equivalente em morfina superior a 0g,20 por cento, ou em cocaína superior a 0g,10 por cento.
- Segundo grupo:
- I - A etilmorfina e seus sais (Dionina).
  - II - A metilmorfina (Codeína) e seus sais.

Logo após elencar as substâncias consideradas como drogas ilícitas, o decreto determina os modos pelos quais deverá se dar a fiscalização, além das exigências sanitárias para o manuseio dessas substâncias.

O mesmo decreto dispunha acerca do tratamento que deveria ser dado de forma obrigatória aqueles considerados toxicômanos ou intoxicados habituais, condição tida como enfermidade, à qual seria possível atribuir internação ou interdição civil, fixando, ainda, requisitos obrigatórios aos estabelecimentos que receberiam estes pacientes.

Quanto às questões objetivamente penais, o Decreto-lei nº. 891 reafirmou os conceitos estabelecidos pela Consolidação das Leis Penais, principalmente quanto às diferenças entre tráfico e posse, mas estabelecendo penas diversas para cada conduta. Assim, ao crime de tráfico, punia-se com pena privativa de liberdade de um a cinco anos, já à posse, com pena de um a quatro anos de prisão.

Pouco tempo depois, em 1940, fora promulgado o novo Código Penal, com o intuito de abranger a leis penais esparsas criadas desde o advento do código de 1890 e de acolher os ditames da Consolidação das Leis Penais. Além do mais, em 1937, com a outorga na nova constituição brasileira, fora quebrado o estigma tradicional das normas anteriores, abrindo espaço para uma nova fase no ordenamento jurídico no Brasil.

Assim, entra em vigor em 1º de janeiro de 1942 o novo Código Penal, através do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, sendo um projeto original de Alcântara Machado e sob a influência de doutrinadores renomados como Nelson Hungria e abraçado pela Carta magna recém promulgada.

O Capítulo III do novo dispositivo elencava os crimes contra a saúde pública, descrevendo substâncias potencialmente prejudiciais à saúde humana, às quais seria proibida a venda, o armazenamento e ou a exposição a ambos.

Por conseguinte, o citado capítulo também trouxe nova formulação ao crime de tráfico, nomeado como “Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes”. Observe-se como dispõe o artigo 281:

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

Ainda em 1942, é sancionado o Decreto-Lei n.º 4.720 cuja premissa era regulamentar o cultivo de plantas entorpecentes e a extração e purificação de seus princípios ativos, conforme as regras sanitárias e sob a fiscalização do Estado (LESSA, 1998).

Com o decorrer dos anos, eram acrescentados novos verbos aos já elencados pelo art. 281 do então Código Penal Brasileiro, conforme o poder judiciário compreendia necessário, de modo que o citado dispositivo legal passou por diversas reformas. Uma dessas mudanças ocorreu através da Lei n.º 4.451, que somou ao delito de tráfico a conduta de plantar qualquer substância potencialmente entorpecente (LESSA, 1998).

Em 1968, mais dois verbos foram acrescentados à lista, quais sejam, preparar e produzir, condutas agora consideradas como formas de tráfico de entorpecentes. Além disso, a pena de multa passou a ser atribuída conforme os valores referentes ao salário mínimo vigente no país à época.

Após todas essas transformações, outra modificação importante se deu em 1971, com relação a implementação de políticas antidrogas mais rígidas, através

do advento da Lei nº. 5.726, cujo texto normativo voltava-se principalmente sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências (CARVALHO, 2013).

O primeiro artigo da lei supracitada determina como obrigação de todos, pessoas físicas e jurídicas, “colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”, tornando questões relativas à dependência química um importante fator da saúde pública do país enquanto comunidade, além de atribuir penas às pessoas jurídicas que não prestarem a devida colaboração quando solicitadas (CARVALHO, 2013). Veja-se:

Parágrafo único. As pessoas jurídicas que não prestarem, quando solicitadas, a colaboração nos planos e programas do Governo Federal de combate ao tráfico e uso de drogas perderão, a juízo do Poder Executivo, auxílios e subvenções que venham recebendo da União, dos Estados, do Distrito Federal, Territórios e Municípios, bem como de suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

Quanto às políticas combativas ao tráfico de drogas ilícitas, um rol de medidas fora adotado pela lei, que as descreve minuciosamente em seu artigo 4º:

Art. 4º No combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica serão aplicadas, entre outras, as seguintes **medidas preventivas**:

I - A **proibição de plantio, cultura, colheita e exploração por particulares, da dormideira, da coca, do cânhamo "cannabis sativa"**, de todas as variedades dessas plantas, e de outras de que possam ser extraídas substâncias entorpecentes, ou que determinem dependência física ou psíquica;

II - A **destruição** das plantas dessa natureza existentes em todo o território nacional, ressalvado o disposto no inciso seguinte;

III - A licença e a fiscalização, pelas autoridades competentes, para a cultura dessas plantas com fins terapêuticos e científicos;

IV - A licença, a fiscalização e a limitação, pelas autoridades competentes, da extração, produção, transformação, preparo, posse, importação, exportação, reexportação, expedição, transporte, exposição, oferta, venda, compra, troca, cessão ou detenção de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, para fins terapêuticos e científicos;

V - O estudo e a fixação de normas gerais de fiscalização e a verificação de sua observância pela Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia e órgãos congêneres dos Estados e Territórios;

VI - A coordenação, pela Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes e pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, de todos os dados estatísticos e informativos colhidos no

País, relativos às operações mercantis e às infrações à legislação específica;

VII - A observância, pelos estabelecimentos farmacêuticos e hospitalares, pelos estabelecimentos de ensino e pesquisas, pelas autoridades sanitárias, policiais ou alfandegárias, dos dispositivos legais referentes a balanços, relações de venda, mapas e estatística sobre substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica;

VIII - A observância por médicos e veterinários dos preceitos legais e regulamentares, relativos à prescrição de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

IX - A colaboração governamental com organismos internacionais reconhecidos e com os demais Estados na execução das disposições das Convenções que o Brasil se comprometeu a respeitar;

X - **A execução de planos e programas nacionais e regionais de esclarecimento popular, especialmente junto à juventude, a respeito dos malefícios ocasionados pelo uso indevido de substâncias entorpecentes** ou que determinem dependência física ou psíquica, bem como da eliminação de suas causas. (grifo nosso).

Apesar da grande contribuição da Lei nº 5.726, ela fora revogada em 1976 pela Lei nº. 6.368, que manteve somente seu artigo 22, que determinava o procedimento sumário aos casos em que se daria a expulsão de estrangeiro condenado pela prática de tráfico de drogas (LESSA, 1998). Observe-se:

Art. 22. O caput do artigo 81 do Decreto-lei nº 941, de 13 de outubro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 81. Tratando-se de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação de uso de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica ou de desrespeito à proibição especialmente **prevista em lei para estrangeiro, a expulsão poderá ser feita mediante investigação sumária**, que não poderá exceder o prazo de 5 (cinco) dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa."(grifo nosso).

Posteriormente, a lei de 1976 é substituída integralmente pela Lei 10.409, promulgada em janeiro de 2002, que, segundo a própria ementa, “dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.”

Todavia, ainda que o intuito da nova lei fosse revogar por completo a anterior, devido suas falhas e lacunas, ambas foram mantidas até 2006, com o advento da Lei 11.343, vigente até a presente data (CARVALHO, 2013).

## 2 A LEI 11.343/2006

Diante da necessidade da criação de diversas normas esparsas, além da retificação destas através de novos decretos sempre que a justiça compreendia não haver lei suficiente para solucionar um caso específico, o legislativo observou a indispensabilidade da instituição de um novo ordenamento jurídico que atendesse de forma eficaz todas às questões envolvendo consumo e tráfico de entorpecentes.

E foi assim que, em 2006, foi promulgada a Lei nº 11.343, entrando em vigor em outubro do mesmo ano.

Um dos principais objetivos da chamada “Nova Lei de drogas” foi constituir diferenças entre usuário e traficante, concedendo-lhes tratamento adequado, trabalhando a ressocialização e estabelecendo políticas públicas voltadas à saúde, transformando o papel punitivista da norma em ações mais determinadas à reinserção dos usuários ao convívio social.

Assim, como já citado anteriormente, o intuito mor da norma se dá face às distinções entre consumidor e traficante, dada a preocupação do legislador em estabelecer políticas públicas voltadas à ressocialização do dependente químico, como forma de amenizar os prejuízos advindos do uso contínuo de drogas potencialmente entorpecentes.

### 3.1 USUÁRIO X TRAFICANTE

De acordo com os professores Carlos Roberto Bacila e Paulo Rangel (2007), em sua obra intitulada “Comentários Penais e Processuais à Lei de Drogas”, existe um estigma que persegue o dependente químico e o objetivo da nova lei de drogas se dá justamente em retirá-lo. Dizem eles:

A Lei aumentou as penas para os crimes equiparados ao tráfico, mas diminuiu as consequências penais para os usuários de drogas, mas que nada disso pretende solucionar a violência em torno das drogas.” (2007, p. 2).

Corroborado a este entendimento, sob o qual se observa um tratamento mais tolerante por parte do legislador, discorre o art. 2º da Lei:

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas,

**ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.**

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente **para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.** (grifo nosso)

Conforme se compreende do dispositivo supracitado, a norma passou a permitir o plantio e o cultivo de substâncias entorpecentes em situações excepcionais, das quais uma que já fora estritamente proibida, como já citado no capítulo anterior, relativa a rituais religiosos, tidos como ilegais e moralmente inaceitáveis no Brasil (2008, p. 53).

Outrossim, também de grande importância a amplitude quanto a utilização de drogas para fins medicinais e científicos, principalmente pelo sucesso em tratamento já comprovado em doenças e condições graves e incuráveis, de cunho psiquiátrico ou neurodegenerativas, como esclerose múltipla, esquizofrenia, mal de Parkinson e epilepsia (2008, p. 54).

Segundo Amaury Silva, a proibição não se dá apenas quanto ao produto final, mas desde o plantio, o cultivo e à utilização da matéria prima em si, de modo que as permissões se dão em caráter excepcional, “devendo ser entendidas como situações *numerus clausus* (número restrito), sendo inviável a ampliação das hipóteses por força da interpretação, pois se trata de expressa restrição” (2008, p. 54).

Assim, faz-se imprescindível que se compreenda as principais diferenças legais entre usuário e traficante. Segundo Renan Barbosa em seu artigo “Lei de Drogas: a distinção entre usuário e traficante, o impacto nas prisões e o debate no país” para o jornal digital Nexa,

O usuário não pode ser preso em flagrante, como ocorria antes, e sua pena é alternativa: advertência, prestação de serviços à comunidade ou obrigação de cumprir medidas educativas. O objetivo é deslocar essas pessoas do âmbito penal para o âmbito da saúde pública. O usuário também deve assinar um termo circunstanciado, uma espécie de boletim de ocorrência para crimes de menor gravidade, perante um juiz ou, na ausência deste, diante da autoridade policial no local da abordagem.” (2017).

Já com relação ao traficante, Barbosa discorre:

É punido com pena de prisão de 5 a 15 anos. Importar, exportar e guardar drogas e cultivar matéria-prima para o tráfico acarretam a mesma penalidade. Dispositivos anteriores à Lei de Drogas, como a Constituição e a Lei de Crimes Hediondos, estabelecem que os condenados por tráfico não podem ser beneficiados com a extinção de suas penas (anistia, graça ou indulto). A questão colocada pela legislação atual é: como diferenciar um usuário de um traficante? A redação da Lei de Drogas recorre a critérios subjetivos, o que, na prática, deixa nas mãos de cada juiz decidir quem é enquadrado em qual categoria.

Desta forma, compreende-se o consumidor como aquele que guarda, adquire, tem em depósito, porta ou traz consigo para uso próprio, sendo essa aquisição a título oneroso ou gratuito, estando a consumação atingida com a simples obtenção da coisa (BACILA; RANGEL, 2007, p. 39). Sobre o assunto, os doutrinadores ainda afirmam:

O tipo subjetivo é constituído do dolo, constituindo este na vontade de ter a posse da droga nas formas dos verbos descritos no tipo. Porém, além de dolo, deve existir o elemento subjetivo consistente na vontade de ter a droga para uso pessoal (2007, p. 46).

Inexistindo os requisitos subjetivos, quais sejam, o dolo e vontade pessoal de portar a droga para consumo próprio, sendo estes requisitos considerados os pressupostos psíquicos do tipo, restaria configurado o tráfico. É de extrema necessidade que seja possível visualizar o interesse do indivíduo em consumir a droga e não a comercializar.

Outro conceito que ganhou nova interpretação após a instituição da Lei nº 11.343/2006 foi o narcotráfico, que, apesar de sustentar os tipos penais da norma, ganhou pena diversa. Segundo o professor e doutrinador Isaac Sabba Guimarães (2006),

A forma fundamental do crime de tráfico de drogas, descrito no caput do presente artigo, compreende dezoito verbos que indicam as condutas típicas que, prima facie, vão muito mais além do seu significado etimológico. Tráfico, portanto, ganha um sentido jurídico-penal muito mais amplo do que o comércio ilegal: a expressão abrangerá desde os atos preparatórios às condutas mais estreitamente vinculadas à noção lexical de tráfico. Isto indica que a intenção do legislador penal continua como sendo a de oferecer uma proteção penal mais ampla ao bem jurídico tutelado (p. 56, 2006).

Assim, como dispõe Guimarães, o tipo penal narcotráfico não exige a existência de um vínculo comercial, caracterizando-se apenas através dos meros atos preparatórios. Ainda de acordo com Guimarães, através da Apelação Criminal

00.0219-7, de Florianópolis, cujo relator foi o Desembargador Genésio Nolli (RJTJSP 70/371):

Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Substância apreendida na posse do acusado juntamente com instrumentos utilizados para esse fim.

O crime de tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 12 da Lei 6.368/76, não exige à sua configuração a venda de substância tóxica a terceiros. Basta à sua consumação a posse, guarda ou depósito dessa mesma substância.

Apesar da decisão supracitada, houve compreensões diversas acerca da matéria e sua interpretação. Isto porque a Ação Penal131.169-9, do Relator Designado Leonardo Lustosa, vencido relator originário Renato Neves Barcellos assim decidiu:

Tráfico de entorpecentes. **Falta de provas da comercialização. Desclassificação** do art. 12 para artigo 16 da Lei 6.368/76.

(...) a quantidade apreendida não basta, por si só, ao reconhecimento da traficância, e nem mesmo o fato de estar acondicionada em tabletes envoltos por invólucros plásticos.

A condenação por tráfico de substância entorpecente **exige prova segura e concludente da comercialização não sendo suficiente a mera presunção**. Havendo qualquer dúvida, deve prevalecer a solução mais favorável ao agente, ou seja, a desclassificação para a infração mais branda (Lei 6.368/76, artigo 16).” TACRIM/PR – 3º Cerim. – j. em 22.06.1999, m.v.). (grifo nosso).

Outros conceitos importantes para a imposição da pena de forma correta dão-se em relação aos sujeitos do crime, quais sejam, ativo e passivo. Uma das definições mais conhecidas na doutrina é a de Júlio Fabbrini Mirabete, de 1999, antes mesmo da chegada da Lei 11.343. De acordo com Mirabete:

O sujeito ativo do crime pode receber, conforme a situação processual ou o aspecto pelo qual é examinado, o nome de agente, indiciado, acusado, denunciado, réu, sentenciado, condenado, recluso, detento (nas normas processuais) e criminoso ou delinquente” (como objeto das ciências penais). (1999, p. 2).

Sob a mesma compreensão, Renato Brasileiro de Lima (2015) classifica o tráfico como um delito que, em regra, poderá ser praticado por qualquer pessoa. Excepcionalmente, quando o verbo praticado pelo agente for “prescrever” ter-se-á um crime próprio, que necessariamente deverá tratar-se daquele que exerce profissão regular e habilitada à prescrição de drogas.

Quanto ao sujeito passivo, descreve Mariana Branco Haddad:

Sujeito passivo, no Direito Penal, é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta criminosa. Nada impede que, em um delito, dois ou mais sujeitos passivos existam: desde que tenham sido lesados ou ameaçados em seus bens jurídicos referidos no tipo, são vítimas do crime.

Apesar da importância da compreensão desses conceitos para a devida aplicação da norma, as maiores diferenças se deram com relação ao tratamento legal dado a cada tipo penal, dado a afastamento da ideia punitivista que exercia o Estado para com o usuário.

Neste sentido, posiciona-se João José Leal (2005):

(...) de maior significado penal foi, sem dúvida, a opção por uma Política Criminal de rejeição da prisão como instrumento válido de resposta punitiva à conduta do consumidor de drogas. Assim é que, de conformidade com o disposto no § 2º, do art. 48, tratando-se de consumidor, "não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente". Portanto, em hipótese alguma, o usuário de drogas poderá ser levado à prisão.

Diante de tudo que fora exposto, é evidente que um dos maiores objetivos da Lei de drogas foi estabelecer parâmetros de diferenciação entre usuário e traficante, bem como determinar os modos pelos quais estes deverão ser tratados legalmente, enfatizando o caráter despenalizador do novo texto normativo, que deve ser aplicado conforme os preceitos legais.

### 3.2 DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO: CONCEITOS E DIFERENÇAS

Em decorrência das diferenciações entre usuário e traficante definidas pela nova lei de drogas tem-se o efeito despenalizador quanto à conduta do usuário. Antes de estabelecer os conceitos legais e doutrinários às ideias de descriminalização e despenalização, faz-se necessário atentar-se a duas outras concepções, quais sejam, legalização e regulamentação.

De acordo com o advogado e pesquisador Yure Freitas, a legalização é o simples processo de tornar legal conduta, ato, objeto ou omissão, ou seja, "revestir a matéria com as formalidades exigidas por lei" (2018).

Já o processo e regulamentação corresponde ao meio pelo qual se regula toda a “cadeia de produção, distribuição e comercialização, trazendo para o âmbito de controle do Estado um produto/substância que estava no mercado ilegal. Em regra, regula o uso, a posse, o cultivo, a transferência e o comércio da droga” (FREITAS, 2018).

Por conseguinte, considerando os conceitos já mencionados, compreende-se a descriminalização como o processo pelo qual uma conduta ou matéria sai do ordenamento penal, deixando de ser tipificada e tratada criminalmente, isto é, a conduta continua sendo ilícita, porém, sem previsão de consequências penais. Um exemplo comum são aquelas condutas cuja consequência são penas administrativas, como multas de trânsito (FREITAS, 2018).

Ainda de acordo com os preceitos de Yure Freitas (2018):

A descriminalização pode ser feita alterando a lei ou o modo como os juízes a interpretam. Esse modelo visa reduzir danos para usuários e dependentes e concentrar esforços na prevenção e no combate à oferta. (...) a descriminalização não tem como consequência lógica a liberação ao uso.

Sobre a matéria, vários países já haviam legislado no sentido de descriminalizar condutas. Nas palavras de Freitas (2018):

A América Latina tem um exemplo fora da curva, mas em geral segue o **proibicionismo**. O México, em agosto de 2009, descriminalizou (legislativamente) a posse de drogas para uso pessoal, desde que não exceda o limite de 500 miligramas de cocaína ou de 5 gramas de maconha. Uruguai, há anos, não pune a posse de droga para consumo pessoal. Na Colômbia a Corte Suprema, em 1974, declarou a inconstitucionalidade da lei que punia criminalmente o porte de droga para uso próprio. O Peru descriminalizou a posse de droga para uso próprio há vários anos. Nesse mesmo sentido é a legislação em Costa Rica. (grifo nosso).

Quanto à despenalização, deu-se de forma efetiva com a chegada da lei de drogas, que, ao prever em seu art. 28 condutas referentes ao consumo pessoal de substâncias entorpecentes, não descreve pena privativa de liberdade. Observe-se:

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

I - **advertência** sobre os efeitos das drogas;

- II - **prestação** de serviços à comunidade;
- III - **medida educativa** de comparecimento a programa ou curso educativo. (grifo nosso).

Ainda sob a perspectiva de Freitas,

Se descriminalizar é **abolir** a criminalização (tipificação), tornando a ação jurídico-penalmente irrelevante. Já a despenalização é a **substituição** (legislativa ou judicial) da pena de prisão por penas de outra natureza (restritiva de direito, etc.). Portanto, se com a descriminalização **o fato deixa de ser infração penal** (crime ou contravenção), com a despenalização **a conduta permanece criminosa**. No Brasil o Supremo Tribunal Federal decidiu pela despenalização. Entendendo que a despenalização da conduta não implica a sua discriminação. (grifo nosso).

Portanto, apesar de ainda ser considerada uma conduta criminosa, as condutas previstas no art. 28 deixam de possuir pena privativa de liberdade, às quais deverão ser atribuídas medidas cautelares diversas, sendo esta a principal diferença entre os processos de descriminalização e despenalização (FREITAS, 2018).

### 3.3 A INTRODUÇÃO DE UMA NOVA POLÍTICA ANTIDROGAS: A LEI Nº 13.840, DE 5 DE JUNHO DE 2019

Diante de todas as carências normativas quanto à regulamentação do tráfico e do consumo de entorpecentes no Brasil, o Congresso Nacional voltou a legislar sobre a matéria em 2019, promulgando, em 05 de junho, a Lei nº 13.840. De acordo com a própria ementa, a norma dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas (FREITAS, 2018).

O artigo 3º e seus parágrafos 1º e 2º, traz a definição do Sisnad – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, seus fins e seu campo de atuação. Veja-se:

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

- I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;
- II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

§ 1º Entende-se por Sisnad o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas,

incluindo-se nele, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º O Sisnad atuará em articulação com o Sistema Único de Saúde - SUS, e com o Sistema Único de Assistência Social - SUAS.”

Além dessas definições, a lei institui princípios basilares ao funcionamento do Sisnad, estando este diretamente relacionados a direitos humanos fundamentais e focados na ressocialização de indivíduos considerados quimicamente dependentes (FREITAS, 2018). Determina o art. 4º:

Art. 4º São princípios do Sisnad:

I - o respeito aos **direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;**

II - o respeito à **diversidade e às especificidades populacionais existentes;**

III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como **fatores de proteção** para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados;

IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad;

V - a promoção da **responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social** nas atividades do Sisnad;

VI - o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o **uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito;**

VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, **atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas** e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito;

VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad;

IX - a adoção de **abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas;**

X - **a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social;**

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad. (grifo nosso).

Assim, diferente das políticas anteriores, tem-se agora um ordenamento preocupado com os efeitos químicos e sociais decorrentes do uso contínuo e excessivo de entorpecentes e suas consequências diretas para com a sociedade de forma geral (FREITAS, 2018).

Além disso, é notória a preocupação do legislador com o respeito à vontade e à necessidade do usuário em receber tratamento adequado e ser reinserido na sociedade de forma humanizada (FREITAS, 2018).

Uma das principais mudanças advindas da Lei nº 13.840 foi a criação de diretrizes de atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, descrita nos artigos 18 e 19 da referida norma. Observe-se:

Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção.

Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como **fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence;**

II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de **evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam;**

III - o **fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual** em relação ao uso indevido de drogas;

IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V - a adoção de **estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações,** bem como das diferentes drogas utilizadas;

VI - o reconhecimento do **“não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva,** quando da definição dos objetivos a serem alcançados;

VII - o tratamento especial dirigido às **parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas;**

VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares;

IX - o investimento em **alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;**

X - o estabelecimento de **políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;**

XI - a implantação de **projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado,** alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas;

XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad;  
 XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas. (grifo nosso).

Outra grande alteração advinda da incorporação da nova lei à Lei de Drogas foi a possibilidade de internação de dependentes químicos de forma involuntária, desde que preenchidos os requisitos e pressupostos determinados pela norma (FREITAS, 2018). Em seu art.23-A, § 3º, II, a lei se preocupa em conceituar a internação involuntária:

II - internação involuntária: aquela que se dá, **sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad**, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida. (Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019) (grifo nosso).

Ainda no mesmo artigo, seguindo pelos parágrafos 5º e 6º, a lei estabelece os meios pelos quais será possível a determinação da internação involuntária do usuário:

§ 5º A internação involuntária:

I - deve ser realizada **após a formalização da decisão por médico responsável**;

II - será indicada depois da **avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde**;

III - perdurará apenas **pele tempo necessário à desintoxicação, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, tendo seu término determinado pelo médico responsável**;

IV - **a família ou o representante legal poderá, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento**.

§ 6º A internação, em qualquer de suas modalidades, **só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes**. (grifo nosso).

A Lei nº 13.840/18, apesar das diversas alterações proporcionadas ao ordenamento jurídico quanto ao tratamento dado ao uso e tráfico de entorpecentes, foi promulgada com inúmeros vetos, inclusive no que concerne à concessão de competência dos Estados e do Distrito Federal e dos municípios quanto à instituição de conselhos de políticas sobre drogas, o que ficou restrito à União (FREITAS, 2018).

É indiscutível as contribuições trazidas pelo novo Plano de políticas antidrogas, estabelecido através da atualização da Lei 11.343/2006. Todavia, os resultados práticos dessas mudanças não se deram em consonância à esta, haja vista os exorbitantes números de casos em que ainda se confunde o papel do usuário com o do traficante, especialmente quando da classificação e tipificação da conduta praticada, o que resulta no escandaloso e excessivo cenário atual do sistema carcerário brasileiro.

#### **4 AS CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DA LEI DE DROGAS E A SUBJETIVIDADE DO ART. 28, § 2º.**

##### **4.1 OS EFEITOS DANOSOS DECORRENTES DA SUBJETIVIDADE DO ART. 28, §2º DA LEI 11.343/2006.**

Não obstante as evoluções advindas da implementação da Lei de drogas, bem como das atualizações recepcionadas por ela no decorrer dos anos, a doutrina em muito divergiu sobre seus aspectos e sobre os termos de sua aplicação.

Como fora discutido no capítulo anterior, em muito se confundiu os aplicadores da lei com relação aos conceitos de usuário e traficante, dada as lacunas deixadas pela norma. Sobre a matéria, disserta Assis Brasil e Weigert (2006):

A lei 11.343/06, enaltecida por muitos pela descaracterização do uso de drogas, não resolveu um dos maiores problemas existentes na criminalização do tráfico e consumo de drogas no Brasil, qual seja, o da diferenciação, na prática, entre tais condutas criminosas. O que se pretende analisar é o fato de que a distinção entre usuário e traficante, na justiça penal brasileira, é realizada de forma seletiva. (WEIGERT, 2006, p. 97)

Outro debate muito recorrente quanto à Lei de drogas se dá com relação à aplicação do art. 28, seu cabimento e os requisitos e pressupostos legais à configuração do § 2º do referido dispositivo legal. Observe-se o disposto no artigo 28 e de seu segundo parágrafo, respectivamente:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 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.** (grifo nosso).

Como já fora explanado no capítulo anterior, a introdução do caput do art. 28 gerou diversas controvérsias entre doutrinadores e até mesmo entre normas preexistentes.

Enquanto parte da doutrina compreendeu que a redação dada ao artigo 28 gerou a despenalização da conduta de possuir droga para consumo, não existindo mais a previsão de pena privativa de liberdade para tal, a outra parte entendeu que o que houve foi a descriminalização da conduta, de modo que ela seria enquadrada tão somente como contravenção penal (KARAM, 2005).

Quanto à redação do § 2º, faz-se necessário que esta receba a devida atenção. Como descrito, a configuração da posse de droga para consumo pessoal pressupõe algumas condições, como a natureza da droga, a quantidade, o local da apreensão, “as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente.”

Desta forma, o juiz, ao decidir pela aplicação do citado dispositivo deverá avaliar cada pressuposto de forma isolada, analisando cada caso e suas peculiaridades, de forma a compreender se realmente se trata de porte/posse para consumo. Entretanto, a subjetividade dos requisitos dá extensa margem à interpretação do julgador, que fica pouco limitado diante do silêncio da lei (RODRIGUES, 2018).

Ocorre que o dispositivo em nenhum momento cita qual seria a natureza específica da droga para que seja considerada para uso pessoal, nem determina uma quantidade específica, tampouco o que seriam “circunstâncias sociais e pessoais” do agente, o que torna a decisão do julgador desvinculada de obediência a qualquer limite, visto que a lei não cita nenhum.

Em um artigo sobre a matéria, Marcelo Matte Rodrigues (2018) cita:

A falta de critérios objetivos faz com que a determinação de ser a droga apreendida para uso pessoal ou não, seja realizada de acordo

com critérios pessoais, desde critérios da polícia, até dos magistrados. A criminalidade acaba sendo distribuída desigualmente, de acordo com as características pessoais dos indivíduos. A partir dessa subjetividade e falta de critérios com relação à diferenciação entre usuário e traficante volta-se à questão da visão dos indivíduos excluídos historicamente serem vistos como criminosos, ocasionando em uma seletividade penal, dessa vez, com relação ao crime de tráfico (RODRIGUES, 2018).

Essa subjetividade termina por dar cabo a diversas questões, isto porque, pessoas em situações de maior vulnerabilidade social acabam por ser as mais alcançadas pelo silêncio da lei. Tal aspecto é configurado por alguns doutrinadores como uma espécie de seletividade legislativa (KARAM, 2005).

Acerca dessa seletividade no sistema penal brasileiro, Alice Bianchini discorre em sua obra “A seletividade do controle penal”:

(...) os escolhidos para receber toda a carga de estigma, de injustiça e de violência, direta ou indiretamente provocada pelo sistema penal, são preferencial e necessariamente os membros das classes subalternas, fato facilmente constatável, no Brasil, bastando olhar para quem está preso ou para quem é vítima dos grupos de extermínio. (...) essa desigualdade, tão facilmente constatável, é, no entanto, encoberta por uma propaganda tão enganosa e eficaz, que, apesar disso, consegue “vender” a ideia da solução penal como alguma coisa desejável, até mesmo para os setores mais conscientes e progressistas. (BIANCHINI, 2000, p. 62).

Portanto, é inegável a associação direta feita entre as populações economicamente menos favorecidas à prática de crimes relativos ao uso e o tráfico de drogas, o que enfatiza a ideia estigmatizada já discutida no presente trabalho quanto ao racismo atrelado a essas condutas e evidente nas primeiras legislações brasileiras a tratar de substâncias entorpecentes (KARAM, 2005).

A subjetividade evidente na redação do art. 28, §2º da Lei de Drogas, como já mencionado, acarretou uma série de danos à aplicação da norma, visto que gerou a discricionariedade e a arbitrariedade da norma, deixando por conta do julgador a interpretação e o emprego do tipo conforme este compreender cabível.

Marcelo Matte Rodrigues (2018) explana muito bem acerca da questão ao se posicionar:

A redação do artigo 28, §2º da Lei de Drogas se mostra excessivamente subjetiva, não possuindo critérios claros e objetivos

de determinação de quem é considerado usuário e quem é considerado traficante. Isso acaba contribuindo para que essa distinção seja realizada através de estereótipos historicamente criados e já pertencentes ao pensamento da sociedade. Uma melhor redação da legislação poderia evitar essa discricionariedade e discriminação, colaboraria proporcionando a todos o maior bem-estar possível (BECCARIA, 1997, p. 27), e evitando que as questões pessoais como locais de apreensão, por exemplo, continuem sendo utilizadas como forma de seletividade de indivíduos. (RODRIGUES, 2018).

A principal questão negativa com relação à discricionariedade depreende-se, em primeiro lugar, da própria norma penal, que pouco se posiciona de forma a limitar o julgador quanto aos pressupostos de aplicabilidade do dispositivo, em segundo, por determinar que questões sociais são parâmetros para o cabimento deste, o que, mais uma vez, estabelece a diferença no tratamento e desigualdade entre os agentes (RODRIGUES, 2018).

Esses fatores tornam ainda mais evidente a existência de uma seletividade penal, onde o julgador usa critérios arbitrários e subjetivos para considerar aspectos sobre os quais a lei não se manifesta (KARAM, 2005).

Ainda, de acordo com o artigo de Marcelo Matte Rodrigues (2018), fora realizada uma pesquisa pelo DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional em 2014, onde constatou-se que o sistema carcerário brasileiro atingiu o quantum de 607.731 presos, colocando o Brasil na 4ª posição na lista dos 20 países com maior índice carcerário.

Ademais, seguindo pelos preceitos de Rodrigues (2018) com relação à citada pesquisa:

Dados dessa pesquisa demonstram que 31% dos presidiários estão dentro da faixa etária de 18 a 24 anos; 67% dos presos são da cor negra, ou seja, em cada 03 pessoas presas, 02 são negros. E, também, ficou demonstrado por meio da pesquisa que 53% dos presos não completaram nem mesmo o ensino fundamental. O tráfico foi considerado, através desse relatório da DEPEN, o crime que mais condena no Brasil, totalizando 55.920 presos por tráfico, 7.655 por associação ao tráfico, e 2.738 por tráfico internacional de drogas. O detalhe que confirma a seletividade penal na Lei 11.343/06 é que negros e pardos correspondem a 60% dos presos por tráfico (RODRIGUES, 2018).

#### 4.2 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A subjetividade já tão discutida da Lei de Drogas ensejou conflitos e divergências entre tribunais em todo o país, isto porque a inexistência de limites

objetivos deu margem à interpretação desvinculada dos julgadores a cada caso concreto, de modo que estes decidiam de forma diversa acerca da mesma matéria.

As maiores contradições entre os julgados se dão quanto à classificação entre consumo e tráfico e como chegar à essa classificação. Veja-se um julgado sobre a matéria, expedido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo relator Eduardo Abdalla:

PORTE DE ENTORPECENTE PARA USO PESSOAL, OBJETO DE DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO. Recurso bilateral. Ministerial. Pretendida condenação pelo delito da denúncia. Impossibilidade. **Ausência de provas robustas da ocorrência da mercancia ilícita ou de vínculo com as demais drogas encontradas em local diverso da abordagem inicial.** Desclassificação para o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/06 bem operada. Defensivo. Alteração da pena de prestação de serviços à comunidade para advertência sobre os efeitos da droga. Recurso prejudicado, com concomitante reconhecimento, "ex officio", da prescrição da pretensão punitiva estatal. TJ-SP - APL: 00042352320118260358 SP 0004235-23.2011.8.26.0358, Relator: Eduardo Abdalla, Data de Julgamento: 11/04/2014, 2ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 11/04/2014. (grifo nosso).

No caso em tela, o relator compreendeu que, diante da ausência de provas evidentes que demonstrassem a existência de conduta de comercialização, bem como de vínculo entre as substâncias apreendidas em primeiro momento com aquelas encontradas em local diverso, não seria possível condenar a ré ao crime de tráfico, mas tão somente àquele disposto no art. 28, qual seja, o consumo pessoal, desclassificando, assim, o tipo penal (MASSON, 2019, p.10).

De forma diversa interpretou a Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal ao julgar o Acórdão 1306853, desconsiderando o fato de ser o agente usuário para afastar a aplicação do crime de tráfico. Veja-se:

**2. A alegação de que o acusado é usuário de drogas, por si só, não possui o condão de afastar o crime de tráfico de drogas, uma vez que é notório que as pessoas envolvidas com a prática desse delito, não raras vezes, também consomem essas substâncias entorpecentes, praticando a mercancia ilícita com o fim de sustentar o próprio vício.** Acórdão 1306853, 07244182520198070001, Relator: CARLOS PIRES SOARES NETO, Primeira Turma Criminal, data de julgamento: 3/12/2020, publicado no PJe: 16/12/2020. (grifo nosso).

Portanto, é evidente que a inexistência de parâmetros delineadores gera interpretações divergentes acerca da mesma matéria. O silêncio da Lei de Drogas é

responsável pela discrepância no tratamento entre agentes autuados pela mesma conduta, onde os mais vulneráveis socialmente acabam sendo os mais prejudicados (MASSON, 2019, p.11).

#### 4.3 A NECESSIDADE DE LIMITAÇÕES QUANTO ÀS DECISÕES JUDICIAIS

Um dos primeiros passos necessários para dirimir os conflitos na interpretação da lei pelos julgadores é a definição de parâmetros às condutas elencadas pela norma para que assim sejam consideradas aptas à qualificação para tráfico ou consumo (MASSON, 2019, p.19).

A exemplo disso, com relação à quantidade, países como Colômbia, Equador, Peru e Uruguai atribuíram valores máximos para que a droga seja considerada para fim de consumo pessoa, estabelecendo 20gm, 10gm, 8gm e 40gm, respectivamente (SECRETÁRIA NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGA, 2015).

Sobre a matéria, Portugal se posicionou através de um julgado em 2018, determinando que:

A Lei 30/2000, baseada nas diretrizes da Estratégia Nacional de Combate à Droga, definiu o regime legal aplicável ao consumo pessoal de entorpecentes e psicotrópicos, bem como a proteção social e da saúde das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. Para efeitos dessa lei, a aquisição e o porte de drogas para uso próprio não poderá exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias na quantidade legalmente prevista. (SECRETÁRIA DE DOCUMENTAÇÃO COORDENADORIA DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL, 2018).

Assim, se a lei estabelece uma quantidade máxima para a caracterização do consumo, se evita o arbitramento desvinculado do julgador e, conseqüentemente, a condenação de forma facultativa de penas diversas a condutas semelhantes, proporcionando julgamentos mais justos e tratamento igualitário aos agentes (MASSON, 2019).

O mesmo critério vale para os demais aspectos a serem considerados de acordo com a letra da lei, quais sejam, “local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

Isto é, faz-se necessário que sejam atribuídos pressupostos objetivos para cada critério a ser avaliado pelo julgador para que este não possa agir de forma

arbitrária e desvinculada, evitando consequências extremamente negativas como a ineficácia das políticas de drogas já implementadas, bem como a superlotação dos presídios em virtude de casos que, tecnicamente, se trata de consumo, não de tráfico (MASSON, 2019).

Tal necessidade é emergente e indispensável ao funcionamento prático e real das políticas antidrogas no Brasil.

## **5 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A LEI DE DROGAS**

O problema do cárcere no Brasil ainda representa uma das maiores questões sociais e políticas do país. Tal dilema se explica pela gigantesca população carcerária, o envolvimento dos apenados em facções criminosas e a falta de profissionais suficientes atuando nesses estabelecimentos para melhor gerenciar seu funcionamento.

Com relação à negativa de agentes penitenciários, a maior questão se dá em relação às rebeliões, momento em que, apesar de munidos, estes não são suficientes para controlar uma quantidade de apenados que chega ao quádruplo do seu número.

O principal objetivo da pena restritiva de liberdade deve estar atrelado à ideia de “reconstrução” civil e social do caráter do apenado, o ressocializando e o instruindo quanto ao código ético, moral e coletivo que este precisa adotar para manter o bom convívio em comunidade, exercendo e respeitando direitos. Todavia, na prática, esse sistema, muito mais que readequar o indivíduo para a sociedade, fabrica reincidentes.

Nesse contexto, Foucault (1987) cita que, a pena restritiva de liberdade funcionaria como um “aparelho para transformar os indivíduos”, mecanismo adotado desde os primórdios para reintegrar o indivíduo que veio a delinquir à sociedade. Dessa forma, de acordo com Foucault, a detenção determinada pela lei seria:

[...] encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos.

Assim, a ideia de reclusão à qual se submete o apenado estaria justificada por se tratar de um mecanismo estatal utilizado para “corrigir” aquilo que fora legal e socialmente ferido quando da conduta do agente.

Segundo Elisa Levien da Silva, em seu artigo “A realidade do sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana”, publicado no Portal Direito Net em 2013,

O sistema penitenciário brasileiro tem como objetivo a ressocialização, educação e a referente punição ao seu delito. É uma forma de vingança social, pois uma vez que a autotutela é proibida, o Estado assume a responsabilidade de retaliação dos crimes, isolando o criminoso para que ele possa refletir sobre os seus atos, alheio a influências externas. Através da prisão, o infrator é privado da sua liberdade, deixando de ser um risco para a sociedade (SILVA, 2013).

Apesar disso, os dados históricos confirmam que desde a sua origem o cárcere no Brasil esteve ladeado de problemas sociais e sanitários, esquecido politicamente e estagnado em preceitos antigos que pouco ajudaram a diminuir os índices de reincidência e o crescimento da população carcerária.

Segundo Benigno Núñez Novo (2018), advogado e doutor em Direito Internacional, o berço da problemática relativa às questões prisionais no Brasil tem origens coloniais. De acordo com ele:

A utilização do território colonial como local de cumprimento das penas se estende até 1808, ano marcado por mudanças significativas rumo à autonomia legal e aos anseios de modernidade, tão em voga naqueles tempos, segundo assinala Pedroso. A instalação da primeira prisão brasileira é mencionada na Carta Régia de 1769, que manda estabelecer uma Casa de Correção no Rio de Janeiro. Registra-se, também, a Cadeia construída na cidade de São Paulo entre 1784 e 1788, conhecida simplesmente como Cadeia e estava localizado no então Largo de São Gonçalo, hoje Praça João Mendes. Era um grande casarão assobrado, onde funcionava também a Câmara Municipal. Na parte inferior, existiam as salas destinadas à prisão e, no piso superior, os espaços para as atividades da Câmara. Para lá eram recolhidos todos os indivíduos que cometiam infrações, inclusive escravos, e era onde aguardavam a determinação de penas como o açoite, a multa e o degredo; uma vez que não existia, ainda, a pena de prisão (NOVO, 2018).

Nesse contexto, a constituição brasileira de 1824, sob um viés cuja ideia de dignidade humana estava implícita, determinava em seu art. 179 as condições sanitárias mínimas às prisões. Conforme o citado dispositivo, os estabelecimentos prisionais deveriam possuir segurança, serem limpas e arejadas, com a devida

distribuição dos apenados de acordo dos com a natureza de seus crimes (NOVO, 2018).

Além disso, em concordância com a pesquisa de Novo (2018), com o decorrer dos anos foram associadas às penas privativas de liberdade o exercício de trabalhos, o que fora introduzido através da criação de Casas Correcionais, onde existiam salas destinadas a atividades laborativas voltadas à arquitetura, ao cultivo e ao plantio, dada a economia da época que estava diretamente ligada ao café.

Tal implementação se dava justamente para comprometer o apenado com o trabalho, instruindo-o, de modo que os conhecimentos adquiridos durante sua reclusão pudessem ser reaproveitados quando este retornasse à sociedade, possibilitando-o mais oportunidades no mercado e estimulando a colaboração coletiva entre estes enquanto perdurasse a situação de cárcere (NOVO, 2018).

Em contrapartida à introdução de políticas penais humanizadas, a população carcerária brasileira chegava a atingir números exorbitantes, que não paravam de aumentar ano após ano, tornando-se uma das maiores problemáticas na segurança do país em toda sua história (NOVO, 2018).

De acordo com os estudos realizados por Elisa Levien da Silva (2013), a partir dos anos 2000 a quantidade de apenados por cela ultrapassava o triplo do número permitido pelas normas sanitárias. Nas palavras dela:

(...) Houve um aumento de 113% dos presos de 2000 a 2010, de acordo com dados do Ministério da Justiça. Combinando isso à falta de investimento e manutenção das penitenciárias e presídios, tornaram esses verdadeiros depósitos humanos. Essa situação acaba colaborando com fugas e rebeliões, pois os agentes penitenciários não conseguem ter controle sobre o tamanho do número de presos. Uma cela fechada que abriga um número maior de pessoas que a sua capacidade acarreta problemas como o calor e a falta de ventilação. A falta de espaço faz com que os presos precisem se revezar para dormir. O número de colchões é insuficiente e nem a alternativa de pendurar redes nas celas faz com que todos possam descansar ao mesmo tempo. Outro problema é a falta de mobilidade, a comida tem que passar de mão em mão para chegar aos apenados que estão no interior da cela, e a dificuldade de chegar aos banheiros fazem os presos procurarem alternativas tais como a utilização das embalagens das marmitas para satisfazer as necessidades e até mesmo urinar para fora da cela. Não há privacidade alguma em penitenciárias e presídios superlotados. O Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, admitiu que o sistema prisional chega a ser praticamente medieval, após a divulgação de um estudo da

Anistia Internacional, apontando a degradação do sistema penitenciário nacional (SILVA, 2013).

Consoante os dados e números averiguados em penitenciárias em todo o Brasil, o excesso na população carcerária está diretamente ligada a crimes de natureza entorpecente, o que se depreende como um dos piores efeitos advindos da Lei de Drogas (SILVA, 2013).

Outros fatores que contribuem ao aumento de apenados são as numerosas prisões provisórias e a má aplicação da pena privativa de liberdade, atribuída mesmo em situações em que seria cabível a interposição de penas alternativas, tornando essa mais uma dificuldade no processo de ressocialização do apenado (SILVA, 2013).

Na tentativa de minimizar a superlotação e diminuir seus impactos negativos, em 2011, o Código de Processo Penal passou por atualizações, através da Lei nº 12.403, de 4 de maio, responsável por estipular penas alternativas, diversas da prisão privativa de liberdade, desde que preenchidos os requisitos legais.

A lei oferta diversas modificações ao tratamento das penas ao instituir as medidas cautelares. Dispõe a nova redação dada ao art.282 e seus parágrafos:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - **necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;**

II - **adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.**

§ 1º As medidas cautelares **poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.**

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, **de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal,** por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de **urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária,** acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de **descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou**

**do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá **revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.**

§ 6º A prisão preventiva será determinada **quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar** (art. 319). (grifo nosso).

Portanto, aos condenados por crimes punidos com pena privativa de liberdade cujo quantum não ultrapasse 4 anos, não reincidentes, seria possibilitada a alternativa de pagamento de fiança ou monitoramento eletrônico, o que pode causar a sensação coletiva de impunidade, porém, estatisticamente, ainda é a melhor solução a este problema (NOVO, 2018).

Isso ocorre pela falsa ideia que se tem de que a prisão resolve e minimiza a criminalidade, quando, na verdade, ela a produz. Mais necessário que construir novos presídios, o Brasil carece de políticas públicas eficazes, determinadas para ressocializar o indivíduo e não fabricar reincidentes e especializar apenados nas escolas faccionais. (NOVO, 2018).

Enquanto prender for mais importante que reeducar, o sistema penitenciário brasileiro vai continuar sendo o maior problema de ordem social e de segurança pública no país.

## 5.1 A (IN) EFICÁCIA DAS POLÍTICAS ANTIDROGAS E O CÁRCERE

Um dos fatores que evidenciam a ineficácia da Política Antidrogas atualmente em vigor no Brasil é o aumento exponencial tanto de casos de tráfico quanto de consumo, o que implica que, apesar das últimas alterações na Lei de Drogas, na prática, os resultados não foram tão positivos.

O DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional realizou pesquisas em 2005 e 2011 relativas à população carcerária proveniente de crimes envolvendo entorpecentes. A primeira pesquisa, realizada antes da vigência da Lei nº 11.343/2006, aponta que o Brasil possuía o quantum de 32.880 apenados em razão de tráfico de drogas, nacional e entorpecentes (BASTOS, 2013).

Para a surpresa de todos, em 2011, cinco anos após a instituição da Lei de Drogas e com o surgimento do tipo penal do consumo, o número quase

quadriplicou, atingindo o referente a 125.744 presos. Assim, o que antes representava 13,4% da população carcerária brasileira, passou a compor 24% (BASTOS, 2013).

De acordo com Danilo Machado Bastos, em seu artigo “A ineficiência da política criminal de drogas no Brasil” para o JusBrasil, essa superlotação no sistema penal brasileiro é a maior prova da ineficiência das políticas antidrogas. Nas palavras dele,

Essa crescente colocou o tráfico de drogas em primeiro lugar dentre os delitos que mais encarceram no Brasil, demonstrando que a solução, ou minimização, não passa tão somente pelo fator repressivo-punitivo, mas sim pela integralização de políticas sociais mais eficazes, nos grilhões de camadas menos favorecidas Brasil afora, que são verdadeiros celeiros de minis-traficantes. A sociedade também deveria despertar-se para esse problema que requer uma atuação conjunta entre Estado e sociedade, haja vista que não se pode simplesmente demonizar os que realizam a mercancia de drogas, pois eles são crias do próprio estado social. Nesse compasso, é necessário repensar os aspectos, consequências legais e jurisprudenciais de uma Política criminal de drogas que cultua a repressão como forma de enfrentamento, elegendo os inimigos em primeira linha do Estado, sob o pretexto da busca do bem-estar que a sociedade, alienada pela mídia, pensa que um dia terá. (BASTOS, 2013).

Dessa forma, apesar da preocupação com a lei em estabelecer políticas públicas voltadas à saúde e à ressocialização do agente, a ausência de clareza e o silêncio da lei quanto aos critérios diferenciadores das condutas continua sendo um grande empecilho aos resultados pretendidos, de modo que, na prática, o efeito tem sido o contrário.

No mesmo sentido, explanam Alexandre Bizzotto, Andréia de Brito Rodrigues e Paulo Queiroz (2010, p.41):

(...) apesar da proibição, drogas são facilmente encontradas em todo território nacional. Parece que, quão mais repressora é a política antidrogas, mais forte e violento se torna o tráfico, mesmo porque, enquanto houver procura (de droga lícita ou ilícita) haverá oferta, inevitavelmente.

Nesse diapasão, os autores, ao tutelar acerca das condutas do Estado com relação às políticas criminais antidrogas no Brasil, devem manifestar sua atenção, não aos ideais repressores, mas ao incentivo ao comprometimento social e

comunitário na instrução quanto ao consumo de entorpecentes e suas consequências a médio e longo prazo (BASTOS, 2013).

Os efeitos dessa criminalização exacerbada se refletem na superlotação penal brasileira. Disserta Danilo Machado Bastos:

(...) O que se verifica é a busca por respostas apenas para os problemas apresentados, o que acaba por estigmatizar os seus infratores, marcados por uma mídia implacável, que viola os direitos fundamentais sob o pretexto da liberdade de imprensa, tornando-se uma verdadeira miséria sistêmica, legitimada pela população que, ao mesmo tempo em que fica absorta com as prisões, aplaudem, pois, mais um “monstro” foi retirado do convívio social e pugnam por sua implacável punição, sem pensar nos efeitos que ao longo prazo, o seu cárcere gerará, pois, às prisões supostamente administrada pelo Estado, são celeiros de “monstros” muito maiores, os quais transformarão os jovens que engendram pelo caminho do crime em seus substitutos, fechando um verdadeiro círculo vicioso de um sistema perversamente e inevitavelmente celetista (BASTOS, 2013).

Assim, resta-se evidente que, ainda que se constitua um preceito fundamental preconizado através da Carta Magna, a igualdade penal no Brasil ainda está longe de se tornar realidade. Isto porque a discrepância no tratamento legal e na aplicação da lei está historicamente atrelada a questões sociais que deveriam ser irrelevantes ao interesse judicial (BASTOS, 2013).

Além disso, é indiscutível que o processo de criminalização das drogas através das políticas até então implementadas não foram positivas para o processo de redução da população carcerária no Brasil, tampouco cooperaram para a diminuição dos índices criminais relativos aos delitos envolvendo tráfico e consumo de drogas (BASTOS, 2013).

Atualmente, as políticas antidrogas vigentes no Brasil estão voltadas ao encarceramento e na punição mais rígida aos crimes quando cometidos em reincidência e sob o comando de organizações criminosas. Isto é, muito mais que preocupar-se com a educação social quanto ao consumo desenfreado de entorpecentes potencialmente danosos, o Estado se preocupa em punir, o que acaba por gerar a superlotação penal (BASTOS, 2013).

De acordo com Márcio Badaró e Ana Luísa Meurer Ramos (2019),

A aceitação do critério de eficiência propugnado pela chamada análise econômica do Direito acarretaria grandes problemas no contexto jurídico brasileiro. Isso em razão de que a busca pela chamada eficiência poderia prender para a adoção pura e simples e

políticas criminais de matiz populista, como se depreende do atual fenômeno da expansão do Direito Penal, quando em geral o que se busca é tão somente aplacar um suposto “clamor social”. Tem sido uma constante em nosso país o **estado de “vigilância” permanente dos legisladores e seus “pacotes contra a criminalidade”, que se traduzem, normalmente, em aumento de penas e restrições de garantias. Assim, poder-se-ia verificar uma perigosa inter-relação entre análise econômica e populismo punitivo que, em geral, é guiado por três assunções: que as penas mais altas podem reduzir o delito (esta assunção de clara identificação com a análise econômica); que as penas ajudam a reforçar o consenso moral existente na sociedade; e que há ganhos eleitorais que são produto deste uso.** (grifo nosso).

Portanto, muito mais por razões de interesse pessoal que coletivo, o poder legislativo brasileiro tem se preocupado unicamente em demonstrar uma atuação repressiva, de caráter punitivo, diante da criminalidade que assola o país, principalmente no que concerne ao cenário atual, onde os delitos envolvendo entorpecentes lidera o ranking de apenados.

## 5.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO FRENTE ÀS NORMAS DE ENTORPECENTES

Diante de tudo que já fora explanado, é incontestável que, tanto as políticas públicas quanto o sistema prisional hodiernamente em vigor no Brasil não acompanham as melhores condições humanas e respeitam as diretrizes exigidas pelas regras sanitárias quanto à capacidade máxima e à salubridade mínima para a manutenção de indivíduos reclusos.

A superlotação é enfaticamente apontada como o principal fator potencializador da violação dos direitos humanos no Brasil, isso justamente por ir de encontro a ideia de ressocialização de indivíduos, já que através dela, aumentam-se os índices de facções criminosas, rebeliões prisionais e, conseqüentemente, a reincidência desses indivíduos.

A questão da insalubridade também é um gigante empecilho à dignidade humana, pois, através do abarrotamento de apenados em locais sem mínimas condições à habitação, a proliferação de doenças, bactérias e vírus se dão sem qualquer controle, o que ficou evidente diante do cenário de pandemia mundial frente à COVID-19.

Consoante a estes pensamentos, Luciano Meneguetti Pereira (2017), professor e Mestre em Direito Constitucional na Universidade de Toledo, (Araçatuba-SP), explana em um de seus estudos sobre a matéria:

O que se constata atualmente no país é que, no momento em que uma pessoa é reclusa, ela acaba não apenas dando início ao cumprimento da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta pelos crimes praticados, mas se torna vítima de uma série de violações de direitos que lhe são garantidos por normas domésticas e internacionais. A punição estatal torna-se então um castigo em virtude da falta de respeito com a sua vida e sua dignidade. Que a pessoa presa se encontra num estado de limitação de direitos não há dúvidas, mas este estado de forma alguma contempla ou abrange a limitação ou mesmo a privação de outros direitos básicos (CARDOSO; SCHOEDER; BLANCO, 2015). Todo este quadro é ainda agravado pelo fato de este contexto de violação de direitos em que vivem os presos no Brasil, ser visto com indiferença social. Não são raras as constatações de que esta situação é largamente aceita por grande parcela da sociedade brasileira, que pautada no senso comum, acredita que os detentos realmente devem sofrer duras sanções e até mesmo penas cruéis. Por outro lado, também se verifica que os poderes públicos não raramente se abstêm de agir no sentido de reverter a situação, despertando de seu estado de torpor apenas quando catástrofes ocorrem no interior dos presídios, como tem sido ampla e tristemente noticiado pela mídia brasileira e também internacional.

Dessa forma, vê-se que, na prática, o sistema penal brasileiro está longe de acompanhar os ideais determinados pela Carta Magna, o que evidencia a inconstitucionalidade das políticas atuais e enfatiza a diferenciação nos julgamentos, a depender do indivíduo, gerando instabilidade jurídica e social pela seletividade penal condenatória que hoje reina nos tribunais.

Ademais, outras questões levantadas pela Constituição são questionadas por doutrinadores, como a suspensão dos direitos políticos enquanto perdurar o cárcere, prevista no art. 15, inciso III. Sobre o assunto, se posiciona Salo de Carvalho (2008, p. 152):

A condição de apátrida não estaria apenas vinculada à clássica distinção entre nacionais e estrangeiros, mas sim ao fato de provocar em algumas pessoas situação de perda dos elementos mínimos de conexão com a ordem jurídica interna dos Estados, destituindo-os da legalidade e da jurisdição. Tal condição retiraria o status de cidadania do homem, estabelecendo-lhe uma 'morte civil'. (...) aos condenados do sistema punitivo, a obstrução dos canais de acesso à jurisdição decorrente da substantiva administrativização da execução da pena, aliada à suspensão do direito ao voto, caracterizará uma situação similar à dos apátridas, revelando aquela cruel realidade

anunciada por Beccaria e Rousseau, na qual o condenado pela violação do pacto encontra-se em situação de 'morte civil' (CARVALHO, 2008).

Dessa forma, é impossível desassociar os problemas gerados pela alta população carcerária à inconstitucionalidade do sistema penal brasileiro, incapacitado para recepcionar tantos apenados e despreocupados em estabelecer políticas efetivas de ressocialização, reintegrando o indivíduo ao convívio social de forma plena, evitando, assim, a reincidência e o retorno ao cárcere, considerado hoje um dos maiores dilemas da política antidrogas vigente (CARVALHO, 2008).

### 5.3 A URGENTE NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFICAZES NO COMBATE ÀS DROGAS

Já fora em demasia discutida a ineficiência das políticas públicas contra as drogas atualmente em vigor no Brasil, além dos prejuízos gerados pela superlotação dos estabelecimentos prisionais em decorrência de crimes envolvendo entorpecentes, o que torna ainda mais evidente que as diretrizes utilizadas como meio de conter os números exorbitantes da população carcerária não tem atingido o objetivo pretendido (CARVALHO, 2008).

Diante disso, faz-se necessário que o Estado, juntamente com os poderes Legislativo e Judiciário, encontrem ferramentas viáveis e práticas para mudar gradativamente o cenário atual brasileiro, mundialmente conhecido pelos altos índices criminais, as numerosas facções atuantes dentro e fora dos presídios, além da mercancia de substâncias entorpecentes e dependentes químicos (BUCCI, 2013).

Mais importante que deter-se a implementar medidas punitivas mais rigorosas como forma de “amedrontar” o indivíduo para que este não venha ou volte a delinquir é educá-lo para que adentrar na criminalidade seja sequer uma opção para ele. A ciência já demonstrou que, a longo prazo, a repressão não é a solução.

Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci (2013, p. 37) disserta:

A sistematização teórica da abordagem das políticas públicas deve contribuir para a criação de fórmulas de organização e estruturação do Poder Público capazes de melhorar a sua intervenção – tornando-a mais efetiva, racional e compreensível – e **acelerar o processo de modernização, de redução da desigualdade e de inclusão social.**

**Busca-se apontar pressupostos teóricos que subsidiem juridicamente tanto a análise como a formulação de políticas públicas, considerando a ação governamental em ampla escala.**  
(grifo nosso).

Portanto, reconhecendo que os problemas oriundos do consumo e do tráfico de drogas no Brasil tem raízes antigas e que, apesar disso, nenhuma medida adotada até então foi capaz de dirimir os efeitos negativos individuais e coletivos, é indispensável que seja repensada a forma de tratamento dada a esses crimes, visando resultado prático e positivo (BUCCI, 2013).

Por conseguinte, conforme tudo o que fora debatido no presente trabalho, há ainda que estabelecer limites objetivos diante das normas já vigentes, de modo que estas somente se utilizem do cárcere quando nenhuma outra medida cautelar possível seja capaz de lidar com a situação de forma eficaz. O presídio não pode funcionar como um depósito de pessoas socialmente vulneráveis, muito menos como escola para reincidentes (BUCCI, 2013).

Dessa forma, a participação Estatal deve voltar-se à implementação de medidas, não repressivas, mas preventivas, de caráter educativo, não correccional. De acordo com os autores Reginaldo Lopes e Givaldo Garimbas, no que concerne às diretrizes utilizadas para guiar as atividades da Comissão Especial – CEDROGA, cujo objetivo dá-se na promoção estudos e proposições de políticas públicas e de projetos de lei destinados a combater e prevenir os efeitos do Crack e de outras drogas ilícitas, a maior parte dos trabalhos relativos à prevenção ao uso de drogas no Brasil atualmente são de iniciativa privada, justamente pelo pouco interesse governamental em investir em programas educacionais (LOPES, GARIMBAS, 2014).

Nesse sentido e sob a influência dos referidos autores, dissertam Auriluce Pereira Castilho e Siviana L. Henkes (2014):

O único programa nacional é o Programa Educacional de Resistência às Drogas (PROERD), que é conduzido pela vontade das polícias militares e não contam com meios adicionais para o seu fortalecimento e necessária expansão. Diante disso, pode-se dizer que no Brasil a prevenção ao uso de drogas é insuficiente. No que diz respeito ao tratamento, encontra-se um cenário desolador, que pode ser traduzido pela existência de poucos locais especializados ao tratamento e um grande número de desassistidos. Outro problema é a falta de articulação entre os profissionais, sob o ponto de vista da rede nacional e multissetorial de atenção ao usuário de drogas.

Continuam Lopes e Garimbao (2014):

[...] é necessário um esforço do Poder Executivo, através da diplomacia, para levar programas sociais, de desenvolvimento econômico e de incentivo à substituição de culturas aos países conhecidos como produtores de drogas ilícitas. Por exemplo, a Bolívia, cuja população não ultrapassa 5% da população brasileira e o seu PIB aproxima-se a 1% do PIB brasileiro, possui uma área plantada de 30.000 ha de folha de coca, sendo responsável pelo abastecimento de 85% do consumo de cocaína e seus derivados no Brasil. Além disso, a Bolívia divide fronteira com quatro estados brasileiros (Acre, Rondônia, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul), produzindo a folha de coca a 500 metros da fronteira, chegando ao absurdo do Acre, com 750.000 habitantes manter quase 5.000 presos. Rondônia, semelhantemente, com 1.500.000 habitantes, mantém 10.000 presos, sendo que cerca de 30% desses presidiários cumprem pena por tráfico de drogas. (LOPES, GARIMBAO, 2014).

Desta feita, muito mais urgente que estabelecer novos tipos penais incriminadores e agravar as penas preconizadas aos crimes e contravenções relativos ao uso e ao tráfico de entorpecentes, faz-se a participação do Estado em todas as suas esferas, executiva-legislativa-judiciária, bem como da coletividade em comunidade, de forma a estabelecer pressupostos e políticas educativas e práticas a essas práticas.

O indivíduo precisa reconhecer no ente estatal o papel de cooperador, não o enxergar como inimigo, bem como o usuário necessita perceber-se como vulnerável diante de sua dependência.

Somente através de políticas preventivas, claras e não voltadas ao encarceramento desmedido será possível criar um cenário prisional diferente no Brasil, e, tendo em vista a numerosa lista de leis criadas no decorrer da história do uso e tráfico de drogas pelos brasileiros, precisa começar hoje.

## **6 CONCLUSÃO**

O presente trabalho monográfico tratou em de explanar as políticas públicas vigentes relativas à Lei de Drogas, analisando seu contexto histórico e seus aspectos sociais, traçando uma linha do tempo entre as leis brasileiras que versam sobre substâncias entorpecentes e ilícitas.

Além disso, essa pesquisa dedicou-se a explanar as lacunas deixadas pelo legislador na Lei 11.343/2006, ofertando a diferenciação entre os termos

despenalização e descriminalização, apontando os principais embates doutrinários e jurisprudenciais envolvendo o tema.

Por conseguinte, buscou-se demonstrar a problemática com relação à subjetividade do art.28, §2º da Lei 11.343/2006, que não limita o julgador ao não interpor pressupostos objetivos para a diferenciação legal de usuário e traficante, apontando os efeitos danosos do silêncio da lei.

Por fim, a presente monografia dedicou-se a apresentar os empecilhos relativos à superlotação dos presídios brasileiros, a inconstitucionalidade presente na estrutura técnica e social dos estabelecimentos penais e a necessidade de se rever o caráter repressivo-punitivo das normas. Desta feita, findou-se o trabalho demonstrando a importância da participação estatal na estipulação de políticas públicas educativas, comprometidas individual e coletivamente a dirimir os efeitos danosos do consumo e do tráfico desenfreado de entorpecentes.

## REFERÊNCIAS

- A origem das drogas na história e seu surgimento no Brasil. Portal Educação, 2020. Disponível em: <https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/medicina/a-origem-das-drogas-na-historia-e-seu-surgimento-no-brasil/60298#>. Acesso em: 06 ago. 2021.
- BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. Comentários Penais e Processuais à Lei de Drogas. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris, 2007.
- BARBOSA, Renan. Lei de Drogas: a distinção entre usuário e traficante, o impacto nas prisões e o debate no país, 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/01/14/Lei-de-Drogas-a-distin%C3%A7%C3%A3o-entre-usu%C3%A1rio-e-trafficante-o-impacto-nas-pris%C3%B5es-e-o-debate-no-pa%C3%ADs>. Acesso em: 06 ago. 2021.
- BASTOS, Danilo Machado. A ineficiência da política criminal de drogas no Brasil, 2013. Disponível em: <https://danilombastosadv.jusbrasil.com.br/artigos/113331532/a-ineficiencia-da-politica-criminal-de-drogas-no-brasil>. Acesso em: 06 ago. 2021.
- BATARÓ, Márcio; RAMOS, Ana Luísa Meurer. INEFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL, 2019. Disponível em: <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2019/11/a-ineficacia-da-politica-criminal-no-combate-ao-traffic-de-drogras-no-brasil.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2021.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1997.
- BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito; QUEIROZ, Paulo. Comentários críticos à Lei de drogas, 3ª edição, completamente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas. 3.ed. Disponível em: < <http://bd.camara.gov.br> > Acesso em: 06 set. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 24 jun. 2021.
- BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Lei de drogas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 06 set. 2021.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Jonas Carlos de. Regulamentação e criminalização das drogas no Brasil: A Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes. Rio de Janeiro: Multifoco, 2013.
- CARVALHO, Salo de. Penas e garantias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- CASTILHO, Auriluce Pereira; HENKES, Siviana L. O COMBATE AO USO E AO TRÁFICO DE DROGAS: uma análise da (in)efetividade das leis e políticas públicas

brasileiras, 2014. Disponível em:

[publicadireito.com.br/artigos/?cod=c2c1fc225872c8f4](http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c2c1fc225872c8f4). Acesso em: 01 set. 2021.

FOUCAULT, M. (1979). *Microfísica do poder*. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal.

FRANÇA, Jean Marcel de Carvalho. *História da Maconha no Brasil*. São Paulo: Três Estrelas, 2015.

FREITAS, Yure. Entendendo a Políticas de drogas no Brasil. Disponível em:

<http://www.lumosjuridico.com.br/2018/10/23/politicas-de-drogas-no-brasil-criminalizacao-x-legalizacao-x-regulamentacao-e-despenizacao/>. Acesso em: 09 ago. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 2 jul. 2021.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa? Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 2 jul. 2021.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção, repressão (Comentários à Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976)*. 4<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

GUIMARÃES, Isaac Sabba. *Nova Lei Antidrogas Comentada*. Curitiba: Juruá, 2006.

HADDAD, Mariana Branco. *Comparações entre tipo penal e tipo tributário*. 2002. Nova lei de tóxicos: Descriminalização da posse de droga para consumo pessoal. LFG. Disponível em

<[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20060807161853937](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060807161853937)>. Acesso em: 09 ago. 2021.

HUMENIUK, R.; POZNYAK, V. *ASSIST Teste de triagem para álcool, tabaco e substâncias: guia para uso na atenção primária à saúde: Versão preliminar 1.1 / Rachel Humeniuk; Vladimir Poznyak; tradução Telmo Mota Ronzani; supervisão da tradução Maria Lucia O. Souza Formigoni, Roseli Boerngen de Lacerda; revisão Úrsula Bueno do Prado Guirro*. São Paulo: OMS, 60p, 2004.

JESUS, Maria Gorete Marques de, OI, Amanda Hildebrando, ROCHA, Thiago Thadeu da, LAGATTA, Pedro. *Prisão provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico na cidade de São Paulo*. São Paulo, SP, 2011. Disponível em:

<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/2011.12.20.pdf>> Acesso em: 12 ago. de 2021.

KARAM, Maria Lucia, Apud BIANCHINI, Alice. A seletividade do controle penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, V.8, n. 30, abril/junho. 2005.

LEAL, João José. *Crimes hediondos*, Imprensa: Curitiba, Juruá, 2005.

LESSA, M. B. M. F. *Os paradoxos da existência na história do uso das drogas*. 1998. Disponível em [www.ifen.com.br/artigos.htm](http://www.ifen.com.br/artigos.htm). Acesso em 06 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

- LOPES, Reginaldo (pres.); GARIMBAO, Givaldo (relator). Proposta sobre Políticas públicas sobre Drogas no Brasil. Dezembro de 2011. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/politicas-publicas-de-combate-as-drogas/arquivos/relatorio-do-dep.-givaldo-carimbao>. Acesso em 06 ago. 2021.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. Lei de drogas- aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Método, 2019.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. Carvalho, Paulo Roberto Galvão de. lei de drogas. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo. 2ªed. São Paulo: Método, 2008.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código penal interpretado. Imprensa: São Paulo, Atlas, 1999.
- NOVO, Benigno Núñez. SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO, 2018. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/brasil/sistema-carcerario-brasileiro.htm>. Acesso em: 01set. 2021.
- PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/JSSICA~1/AppData/Local/Temp/472-1141-1-PB.pdf>. Acesso em: 01set. 2021.
- PIERANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil: evolução histórica, 2001, p. 61.
- QUEIROZ Paulo LOPES, Marcus Mota Moreira. Comentários à Lei de Drogas. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- RODRIGUES, Marcelo Matte. A seletividade no direito penal e a Lei de Drogas (lei 11.343/06) no Brasil, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66940/a-seletividade-no-direito-penal-e-a-lei-de-drogas-lei-11-343-06-no-brasil/2>. Acesso em: 01set. 2021.
- RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico: uma guerra na guerra. Desatino, São Paulo: 2003, p. 31.
- SAAD, Luísa Gonçalves. "Fumo de Nego": A criminalização da maconha no Brasil (c.1890-1932). Dissertação. (PPG-História / Universidade Federal da Bahia), 2013.
- SAWAIA, Bader. As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social. Petrópolis: Vozes, 2002.
- SILVA, Amaury. Título. Lei de drogas anotada. São Paulo: JH Mizuno, 2008.
- SILVA, Elisa Levien da. A realidade do sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, 2013. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7926/A-realidade-do-sistema-penitenciario-brasileiro-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 01set. 2021.
- SILVA, Selma Lima. As mulheres da Luz: uma etnografia dos usos e preservação no uso do crack. Tese. (Serviço de Saúde Pública / USP), 2000.
- SEIBEL, S. D.; TOSCANO, A. Dependência de Drogas. São Paulo: Atheneu, 2001.

SNPD, 2015. Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/senad-divulga-levantamento-sobre-legislacao-de-drogas-nas-americas-e-europa/leis-e-preva-final-sem-acordao.pdf>. Acesso em: 06 set. 2021.

SOUZA, Jorge Emanuel Luz. Sonhos da diamba, controle do cotidiano: uma história da criminalização da maconha no Brasil republicano. Dissertação. (PPG-História / UFBA), 2012.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. A história das drogas e sua proibição no Brasil: da Colônia à República. Universidade de São Paulo, 2016. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-05102016-165617/publico/2016\\_CarlosEduardoMartinsTorcato\\_VCorr.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-05102016-165617/publico/2016_CarlosEduardoMartinsTorcato_VCorr.pdf). Acesso em: 06 ago. 2021.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Uso de drogas e sistema penal: Entre o proibicionismo e a redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Néli. Lei de drogas é 'fator chave' para aumento da população carcerária, diz ONG. BBC Brasil. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/lei-dedrogas-e-fator-chave-para-aumento-da-populacao-carceraria-diz-ong.ghtml> Acesso em 03 de novembro de 2017.

Revista Consultor Jurídico. Para Guilherme Nucci, não há nada a comemorar nos 10 anos da Lei de Drogas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

ROTHWELL, Jonathan. Drug offenders in American prisons: The critical distinction between stock and flow. Brookings. Disponível em:

<https://www.brookings.edu/blog/social-mobility-memos/2015/11/25/drug-offendersin-american-prisons-the-critical-distinction-between-stock-and-flow/>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

SANDOVAL, Pablo Ximenez de. A Califórnia esvazia suas prisões superlotadas. El País. Disponível em:

[https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/13/internacional/1426283301\\_978120.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/13/internacional/1426283301_978120.html) . Acesso em 03 de novembro de 2017.

SILVA, César Dario Mariano da. Lei de drogas comentada. 2ª ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

TAFARELLO, Rogério Fernando. Drogas: falência do proibicionismo e alternativas de política criminal. Dissertação de mestrado- São Paulo: USP, 2009.

THE EDITORIAL BOARD. High Time: An Editorial Series on Marijuana Legalization. The New York Times. Disponível em:

<https://www.nytimes.com/interactive/2014/07/27/opinion/sunday/high-timemarijuana->

legalization.html>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. Breve História da Proibição das Drogas no Brasil: Uma Revisão. In: Inter-Legere. Revista do PPGCS/UFRN. Natal-RN, n.15, jul./dez., p. 138–162.

VALBOM, Mônica Sofia Teixeira. O IMPACTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS PARA AS INTERVENÇÕES DE REDUÇÃO DE RISCOS E MINIMIZAÇÃO DE DANOS: ESTUDO DE CASO DO PROJETO KOSMICARE/BOOM FESTIVAL. Dissertação de mestrado. Porto: Católica Porto, 2015.