



**PUC GOIÁS**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
MONOGRAFIA JURÍDICA**

**A SUBJETIVIDADE TRAZIDA PELA LEI 11.343/06 E SUAS PROVENIENTES  
INJUSTIÇAS DENTRO DA ESFERA PROCESSUAL PENAL  
UM ESTUDO SOBRE A SELETIVIDADE PENAL NA DEFINIÇÃO ENTRE  
USUÁRIOS E TRAFICANTES DENTRO DO PROCEDIMENTO COMUM**

**ORIENTANDO: DANIEL RUANN DE MENDONÇA CORDEIRO  
ORIENTADORA: PROF. MS. ÉVELYN CINTRA ARAÚJO**

**GOIÂNIA  
2020**

DANIEL RUANN DE MENDONÇA CORDEIRO

**A SUBJETIVIDADE TRAZIDA PELA LEI 11.343/06 E SUAS PROVENIENTES  
INJUSTIÇAS DENTRO DA ESFERA PROCESSUAL PENAL  
UM ESTUDO SOBRE A SELETIVIDADE PENAL NA DEFINIÇÃO ENTRE  
USUÁRIOS E TRAFICANTES DENTRO DO PROCEDIMENTO COMUM**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof<sup>a</sup>. Orientadora: Ms. Évelyn Cintra Araújo.

**GOIÂNIA  
2020**

DANIEL RUANN DE MENDONÇA CORDEIRO

**A SUBJETIVIDADE TRAZIDA PELA LEI 11.343/06 E SUAS PROVENIENTES  
INJUSTIÇAS DENTRO DA ESFERA PROCESSUAL PENAL  
UM ESTUDO SOBRE A SELETIVIDADE PENAL NA DEFINIÇÃO ENTRE  
USUÁRIOS E TRAFICANTES DENTRO DO PROCEDIMENTO COMUM**

Data da Defesa: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ (a definir)

BANCA EXAMINADORA

\_\_\_\_\_  
Orientador (a): Prof. (a) Ms. Évelyn Cintra Araújo Nota

\_\_\_\_\_  
Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Rosângela Magalhães de Almeida Nota

Dedico este trabalho:

A Deus. Sem ele nada seria possível.

À professora – Orientadora, Ms. Évelyn Cintra Araújo, pela sua atenção, destreza e dedicação em me auxiliar neste projeto.

À professora – Avaliadora, Rosângela Magalhães de Almeida, advogada, pela qual tenho enorme carinho e admiração.

Ao professor Eurípedes Balsanulfo de F. Abreu (*in memoriam*), que estaria presente na banca avaliadora deste trabalho e que tristemente perdemos para as complicações da COVID-19, descanse em paz.

Aos demais professores da minha graduação, que foram fundamentais na construção da minha formação no curso de Direito.

Aos meus pais, Jéssika Cejana de Mendonça Dantas e Cássio Bruno Marinho Cordeiro, pilares da minha formação como ser humano, e que sempre me apoiaram e incentivaram em minhas decisões durante curso.

Aos meus avós Divina Marinho da Silva e Almir Andrade de Freitas que me deram o apoio necessário para chegar até aqui.

Aos meus irmãos, Érik, Caio e Mariana Liz, crianças sonhadoras que tem um futuro brilhante pela frente e que sempre terão meu apoio e amor incondicional.

A todos que conheci durante meu estágio no Tribunal de Justiça na 10ª Vara Criminal, local onde compartilhei experiências e aprendizados, e que me motivou a decidir o tema pela qual disserto essa monografia.

À Giuliana Menegazzo Monteiro Abreu, servidora pública do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que me instruiu no meu estágio e no meu crescimento profissional, pessoa pelo qual tenho enorme gratidão.

Ao Excelentíssimo Doutor Juiz de Direito em segundo grau e professor Adegmar José Ferreira, exemplo de ser humano e de magistrado, pessoa íntegra, ética e humilde, com a qual eu aprendo de forma ímpar o exercício do direito de maneira humanitária e que me serve de inspiração.

Ao grande amor da minha vida, Victória Calaça Cardoso que foi e é a minha maior motivação, principalmente pela sua parceria, companheirismo e amor, durante toda a trajetória deste trabalho.

Gratidão a todos.

## AGRADECIMENTOS

A escrita de uma monografia é um grande desafio acadêmico que dá desfecho a uma trajetória universitária que não seria possível de se percorrer sozinho.

Foram anos de aprendizado, desafios, alegrias, onde adquiri conhecimento que influenciaram no meu crescimento como ser humano e como estudante de Direito, essa jornada ficará marcada, e será pra sempre lembrada com muito carinho.

Agradeço, primeiramente, a Deus, causa primordial de todas as coisas que me concedeu as bênçãos e saúde para poder comemorar este momento tão esperado.

Tenho enorme gratidão aos meus pais, Jéssika e Cássio, meus avós, Divina e Almir, que foram os responsáveis por me dar o apoio necessário e permitiram que eu pudesse chegar neste momento único em minha vida, muito obrigado por tudo.

Agradeço aos meus irmãos, Érik, Caio e Mariana Liz, crianças pela qual sinto um amor incondicional e que contaram com meu apoio em seus crescimentos diante da vida, e também ao restante dos familiares que compõem a minha família.

Gratidão a professora Évelyn Cintra que aceitou me orientar neste projeto tão importante da vida acadêmica e por ter colaborado e me instruído neste trabalho, gratidão ainda, a professora avaliadora Rosângela Magalhães, que aceitou o convite para participar da banca, profissional que acompanho na vida profissional e acadêmica.

Ademais, agradeço de coração a instituição de ensino Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO), em especial aos queridos mestres e funcionários, por me proporcionarem essa experiência durante esses cinco anos, principalmente ao excelente professor constitucionalista Eurípedes Balsanulfo que já não está entre nós, e que lecionou por duas vezes a matéria para meu aprendizado e conhecimento durante o curso, meus mais sinceros obrigados a todos.

Sou eternamente grato pelas experiências e pelas pessoas que conheci durante meu estágio no Tribunal de Justiça, na 10ª Vara Criminal, local em que adquiri conhecimento e aprendizado na prática, que me motivou a continuar exercendo o curso de direito e a me qualificar profissionalmente na área criminal, local que me despertou a dissertar sobre o tema enfoque deste trabalho e ter sido precursor das minhas melhores experiências trabalhando com o Direito.

Muito Obrigado Giuliana e Doutor Adegmar por terem me instruído durante meu estágio e na vida profissional, pelas correções, pela troca de informações, de ajuda, de conhecimento, ambos foram os principais responsáveis pelo meu crescimento e aprendizado no que concerne a prática do Direito, e que além de colegas de trabalho, se tornaram grandes amigos que levarei pra vida, ressaltando que o magistrado Adegmar serve de inspiração para meus anseios na vida profissional, principalmente por ser uma pessoa que exerce seu trabalho de forma ética, humanitária e íntegra.

Gratidão à Victória Calaça Cardoso, pessoa que sempre esteve do meu lado, me motivando, me ajudando, vivenciando experiências incríveis comigo, e que contribuiu muito para minha dedicação e esforço neste projeto, saiba que te amo e que você pode contar para sempre comigo, muito obrigado amor.

A todos vocês dedico essa conquista com o mais profundo amor e gratidão.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso concerne em um estudo crítico aprofundado da subjetividade trazida pela Lei 11.343/06 e as consequências que isso pode acarretar no processo penal no que se refere a justiça e a segurança jurídica da legislação processual. Ademais, adentrará nas questões da seletividade penal que contribui para as decisões tomadas pelos operadores do direito desde a carreira policial até as sentenças e decisões proferidas por magistrados e desembargadores em se diferenciar usuário e traficante de drogas. Dessa forma, este projeto apresentará a origem da Lei de Drogas e seu contexto histórico, a definição e conceituação de drogas, dos delitos delas advindos, principalmente o tráfico e o porte de drogas, e os aspectos oriundos da lei. Adentrará de forma clara e objetiva nas questões de subjetividade desta lei e na seletividade penal, abarcando as consequências advindas dessas duas políticas de combate as drogas, como fatores de injustiça e de insegurança jurídica, a superlotação carcerária e o desrespeito a princípios constitucionais que deveriam ser resguardados aos indivíduos, o que não acontece. Por fim, trará casos de absolvição e condenação por tráfico de drogas, deixando ao entendimento do leitor qual seria a destinação correta dos indivíduos, e somado a isso tentará demonstrar uma forma de solucionar os problemas advindos destes dois institutos presentes na sociedade e no Direito Processual Penal.

**Palavras-chave:** Subjetividade. Seletividade. Tráfico. Drogas. Porte

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I – A LEI 11.343/2006 (LEI DE DROGAS).....</b>	<b>10</b>
1.1 NOÇÕES GERAIS.....	10
1.2 CONCEITO DE DROGAS.....	11
1.3 DROGAS, PROIBICIONISMO, CONTEXTO HISTÓRICO E EXCEÇÕES.....	13
1.4 CRIMES DE CONSUMO PESSOAL E TRÁFICO DE DROGAS PROPRIAMENTE DITO, NA LETRA DA LEI.....	19
<b>CAPÍTULO II – A SUBJETIVIDADE TRAZIDA PELA LEI DE DROGAS.....</b>	<b>24</b>
2.1 ELEMENTOS SUBJETIVOS DA LEI.....	24
2.2 CONSEQUÊNCIAS TRAZIDAS PELA SUBJETIVIDADE DA LEI E A INFLUÊNCIA NA ATUAÇÃO DOS OPERADORES DO DIREITO.....	32
2.3 A SUBJETIVIDADE DA LEI E A POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA..	43
<b>CAPÍTULO III – A SELETIVIDADE PENAL NA DIFERENCIAÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE.....</b>	<b>50</b>
3.1 ENTENDENDO A SELETIVIDADE PENAL.....	50
3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFETADOS, SENDO O MAIOR DELES A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	59
3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS, SOLUCIONANDO OS PROBLEMAS ADVINDOS DA SUBJETIVIDADE DA LEI E DA SELETIVIDADE PENAL.....	66
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>

## INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre salientar que a escolha do tema que rege este projeto foi decidida com base em uma análise crítica na forma como o Direito Penal e Processual Penal Brasileiro se portam no combate ao tráfico de drogas, mais especificamente no que diz respeito à seletividade penal na diferenciação entre usuário e traficante. Ademais, este trabalho busca através de pesquisas e estudos demonstrar o principal ponto de subjetividade trazida pela Lei 11.343/06, Lei de drogas, que já acarretou e pode vir a causar injustiças durante o procedimento comum ordinário na esfera processual penal.

É certo que a Lei de drogas foi estabelecida com o intuito de consolidar o estabelecido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso XLIII, que considera o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia, além de afirmar que devem responder pelo crime os mandantes, executores e os omissos que poderiam evitá-lo. Ainda, a lei supracitada, foi promulgada para ser o meio eficaz na guerra contra o tráfico de drogas, provocando uma certa rigidez da legislação penal, da forma de pensar e agir dos representantes jurídicos na esfera penal e nas medidas de combate a este crime.

Desse modo, como reflexo de todo este aspecto notou-se um considerável aumento na população carcerária no Brasil, ou seja, a rigorosidade trazida pela Lei de Drogas serviu de incentivo para que este tipo penal fosse responsável pelo crescimento no número de presos em nosso sistema prisional. Tal fator, já se mostra como motivo suficiente para que se possa dar mais atenção a esta norma jurídica, tendo em vista que a superlotação das prisões brasileiras é um grande problema que assola a sociedade atualmente, ainda mais quando a discricionariedade de uma lei pode vir a dar margem para prisões injustas ou desproporcionais, tópico que servirá de foco para este trabalho.

Uma das características marcantes da legislação antidrogas é a multiplicidade de verbos em seus tipos, sendo que alguns deles são idênticos na tipificação para tráfico de drogas (artigo 33, da Lei 11.343/06) e para porte de drogas (artigo 28, da Lei 11.343/06). Arelado a isso, esta lei não prevê critérios objetivos no que diz respeito a quantidade de drogas para a diferenciação entre traficante e usuário, fator que abre espaço para que os profissionais do judiciário desenvolvam



seus próprios entendimentos acerca do tema, podendo ocasionar assim uma aplicação seletiva pautada no preconceito socioeconômico, ou ainda dar destinos diversos a dois indivíduos com a mesma característica pessoal e de fato, abrindo margem para injustiças e inseguranças no meio jurídico-processual penal.

A subjetividade trazida pela lei antidrogas pode acarretar problemas desde o princípio da persecução penal até o seu final, ou seja, na fase de Inquérito Policial, por exemplo, veremos que um indivíduo com bons antecedentes e histórico-social, portando uma quantidade de drogas considerável, mesmo que seja para uso pessoal, poderá ser indiciado pelo Delegado por porte de drogas ou tráfico, dependendo do entendimento deste.

Desse modo também, poderá acontecer em sentença, que prolatada pelo juiz quando findada a instrução, pode vir a penalizar o indivíduo consumidor de drogas pelo tráfico que é muito mais gravoso do que as penas impostas ao usuário. Fator que depende do entendimento do magistrado que não possui assistência efetiva da lei para que possa determinar um *quantum* necessário e justo na prolação da sentença, tendo que buscar como fonte primordial a analogia para fundamentar o mérito de sua decisão.

O presente projeto buscará de maneira clara e sucinta exemplificar casos em que um usuário foi indiciado por tráfico, inclusive respondendo pena por tal tipo penal, assim como de um traficante que respondeu processo como usuário, demonstrando assim aspectos de injustiças trazidos pela subjetividade da lei em comento, ressaltando também que o ponto socioeconômico influencia fortemente na maneira do judiciário em lidar com tal situação, o que viabiliza as práticas preconceituosas, inclusive quando se trata de raça, renda e meio social. Ademais, o estudo viabilizará dados científicos para que se entenda um pouco mais sobre quantidade e severidade das principais drogas apreendidas na luta contra o tráfico.

Somado a isso, serão apresentadas notícias e reportagens verídicas que abordam o assunto tratado, entendimentos jurisprudências dos nossos tribunais e opiniões de renomados juristas e doutrinadores das áreas do direito penal e processual penal, o que colaborará com a exposição de maneira objetiva acerca da omissão da lei no sentido de estabelecer a quantidade de drogas essenciais na distinção de tráfico e porte de drogas, focando principalmente em arguições resolutivas para esta questão.

Tal tema compreende tamanha relevância que a partir de dados coletados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) divulgados em 2019, veremos que aproximadamente 40% da população carcerária do Brasil é composta por indivíduos que em tese praticaram o delito de tráfico de drogas, sendo o crime que mais preenche as prisões de nosso país. E ainda, falando-se em relevância jurídica e social, será apontado e demonstrado que a subjetividade presente na Lei de Drogas é passível de fundamentar acontecimentos e decisões injustas e preconceituosas no âmbito jurídico-penal que poderão levar a ferir ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana proposta pela Constituição ao cidadão.

Portanto, ficará demonstrado que é imprescindível que o Direito Penal e Processual Penal Pátrio acompanhado do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere as demais áreas e instituições se organizem na intenção de promover um estudo aprofundado, até mesmo exigindo isso de fundações como a ANVISA responsável pelo estudo científico das drogas, sobre o tema e de discorrer sobre a necessidade da Lei 11.343/06 estabelecer de forma objetiva a quantidade necessária de drogas para caracterizar tráfico ou porte de drogas (usuário), evitando assim possíveis injustiças durante o procedimento comum ordinário no processo penal.

## CAPÍTULO I

### A LEI 11.343/2006 (LEI DE DROGAS)

#### 1.1 NOÇÕES GERAIS

Inicialmente, cumpre salientar que o tema em questão é de extrema importância, tendo em vista que engloba assunto de relevância social, moral e ética, principalmente quando tratado no Brasil, país que efetivou a ideia de ser um dos principais combatentes na guerra contra o tráfico de drogas. Sendo assim, além da lei de drogas ter sido criada para provocar uma certa rigidez na legislação penal e penalizar ainda mais o indivíduo praticante de tal delito, o assunto abordado é expressamente comentado em nossa Constituição Federal.

A Carta Magna, portanto, em seu artigo 5º, inciso XLIII, estabelece que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, o **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Nesse liame, com a intenção de concretizar tal mandado de criminalização explícito, e como dito anteriormente, de endurecer as prerrogativas de combate ao tráfico, foi criada a lei 11.343/2006, mais conhecida como lei de drogas, que revogou as leis anteriores que estipulavam regras neste sentido – lei 6.368/1976 e lei 10.409/2002 – e instaurou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o chamado Sisnad.

Ademais, esta lei estabeleceu medidas de prevenção do uso indevido de entorpecentes, comentou sobre reinserção social de usuários e dependentes de drogas, convocou normas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito, dispôs sobre o procedimento penal a ser seguido, demonstrou meios de investigação e tratou de outros aspectos relacionados ao tema, além de, por fim, definir crimes como o de tráfico e de usuário de entorpecentes, apesar que de maneira vaga e subjetiva como será vista posteriormente.

Outras novidades trazidas pela lei de drogas foi a preocupação de não estabelecer pena privativa de liberdade para quem possuir drogas para consumo pessoal e não for sentenciado como traficante, e sim, como usuário, formulação de crime especial para consumo de pequena quantia de droga em consumo conjunto, criação do tráfico privilegiado, para aquele que tiver bons antecedentes na seara delitiva e tiver cometido o primeiro crime de tráfico de drogas, como tentativa de conceder uma “segunda chance” para o indivíduo que se inserir neste tipo penal, e principalmente, o aumento da pena para aquele indivíduo que tiver praticado traficância.

Sobre o Sisnad, o renomado jurista, magistrado e autor Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 274), esclarece que:

é a atual denominação do Sistema Nacional Antidrogas, que era previsto no art. 3.º da Lei 6.368/76 e regulamentado pelo Decreto 3.696/2000 (ambos já revogados). Esse sistema é composto pelos órgãos e entidades da Administração Pública que exercem as atividades de repressão ao uso, tráfico e produção ilegal de entorpecentes, bem como atuam na prevenção do uso indevido de drogas, que causem dependência física ou psíquica, além da atividade de tratamento, recuperação e reinserção social de pessoas dependentes. Atualmente, passa a ser designado como Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Seus objetivos e princípios gerais estão previstos, basicamente, nos arts. 3.º, 4.º e 5.º desta Lei em comento.

Desse modo, tratando-se do Sisnad, cumpre ressaltar que sua função é prescrever medidas de prevenção para o uso indevido de drogas, reinserção social e tratamento de dependentes e usuários de entorpecentes, e também, estabelecer mecanismos de combate ao narcotráfico, além de propor criação de normas penais incriminadoras para o Poder Legislativo.

## 1.2 CONCEITO DE DROGAS

Para a maior parte da sociedade a conceituação de drogas está embasada em ideologias culturais e moralistas, de forma vaga e simplista, este termo no meio social é visto como substância proibida e que é utilizada por pessoas viciadas, e que tais substâncias trazem dependência, podendo vir a ocasionar severos prejuízos à saúde humana, sendo um verdadeiro mal, uma ameaça à sociedade. Tal concepção não está errada, porém é demasiadamente vaga e subjetiva.

Partindo-se do conceito definido pela Organização da Saúde, sob uma perspectiva ótica científica da palavra droga, significa substância que modifica uma ou mais funções de um organismo vivo quando introduzida neste, e embora o uso destas substâncias provoquem alterações no comportamento e na consciência seja perceptível, a definição de proibição das mesmas é algo recente e que vem ganhando força no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Cabe ainda, como conceituação de drogas, de forma mais objetiva, dizer que são “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (artigo 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/2006).

A criminóloga e autora, Rosa Del Olmo (1990) afirma que existem muitos discursos criados em torno da droga e que de certa forma abrem espaço para a criação de estereótipos, ainda mais por ideologias dominantes que acabam por legitimar o controle social. Atrelado a isso, discurso médico ajuda para que se crie um estereótipo da dependência, considerando o drogado um doente e a droga uma epidemia. A mídia, por sua vez, produz o estereótipo cultural e moral, designando o usuário como um ser viciado e ocioso. Tais discursos influenciam no entendimento jurídico que designa as drogas, que classifica quem as consome e trafica, resultando no estereótipo criminoso, difundindo assim, droga e o traficante como inimigos sociais.

Cumprido ressaltar, que as drogas vêm descritas na portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1988 (artigo 66). Sendo assim, por mais que exista um produto que cause dependência, se este não estiver estipulado na aludida portaria, não será considerado drogas para fins penais, como por exemplo, as bebidas alcoólicas.

É notório que a lei de drogas e seus delitos são designados por **normas penais em branco**, tendo em vista que necessita de complementação por outra norma, para estabelecer, por exemplo, quais são as substâncias ou produtos considerados drogas pelos especialistas.

Ao tratar de norma penal em branco referente a lei de drogas, o autor Cleber Masson Vinícius Marçal (2019, p. 24), estabelece que:

os tipos legais contam com preceitos secundários completos, mas os preceitos primários – definidores das condutas criminosas – dependem de complementação, por lei ou por ato administrativo. As normas penais em branco, na clássica expressão de Franz von Liszt, são como “corpos

errantes em busca de alma”. Existem fisicamente no universo jurídico, mas não podem ser aplicadas em razão da sua incompletude.

Portanto, as normas que regem sobre a lei de drogas nunca deixaram de ser uma norma penal em branco que necessita de complementação e por muitas vezes analogias para que se chegue a uma formulação discricional e objetiva. Cumpre ressaltar que o órgão governamental próprio, vinculado ao Ministério da Saúde encarregado do controle e estudo das drogas em geral, no Brasil, é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que relaciona as substâncias entorpecentes proibidas.

### 1.3 DROGAS, PROIBICIONISMO, CONTEXTO HISTÓRICO E EXCEÇÕES

Para melhor análise da realidade do tráfico de drogas no Brasil, é necessário comentar sobre a construção histórica do caráter proibicionista geral até os dias atuais, demonstrando também exceções e contextualizações acerca deste tópico. A primeira notícia de regulamentação de substâncias entorpecentes, no Brasil, ainda na época da colonização, estabeleceu-se através das Ordenações Filipinas Portuguesas, que através de um caráter comercial, proibiam a posse e a venda do ópio no país.

Já a primeira criminalização de uma droga no Brasil foi regida pelo Código de Postura da cidade do Rio de Janeiro no ano de 1830, que proibia a venda e o uso da maconha. Tal criminalização foi pautada principalmente na relação que a maconha trazia com os povos escravizados vindo da África, povos que preconceituosamente eram vistos como inferiores e de alta periculosidade, tanto que nessa época seus costumes eram monitorados e controlados pelas autoridades.

O Código Penal Brasileiro, promulgado em 1830, não explicitou sobre a proibição do consumo ou o comércio de substâncias entorpecentes. Porém, em 1890, já como República, o Código Penal promulgado estabeleceu previsões de crimes contra a saúde pública, constando mais especificamente em seu artigo 159 que expor à venda ou ministrar substâncias venosas sem a legítima autorização sofreria sanções previstas de multa ao infrator.

Como passar dos anos e os avanços tecnológicos, novas substâncias foram sendo criadas, como por exemplo a heroína, entraram no mercado de entorpecentes

novos produtos, e o aumento do uso e da compra destes malefícios foram sendo vistos como problemas no meio social. Sendo assim, os países foram impondo uma valoração negativa sobre o uso dessas substâncias, com campanhas de amedrontamento e a relação de perigo trazida por estes entorpecentes buscando-se dissuadir o uso através de coação e punição.

Dessa forma, por sua colocação internacional e poderio governamental, os Estados Unidos foram os primeiros a difundir convenções internacionais e ideais com a finalidade de se estabelecer uma política proibicionista, sendo seguido por países como o Brasil, por exemplo, que internalizou resoluções da convenção de Haia, fazendo referências a proibição de substâncias entorpecentes psicoativas, demonstrando certa rigidez ao estabelecer punições (como a prisão do infrator) que o inseriam na chamada guerra contra o tráfico de drogas.

Com isso, juntou-se a propagação de discursos médicos que criminalizavam a maconha, e as teorias segregacionistas que insistiam em fundamentar que a classe pobre e negra era vista como principais usuários e portadores de ilícitos, classificando-os como perigosos e afirmando que deveriam ser controlados e punidos. Ademais, acervava-se que esta parte da população tinha aptidão para o crime o que os tornavam ainda mais agressivos.

Ainda sobre esse contexto, a autora Luciana Boiteux (2006, p. 62-63) esclarece que:

Nota-se um destacado viés sócio-racial na política norte-americana de proibição e controle de drogas. Nos EUA, a bandeira da reprovação moral ao uso de substâncias psicotrópicas foi empunhada pelas ligas puritanas, que influenciaram fortemente a inauguração do controle formal e a proibição de substâncias psicotrópicas, associada a determinados grupos sociais minoritários e discriminados. Muito embora o hábito de consumir drogas não fosse restrito a pessoas de baixo status social, visto que muitas pessoas das classes média e alta também as consumiam, havia uma propaganda oficial que relacionava o uso de drogas com determinados tipos de pessoas: negros, mexicanos, chineses, tarados, desempregados e criminosos.

Como explicitado anteriormente, no Brasil, a campanha contra entorpecentes era fortemente influenciada pelos profissionais da saúde que argumentavam sobre o retrocesso trazido pelo consumo de álcool e das demais substâncias entorpecentes. Portanto, todo o exposto alinhado a política

proibicionista instalada nos Estados Unidos foram fundamentais para produzirem efeitos na legislação brasileira.

Ainda dentro do contexto histórico, Getúlio Vargas outorgou o Código Penal Brasileiro de 1940, ainda em vigência atualmente que levou o Brasil a se inserir na tendência mundial do caráter punitivo, inclusive estabelecendo regimentos próprios de pensamento proibicionista e repressivo de luta contra o tráfico. Em seu artigo 281, esta lei, tipificou as condutas relacionadas ao comércio ou facilitação do uso de drogas, prevendo pena de reclusão para os infratores.

Explica Luciana Boiteux (2006, p. 141), sobre o assunto supracitado:

Em termos de técnica legislativa, optou-se por um retorno à codificação das leis penais, e o delito comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes foi previsto no Código Penal (artigo 281), que proibia: “importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, administrar, guardar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização legal ou regulamentar”. A pena manteve o mesmo patamar das legislações anteriores: reclusão de um a cinco anos e multa. Na avaliação de Nilo Batista, o Código Penal de 1940 “confere à matéria uma disciplina equilibrada”, com a descriminalização do consumo de drogas e a redução do número de verbos, em comparação com a legislação precedente. O legislador de 1940 retomou a técnica da norma penal em branco nas leis de drogas, deixada de lado com o Decreto 981/38, o que denota a intenção de impor um controle mais rígido sobre o comércio de entorpecente, por meio da utilização de fórmulas genéricas e termos imprecisos, ampliando seu significado.

Prosseguindo com o marco contextual histórico brasileiro, é importante acervar que a partir do ano de 1964, ano em que foi instituído o governo militar, a famigerada ditadura brasileira, foi um marco inclusive no tratamento criminal das drogas que passou a se tornar ainda mais duro e rígido. Ocorreu, portanto, um aumento significativo ao aparato policial, estabelecendo-se um estado de guerra do sistema prisional contra o crime em geral e uma ideologia de defesa social com a finalidade de manter o controle social e a ordem política. Dessa forma a violência estatal passou a ser banalizada sendo primordial para o governo a segurança nacional.

Nessa época o consumo de drogas ainda estava ligado a grupos desviantes, caracterizados como subcultura, tornando-se a droga um pânico moral. Em 1964 foi promulgado o Decreto 54.216/64 que ditava sobre entorpecentes e apresentava um rol proibitivo no Brasil, o que coloca o país no combate mundial às drogas. Mais adiante, com o Decreto 385/68 o usuário também passou a ser criminalizado e



equiparado ao traficante, o que distinguiu a ideia de que o usuário de drogas seria visto como dependente ou até mesmo uma pessoa doente que necessita de cuidados e tratamentos, o que seria a forma certa, moral e ética de se pensar.

Diferentemente do tratamento realizado no Brasil que igualava, pareava usuários e traficantes, nos Estados Unidos havia uma distinção, na qual tratava o usuário como enfermo que necessitaria de tratamento e medicamentos a fim de se recuperar da dependência dos tóxicos. Dessa forma, no período ditatorial, nosso país ligava as drogas ao conceito de contracultura, esse processo de tratamento dado a traficante e usuário ainda era muito arcaico e problemático, conforme preceitua a autora Rosa Del Olmo (1990, p. 37-38):

Na América Latina, no entanto, a concepção do consumidor como “doente” teria consequências distintas. Se o que se pretendia nos Estados Unidos com esta separação entre “delinquente” e “doente” era aliviar o consumidor da pena de prisão, nos países periféricos, sem os serviços de assistência para tratamento dos países do centro, o consumidor se converteria em inimputável penalmente. Na prática significou que o consumidor era privado de liberdade e da capacidade de escolha ou vontade, e portanto sujeito a um controle muito mais forte.

A Lei 5.276/71 deu prosseguimento as normas regidas nos decretos anteriores expostos, editada no auge do período militar essa lei colocou o tráfico de drogas como crime contra a segurança nacional e relacionou as drogas e seus usuários como inimigos do governo e do regime instalado, influenciando de certa forma pela política de guerras às drogas e a classificação do traficante como inimigo do governo norte-americano.

Já a Lei 6.368/76, que veio no intuito de substituir a lei anterior, criou uma lei especial para o estudo das drogas em geral, teve como objetivo tornar o estatuto mais moralista, social e flexível, sem portanto ter que modificar ou ficar alterando os ditames do Código Penal Brasileiro. Influenciada pelas conceituações de lei e ordem, esta lei maximizou a criminalização e a punição, mas decidiu por diferenciar o tratamento realizado para o usuário de drogas e o traficante, na qual o primeiro seria visto como dependente e teria de ser tratado e o segundo visto como delinquente que deveria sofrer sanções jurídicas repressivas.

Ainda sobre esta lei, ficou estabelecido que as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, deveriam colaborar no combate as drogas, pois elas seriam um problema social, econômico e político. Dessa forma, a lei colaborou para que a

droga fosse tratada como um problema de segurança e a prevenção e repressão deveria partir de uma mobilização social.

Como dito anteriormente, outro fator importante trazido por esta lei foi o tratamento dos dependentes, esta lei determinou a obrigação de internação hospitalar para aquele que fosse diagnosticado como dependente químico. Desse modo, a lei revelou uma perspectiva de periculosidade social do usuário, que deveria então ser resguardado e tratado.

Relativo ao tráfico e ao traficante a lei tornou-se amplamente repressiva, e em sua análise, percebe-se a presença de inúmeras modalidades de condutas que encaixam na tipificação para que se determine o tráfico, além de que o houve um aumento considerável das penas, estipulando de três a quinze anos de reclusão, ampliando assim a discricionariedade do juiz para a fixação e decisão processual. A lei acrescentou a associação para o tráfico como crime, incluindo pena de reclusão de três a dez anos para quem cometesse. Ademais, criou também causas especiais de aumento de pena, como, por exemplo, para o tráfico internacional.

Segundo Salo de Carvalho (2016), o que acontece é a ocorrência de um retrato da política mundial proibicionista, na qual o sistema penal penaliza traficantes e usuários, com base em pensamentos preconceituosos, o que agrava a desigualdade no tratamento criminal com a consequente prisão para os pobres e negros e a reabilitação para os mais ricos.

Vê-se, portanto que o paradigma de combate as drogas nunca foram alterados, pelo contrário, sempre foram rígidos e severos, e como exemplo disso, se dá o texto constitucional atual promulgado em 1988, que traz em seu artigo 5º, inciso XLIII, a previsão de que o crime de tráfico de drogas deve ser considerado hediondo e insuscetível de graça e anistia, além de ser considerado crime inafiançável, como já visto anteriormente.

Acerva-se que no início da década de 90, ocorreu um momento crítico no Brasil relativo à violência, na qual houve um aumento significativo da criminalidade, que passou a ser o principal problema a ser resolvido. Atrelado a isso, o crescimento da mídia e a sensação de insegurança influenciaram cobranças em cima do legislador para que tomasse providências e se posiciona-se diante da criminalidade, inclusive para os delitos relacionados as drogas e a traficância.

Sendo assim, buscou-se então através de criação de outras leis a alteração da até então vigente Lei 6.368/76, modificações foram propostas, novos tipos penais foram cogitados, e outros temas que relacionavam o crime de drogas eram pautados, porém, dessas tentativas vieram muitas imperfeições e até inconstitucionalidades textuais, não se conseguia estipular um caderno normativo capaz de modificar de fato a atender as necessidades sociais, políticas, morais e econômicas advindas da relação criminal das drogas.

Porém em 2006 foi aprovada a Lei 11.343/06 que manteve a base ideológica, reforçando o sistema proibicionista, e englobando dentro do tema uma variedade de abordagens que relacionam as drogas de uma maneira geral, e tudo isso em uma lei específica que desafogou o Código Penal neste assunto. Sobre a promulgação da nova e atual lei vigente, Salo de Carvalho (2016, p. 276) explica que:

A sinalização da Lei 10.409/02 no sentido do incremento da repressão às inúmeras formas de comercialização e ao financiamento de organizações, voltadas ao tráfico, paralelamente à recepção dos modelos de intervenção psiquiátrico terapêutica, em usuários e dependentes, projetam a estrutura material (delitos e penas) e processual (investigação, processamento e julgamento) da Lei 11.343/06. As condições internas favoráveis para a reforma legal foram legitimadas no plano externo pela consolidação hemisférica da ideologia da diferenciação. Natural, portanto, a adequação do novo estatuto ao discurso jurídico-político no que tange à forte repressão ao tráfico de entorpecentes e ao discurso médico jurídico em relação ao usuário/dependente.

Como explicitado, a nova lei trouxe mudanças significativas comparada com a lei anterior, previu a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas, discorreu sobre sistemas de prevenção e reinserção social de usuários e dependentes, trouxe uma perspectiva de não aplicação de pena de reclusão para usuários.

Porém, como visto, a continuidade lógica repressiva de legislações anteriores, para com o proibicionismo das drogas, o exacerbado desejo em penalizar a traficância e ser combatente na chamada “guerra as drogas”, a utilização das normas penais vagas em branco e o uso de qualificações genéricas persistiram com o advento desta nova lei, que por sua vez, manteve a subjetividade e a falta de clareza em distinguir e diferenciar condutas de usuário e traficante, além da má previsão de inúmeros verbos nas tipificações, acarretando assim enormes

possibilidades de seletividade penal nas ações e decisões, injustiças e práticas preconceituosas dentro da esfera processual penal.

#### 1.4 CRIMES DE CONSUMO PESSOAL E TRÁFICO DE DROGAS PROPRIAMENTE DITO, NA LETRA DA LEI

Inicialmente, cumpre dizer que para o crime de porte de drogas para uso pessoal, ou seja, no caso do indivíduo ser usuário de drogas, são 05 (cinco) os verbos que o definem. Existem verbos em comum com o tráfico de drogas, como por exemplo, trazer consigo ou ter a droga em depósito. Entretanto, a sanção é bem diferente e prevê advertência sobre os efeitos dos entorpecentes, prestação de serviço à comunidade e medidas educativas. Desse modo, observe-se o que diz o artigo 28, *caput*, seus incisos e parágrafo primeiro:

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.

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

Verifica-se, portanto, desse dispositivo legal que uma das novidades trazidas pela lei que o define consiste na descriminalização para este tipo, ou seja, na proibição de imposição de pena privativa de liberdade ao agente que adquire, guarda, tem em depósito, traz consigo ou transporta droga para o consumo pessoal. Dessa forma, o legislador partiu do pensamento de que a segregação cautelar de tal acusado não traz benefícios reais à sociedade, notadamente pois não faria sentido inserir o consumidor em um sistema carcerário precário e dominado por grandes criminosos que poderiam corromper o usuário e o influenciarem em novas práticas criminosas. Vislumbra-se ainda que a falta de pena privativa de liberdade para o delito de consumo pessoal não o distingue de sua natureza criminosa, oportunizando e delegando ao legislador estabelecer penas restritivas de direito, multa e de tratamento.

Ainda analisando-se este tipo penal, entende-se que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, sob o entendimento de que quem realiza essa conduta atinge além da esfera pessoal de que consome a droga, mas também de toda coletividade. Já sobre os núcleos do tipo penal, Cleber Massom Vinícius Marçal (2019, p. 33), preceitua que:

Com efeito, o *caput* do art. 28 contém as condutas de *adquirir* (obter a propriedade, a título oneroso ou gratuito), *guardar* (vigiar permanentemente com o fim de defender, proteger, preservar), *ter em depósito* (guardar com provisoriedade), *transportar* (levar de um lugar para outro valendo-se de algum meio de locomoção) ou *trazer consigo* (transportar junto ao próprio corpo), **para consumo pessoal** (elemento subjetivo específico), droga, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em se tratando de ônus da prova, incumbe à acusação a sua comprovação, ou seja, o *dominus litis* da ação incondicionada, portanto, ao Ministério Público, que definirá se a droga encontrada em posse do indivíduo é destinada para o consumo pessoal ou se é destinada para o tráfico. Contraditoriamente, o Ministério Público não precisa comprovar a mercancia, tendo em vista que o artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas não preceitua nenhuma finalidade específica, bastando apenas a demonstração da prática de qualquer das condutas estabelecidas ao tipo legal. Desse modo, verifica-se que caso o indivíduo seja acusado por tráfico de drogas, este terá que comprovar de forma convencedora que a quantidade de drogas encontrada é estritamente para seu consumo pessoal.

Para determinar a destinação da droga, os membros do poder judiciário e participantes diretos na instrução processual (Ministério Público, Agentes Policiais, Delegados, Magistrados e Desembargadores), devem se valer do sistema de quantificação judicial, que engloba, a quantidade da substância apreendida que é um fator relativo ao entendimento de cada um já que a lei é subjetiva e omissa nesse sentido, à diversidade das drogas sob porte do indivíduo e suas formas de acondicionamento, ao local e as condições em que se desenvolveu a ação, a existência de relevante quantia monetária no momento da abordagem, às circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como a conduta e aos antecedentes do mesmo.

Todas essas circunstâncias do caso concreto, alinhadas as regras de experiência no plano jurídico, são consideradas na diferenciação entre os crimes de tráfico e porte de droga para consumo pessoal, conseqüentemente na distinção

entre usuário e traficante, levando ainda a se supor que, pelo menos, duas dessas circunstâncias caracterizariam e contextualizariam o crime de tráfico.

Deve-se esclarecer ainda que a mera existência de registros policiais anteriores, ações penais em curso ou mesmo condenações anteriores por tráfico não podem ser usadas conclusivamente como prova irrefutável de que o indivíduo flagrado com drogas visava a traficância, pois, tal conclusão feita apenas sob a perspectiva da vida pregressa do agente marca uma punição pautada pelo modo de vida, pela rotulação, o que engloba o preconceito e a seletividade como definidoras do caráter pessoal do autor da ação, o classificando como traficante sem provas concretas, não se atentando ao direito de fato.

Já em relação ao crime de tráfico de drogas, como já visto anteriormente, sabe-se que pertence ao seletivo grupo de crimes hediondos, dessa forma, inafiançáveis e insuscetíveis de graça, indulto e anistia, conforme estabelecido na Constituição Federal. Sendo assim, unindo-se a Carta Magna, a nova redação da Lei 11.343/06 determinou a punição de quem fosse enquadrado no delito de traficância, estabelecendo-se uma distância entre ser processado ou condenado por porte de drogas para uso pessoal e tráfico de drogas, como demonstrado no dispositivo legal abaixo:

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

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

Cumpra observar que o §4º do referido artigo, que trata do crime de tráfico privilegiado, que é a diminuição de pena prevista para aqueles condenados que forem primários, possuidores de bons antecedentes e que não integrem organização criminosa, foi considerado como não hediondo por decisão do STF no Habeas Corpus 118.533, tratando este tipo penal como menos gravoso, e entendido como envolvimento ocasional do agente na prática delitiva, merecendo punição mais branda.

O tráfico de drogas como visto em seu dispositivo legal e diferentemente do porte de drogas para consumo pessoal, contempla 18 (dezoito) núcleos, verbos que o caracterizam, são eles: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar,

adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo e fornecer, sendo que 05 (cinco) deles enquadram-se tanto para porte de drogas para uso pessoal quanto para tráfico de drogas.

De todo modo e por todo o exposto, conclui-se que alguns fatores levam a total comprovação de que um indivíduo esteja praticando de fato a narcotraficância, e como visto se é encontrada quantidade excessivamente grande em porte deste, e em conluio com a quantidade o mesmo tenha reiteração criminosa no tráfico, é encontrada uma certa diversidade de drogas e estas estão em embalagens próprias para vendas, somado à apreensão de diversos apetrechos como balança de precisão, caderneta de anotações, relevante monetização, viabilizam a propositura de ação e posterior condenação do agente pelo crime de tráfico de drogas, tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, com resguardo da saúde pública. Reitera-se que para tanto, as investigações devem identificar a presença de autoria e materialidade delitiva e que o indivíduo tenha praticado ao menos um dos núcleos do tipo penal ao qual será denunciado.

No entanto, a maior preocupação é sobre aqueles indivíduos que estão em situação de primariedade, possui bons antecedentes, que são encontrados portando relativa e considerável quantidade de drogas, e que se enquadram em um dos núcleos do tipo penal do artigo 33 em comento, mas que com todos os fundamentos fáticos e investigatórios não se conclui que de fato o mesmo estava praticando o crime de tráfico de drogas. Ou então, até mesmo aqueles que possuem ação ou condenação por este tipo penal, o que não pode ser levado como única prova pra futura condenação ou propositura de ação, mas que se enquadram na mesma situação de dependência do entendimento do julgador e dos demais profissionais do judiciário para que seja considerado como traficante ou mero usuário.

Somado a isso, e por tudo visto até aqui, é que se nota a subjetividade trazida pela Lei 11.343/06, para com a quantidade de drogas a ser estipulada para diferenciar traficante de usuário. Nota-se que a lei é omissa nesse sentido, e abre margem aos julgadores e profissionais do direito a demonstrarem suas interpretações e entendimentos acerca do tema. E o que de fato entende-se disso, é a possibilidade de se ocasionar uma insegurança jurídica, com entendimentos e

julgados diferentes e desproporcionais, e que por muitas vezes possam vir a se tornar injustos, podendo inclusive levar à prisão um inocente.

Ainda, atrelado a tudo isso, identifica-se o crescimento de uma seletividade penal, pautada no preconceito socioeconômico, em que por muitas vezes o indivíduo mais pobre, negro e de baixa escolaridade é visto como principal agente criminoso e que pratica determinados delitos. Para quem vivencia em sua rotina e em seu cotidiano a justiça, tal prática seletiva é amplamente verificada e escancarada, pois este tema também é algo que vai além do mundo jurídico, é um fator que está inserido na história e estrutura da humanidade e da sociedade brasileira.

Por fim, e em síntese, a ausência de uma delimitação sobre a quantidade de droga que diferencie tráfico e uso pessoal, associada a influência preconceituosa estampada no meio social brasileiro, somada as previsões também subjetivas das circunstâncias sociais, faz com que na prática os operadores do direito estabeleçam critérios próprios, fazendo com que fatos análogos possam ser classificados diferentemente a depender das autoridades judiciárias do caso determinado.



## CAPÍTULO II

### A SUBJETIVIDADE TRAZIDA PELA LEI DE DROGAS

#### 2.1 ELEMENTOS SUBJETIVOS DA LEI

Como visto ao final do capítulo anterior, tanto o artigo 28, quanto como o artigo 33 e os demais ditames legais da Lei 11.343/06, não trazem uma definição quantitativa de drogas, para que se possa estipular uma definição justa para decisões sem amparo das demais circunstâncias sociais de cada indivíduo. Atrelado a isso, também não existe nenhuma lei que cite essa quantidade, fator que abre espaço para que servidores do judiciário ofereçam destinos diversos a flagrados com droga.

Desse modo, a Lei de Drogas não estipula parâmetros objetivos para que determinada quantidade de drogas seja considerada tráfico. Sendo assim, frequentemente prevalece o entendimento da autoridade policial ou da autoridade judiciária, que varia entre delegacias e gabinetes, em que uns são mais tolerantes e outros menos, ocasionando a possibilidade de surgir destinação diversa a indivíduos que possuam a mesma característica de fato e circunstâncias quando encontrados com droga, identificando-se assim dentro da esfera penal abertura para fatores de injustiça e insegurança jurídica.

Em se falando de justiça, sabe-se que a pena para tráfico de drogas e para porte de drogas são distintas e possuem longínqua distância em suas rigorosidades. Este crime possui pena branda, prevendo advertência sobre os efeitos das substâncias, prestação de serviços à comunidade e medida socioeducativa, portanto não englobam o fator reclusão que limitam direitos sociais inerentes e protegidos constitucionalmente à qualquer cidadão, mas que serve justificadamente para servir de sanção e punir o indivíduo criminoso. Já aquele crime, possui penas mais rígidas, como multa e pena de reclusão, que agem de maneira a conscientizar a sociedade, punir o indivíduo, e fazer com que o mesmo não reitere na prática delituosa.

Dessa maneira, entende-se a importância dos operadores do direito em se estabelecer decisões conscientes e justas a fim de resguardar os direitos humanos

inerentes ao cidadão, e acabar por não estabelecer pena de prisão para aquele indivíduo usuário de drogas, doente e dependente que está sendo investigado por tráfico. Nessas horas, deve-se abster das práticas preconceituosas e da seletividade penal, deve-se buscar ao máximo verificar se as circunstâncias de fato e sociais do indivíduo, além dos tipos penais, façam com que a única opção viável seja o cárcere aquele suposto agente criminoso.

Ademais, não se pode deixar que o combate ao tráfico, a guerra contra as drogas, citadas por muitas vezes no capítulo anterior estabeleçam margem para erro, em se prender indivíduos inocentes, que foram ludibriados, enganados, devido a sua dependência, até porque, como exposto, o crime de tráfico é equiparado a hediondo e suas penas e sanções devem ser aplicadas excepcionalmente para aqueles grandes comerciantes de entorpecentes, para aqueles que reiteram na prática criminosa mesmo após ser penalizado, para aqueles que todas as características comprovam de maneira integral, sem restar dúvidas, de que aquele indivíduo incorreu para a prática criminosa e teve o dolo de atingir a saúde pública e o lucro indevido pela ação delituosa.

Antônio Carlos Ribeiro Júnior (2018, p. 11), sobre a falta de clareza e a larga discricionariedade na classificação das condutas realizadas para estabelecer o delito como tráfico ou porte de drogas, argumenta que:

Observe-se que não há nenhum critério objetivo que diferencie condutas que podem levar a pessoa a uma pena que vai de cinco a quinze anos de privação de liberdade ou a ficar submetido a penas socialmente alternativas. Não há nenhuma segurança, nada que garanta uma separação clara entre um porte de drogas ser considerado tráfico ou uso pessoal, nem mesmo a quantidade de drogas encontrada. Esta situação levou a um aumento considerável do encarceramento da juventude negra e periférica. O tráfico de drogas é o segundo ato infracional mais recorrente no país, superado apenas pelo roubo.

Geralmente, a primeira responsabilidade de classificação em relação a qual crime foi cometido pelo suspeito detido recai sobre os delegados que se posicionam por relatórios policiais, ou até mesmo por representação de prisões temporárias ou preventivas, posteriormente atingindo promotores de justiça e magistrados, que formam pareceres e prolatam sentenças respectivamente, sempre partindo de princípios não só legais, aqueles trazidos pela lei, mas também como pessoais,

aqueles subjetivos, que não estão definidos em lei, como a quantificação da droga para condenação ao tráfico.

Normalmente, se um indivíduo abordado é encontrado portando pouquíssima quantidade de droga, como, por exemplo, algumas dezenas de gramas de alguma droga, ele será investigado por porte de drogas, sendo classificado como usuário e por muitas vezes, caso seja levado à delegacia, será solto em audiência de custódia até que se finde seu processo, com sentença absolutória transitada em julgado e sem recurso, respondendo no máximo pelas brandas sanções já expostas neste capítulo.

Ademais, diferentemente do exposto acima, o indivíduo fosse abordado portando uma relativa quantidade de drogas, como, por exemplo, centenas de quilogramas, e ainda que não tivesse passagens, antecedentes criminais e nem circunstâncias, já explicitadas, que levassem a confirmar a traficância, notadamente seria mantido preso em audiência de custódia, respondendo o processo privado de sua liberdade, respondendo criminalmente como incurso no artigo 33 da Lei 11.343/06, até que saísse sua sentença condenatória, esgotadas as fases recursais, e transitada em julgado, para que cumprisse, ou, no caso, continuasse a cumprir à sua reprimenda em regime estabelecido. *In casu*, a relevante quantidade de droga encontrada com o agente, por si só já caracteriza o absurdo, não tendo que se falar em uso pessoal, inclusive alimentando a certeza de que a destinação dessa droga fosse para a narcotraficância.

Entretanto, nas hipóteses apresentadas, verifica-se o excessivo e o mísero quantitativo, sendo que existem casos no meio termo, quando há uma apreensão de relativa quantidade de droga, e nestes casos a lei não determina de forma objetiva a quantidade certa para a diferenciação, abrindo margem à decisões pautadas em analogias, julgados, ou até mesmo da própria maneira de pensar do julgador, impulsionando discursos seletivos, e pautados em entendimentos discricionários, possibilitando injustiças na esfera processual penal e a insegurança jurídica.

Em um estudo, tomando como referência a maconha, feito pelo Estadão, renomado jornal brasileiro publicado na cidade de São Paulo, e demonstrado em seu site através de uma reportagem, verificou que é comum pessoas detidas com 1 (um) grama serem classificadas como usuárias (quantidade equivalente a um cigarro). Já quando alguém é pego com 23 (vinte e três) gramas, as chances de ser

classificado como usuário ou traficante são iguais. E, por fim, a partir de 200 (duzentas) gramas as apreensões são mais raras e a classificação como traficante é dominante.

Reiterando, o já exposto, a reportagem diz:

Para determinar se uma droga é destinada a consumo pessoal, a Lei de Drogas, prevê que o magistrado pode observar a sua natureza e a sua quantidade, além do local e as condições em que se desenvolveu a prisão, assim como devem ser levadas em consideração as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do suspeito (Carvalho Marco Antônio, Sem lei que cite quantidades, polícia dá destinos diversos a flagrados com droga, 30 de março de 2019)

Assim sendo, caso as demais circunstâncias, sejam de prisão, sejam de fatos, sociais ou pessoais do agente, bem como sua conduta ou antecedentes não evidenciarem que de fato e comprovadamente o mesmo agiu com o intuito de traficância, e apenas tiver como prova a apreensão da droga, que seja 200 (duzentas) gramas, como o magistrado procederá e que decisão tomará, ficará ao seu critério.

A respeito do julgamento embasado apenas na quantidade de drogas para caracterização do crime de tráfico, observe-se este entendimento jurisprudencial proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso:

**GABINETE DO DES. PAULO DA CUNHA GABINETE DO DES. PAULO DA CUNHA APELAÇÃO CRIMINAL (417) APELANTE: MPEMT – BARRA DO GARÇAS APELADO: RODRIGO NARDES CARDOSO, EDUARDO RIBEIRO MESQUITA EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL – RÉUS CONDENADOS PELO CRIME DE USO DE ENTORPECENTES – ARTIGO 28 DA LEI N. 11343/06 – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PLEITO DE CONDENAÇÃO PARA O CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06 – QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA NÃO CARACTERIZA, POR SI SÓ, A TRAFICÂNCIA – INEXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS A COMPROVAR QUE A DESTINAÇÃO DA SUBSTÂNCIA ERA PARA A COMERCIALIZAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. A droga apreendida não caracteriza, por si só, a traficância. A condição de usuários dos réus, aliada a inexistência de outros elementos a indicar a traficância, caracteriza, como conclui o juiz da causa, o crime tipificado no artigo 28 da Lei n. 11.343/06, pois indemonstrada que a droga seria para a alimentar o tráfico de entorpecentes, pela forma que estava embalada, aliada ao fato de não ter encontrado nenhum apetrecho que evidenciasse seu destino comercial.**

(TJ-MT – APR: 00069833020178110004 MT, Relator: PAULO DA CUNHA, Data de Julgamento: 06/08/2019, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 06/08/2019)

Entende-se deste julgado que o nobre Desembargador, apesar de não ter especificado a quantidade de droga apreendida no caso, e embasado nos entendimentos recentes das cortes supremas e dos Tribunais Nacionais, ressaltou que a quantidade de drogas não deve servir como única base condenatória de tráfico, ou seja, que para tal condenação as circunstâncias e predicados devem corroborar para que haja um edito comprobatório passível a lastrear que as práticas delituosas possuem a finalidade da traficância, para que assim possa decidir e punir de forma justa o delinquente autor do delito.

E ainda, consolidando a tese de entendimentos, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás também entendeu recentemente que não se demonstrando as circunstâncias essenciais e comprobatórias para que se caracterize o tráfico de drogas, a prova não é suficiente para condenação, veja-se que o caso enquadra-se na quantidade de drogas antes exposta, qual seja, 200 (duzentas) gramas aproximadamente.

**Tráfico de drogas (44 gramas de cocaína e 119 gramas de maconha). Condenação. Recurso da defesa sustentando nulidades, desclassificação e redução da pena.** (1) No caso dos autos, as teses de nulidades não evidenciam prejuízo para a defesa, pois a condição de usuário em tratamento (resposta ao ofício) não é incompatível com tráfico, nem houve qualquer dúvida quanto à natureza e quantidade das drogas apreendidas (juntada tardia do laudo definitivo). (2) As circunstâncias conhecidas e provadas (variedade e quantidade da droga e local da apreensão) não autorizam afastar a tese desclassificatória, sendo certo que o ônus probatório da defesa é imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio *in dubio pro reo*. **Assim, a prova não é suficiente para a condenação por tráfico, remanescendo crime de menor potencial ofensivo (art. 28, Lei 11.343/2006).** (3) **Recurso conhecido e provido. Parecer desacolhido. Expedição de alvará de soltura.**

(TJGO, PROCESSO CRIMINAL -> Recursos -> Apelação Criminal 0053750-20.2018.8.09.0143, Rel. Des(a). EDISON MIGUEL DA SILVA JÚNIOR, 2ª Câmara Criminal, julgado em 08/03/2021, DJe de 08/03/2021)

Desse modo, verifica-se do julgado que apesar de a quantidade de droga ser relativamente alta, infere-se que as demais provas a fim de se consubstanciar as circunstâncias não foram reconhecidas suficientes para se concluir uma condenação para o tráfico, restando o apelante incurso no delito de porte de drogas para uso pessoal, de menor potencial ofensivo, resguardando-se seus direitos, e atendendo princípios, tais quais da proporcionalidade para se definir uma decisão justa.

Inferese assim que nos dois entendimentos acima expostos, ambos julgadores decidiram pautados na subjetividade trazida pela lei de drogas, beneficiando os réus e os livrando da condenação por tráfico.

No segundo caso, anteriormente estabelecida pelo juiz de primeiro grau, que diferentemente dos desembargadores, atuando também pautado na subjetividade estabelecida em lei, decidiu que o indivíduo preenchia os requisitos e circunstâncias capazes de evidenciar a prática do tráfico. Entende-se assim pois o julgado trata-se de uma apelação criminal, recurso estabelecido e postulado pelo acusado que anteriormente estava preso por ter sido sentenciado por tráfico e teve sua liberdade e absolvição reconhecida pelo Tribunal, fato este que demonstra completamente a injustiça sofrida durante toda a fase processual.

Por conseguinte, é comum que pela subjetividade exposta em todo este tópico os julgadores possuam entendimentos e decisões divergentes, incongruentes e que possam dar destinações diversas a indivíduos em casos semelhantes, restando-se caracterizado que essa subjetividade é sim prejudicial para o judiciário, pois fica pautada em critérios que levam ou possam levar à insegurança jurídica e situações de injustiças como a do caso acima, devendo ser combatida a partir de estudos e modificações legais para que se possa alcançar o máximo de objetividade possível.

A exemplo de que os operadores do direito, atingidos pela subjetividade trazida pela Lei de Drogas, proferem decisões diferentes e pautadas na discricionariedade, veja-se o entendimento jurisprudencial a seguir:

**PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGA. REITERAÇÃO DELITIVA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDA. I – A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do art. 312 do CPP. II – Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos para a garantia da ordem pública, seja pela quantidade e diversidade das drogas apreendidas (135 g de maconha, divididas em 06 porções), a indicar um maior desvalor da conduta perpetrada; seja pelo fato de o paciente ostentar registros criminais em crimes de tráfico de drogas, estando em liberdade provisória quando novamente preso em flagrante, o que revela a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. Precedentes. III – A presença de circunstâncias pessoais favoráveis,**

**tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.**

(STJ – RHC: 99539 MG 2018/0149742-5, Relator: Ministro FÉLIX FISCHER, Data de Julgamento: 07/08/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/08/2018)

Verifica-se que o nobre Ministro julgador manteve a segregação cautelar preventiva do indivíduo, considerando principalmente que restou configurada para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, conforme preceituado no artigo 312 do Código de Processo Penal. Ademais, fundamentou-se na quantidade (critério subjetivo), e na diversidade de drogas apreendidas, além de o agente possuir registros criminais em crimes de tráfico de drogas, apesar de ser primário e não ter condenação transitada em julgado, e possuir demais circunstâncias favoráveis, reforçando a possibilidade de o mesmo reiterar na prática delitiva e por todos os fatores não ser merecedor de medidas cautelares à prisão.

Apesar de o julgador estar pautado em mais de uma circunstância para manter a prisão preventiva, elas não ensejam caráter decisivo, porquanto a quantidade ser critério subjetivo, a diversidade não ser fundamentação forte para mantimento, como visto nas decisões anteriores que mesmo com diversidade de drogas o agente chegou a ser posto em liberdade, e que o fato de o autor do suposto delito ser possuidor de condenação ou acusações anteriores, por si só, não constitui critério idôneo para a decretação da prisão preventiva.

Porém, não há que se falar que a decisão proferida foi ilegal, pois o nobre e exímio julgador possui esta prerrogativa de discricionariedade pra poder decidir como melhor entender, justamente pela subjetividade trazida pela Lei de Drogas, desde que fundamente de forma concisa, como foi exposto, alegando possuir diversas circunstâncias que entendeu serem favoráveis ao recolhimento cautelar do denunciado. Portanto, não que a decisão tenha sido absurda e injusta, mas ela divergiu das outras duas decisões em que se apresentaram certo grau de similaridade fática, dando destinação diversa ao indivíduo.

Para melhores entendimentos do acima exposto, no que diz respeito as condenações ou acusações passadas não configurarem circunstância

caracterizadora e essencial da prisão preventiva, é importante que se traga o último julgado deste tópico, na qual diz que:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE SEUS PRESSUPOSTOS. FUMUS COMISSI DELICTI. PERICULUM LIBERTATIS. DÚVIDA RAZOÁVEL QUANTO AOS INDÍCIOS DE AUTORIA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Impõe-se a revogação da prisão preventiva quando houver dúvida acerca de seus pressupostos, haja vista que as circunstâncias fáticas que envolveram a prisão em flagrante do paciente não evidenciam, com a segurança necessária, a existência de indícios suficientes de que ele seja o autor dos crimes descritos nos arts. 33, caput, 34 e 40, incisos III e VI, todos da Lei nº 11.343/2006. **2 – O fato de o agente possuir condenação anterior não constitui, por si só, fundamento idôneo para a prisão preventiva, devendo essa circunstância ser ponderada com os requisitos necessários para a sua decretação; nem tampouco se admite a invocação da gravidade abstrata do delito, até mesmo porque, no caso, há razoáveis dúvidas de que o paciente seja o autor dos fatos a ele imputados.** 3 – Ordem concedida. CONHECIDO. CONCEDEU-SE A ORDEM. UNÂNIME. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOC. (Acórdão 793167, 20140020108517HBC, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª Turma Criminal, data do julgamento: 29/5/2014, publicado no DJE: 2/6/2014. Pág.: 489)

A Lei de Drogas, por fim, não conseguiu resolver a ambiguidade estabelecida na definição de traficantes e usuários, permitindo, dessa forma, a precariedade na definição objetiva da lei, e da margem de discricionariedade dos operadores do direito. Esta legislação pende entre dois extremos opostos da resposta penal, quais sejam, a máxima repressão para o traficante e a previsão do tipo referente ao consumo como crime de menor potencial ofensivo. Ademais, conforme já visto, a referida legislação usufrui-se de tipos penais vagos, normas em branco e qualificações genéricas, possibilitando maior flexibilização e atualização do sistema punitivo.

Pois bem, referente ao crime de tráfico, trata-se de um delito de perigo abstrato, em que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, sendo o discurso criminalizador legitimado por fundamentos moralistas, o que desqualifica a manutenção do proibicionismo, e, sendo assim, mesmo que o indivíduo denunciado pouco tenha contribuído para a venda, armazenamento ou disseminação das drogas, é permitido que o puna-o, sendo aplicado ao tráfico a resposta penal máxima, o que, nos moldes do proibicionismo, pode acarretar na aplicação do tipo mais gravoso a condutas semelhantes.



Evidencia-se que a finalidade de agir deveria ser o critério *mor* considerado para a classificação das condutas. Porém, devido à inexistência de referência à intencionalidade do agente ao cometimento da ação, normalmente peca-se por caracterizar certas situações como tráfico, independente da real destinação ao comércio ilícito, sendo consolidado por nossas jurisprudências. Portanto, acredita-se que a comprovação do objetivo, o dolo específico, deveria ser o grande critério para a diferenciação.

O que se tem percebido é que, contrariando preceitos constitucionais, na dúvida têm-se aplicado o tráfico de drogas, notadamente a lotação dos presídios são caracterizadas pela maior parte ao crime de tráfico de drogas, desse modo, os critérios definidores que deveriam ser indícios para o julgador lastrear seu entendimento têm servido de preceitos fundamentais para se definir a imputação à traficância.

Para quem atua no judiciário, tem-se percebido e assegurado por entendimentos jurisprudenciais que recai sobre o acusado o dever de provar a finalidade da droga, demonstrar ou não a sua intenção ao consumo ou até mesmo ao tráfico, mesmo sabendo-se que as circunstâncias indiciadoras são deveres do polo da acusação, portanto, do Ministério Público. Fatores esses novamente influenciados pelas ideias de combate e repressão as drogas, na guerra contra a narcotraficância e a vontade de punir, pautadas pelo proibicionismo.

Tomando como base a jurisprudência transcrita nesse tópico, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, percebe-se que o judiciário aos poucos têm se posicionado de maneira mais cautelosa em relação a estes tipos de crime e na diferenciação na hora da decisão, até porque como visto é um tema bastante significativo e que pauta temas de segurança jurídica e justiça, então, ao menos os Tribunais superiores têm se posicionado no sentido de garantir todos os direitos constitucionais inerentes à qualquer cidadão, seja ele inclusive criminoso, até que se comprove de maneira mais firme e objetiva todas as circunstâncias de motivos, fatores e penas impostas, para que se decida em qual crime de fato incorreu o denunciado e qual seria a pena mais justa para cumprimento.

O Supremo Tribunal Federal inclusive passou a se posicionar no sentido de que a liberdade provisória não pode ser negada ao denunciado ou condenado em fase recursal sem voto e decisão de mérito, por mais que o crime de tráfico seja

estipulado como crime hediondo, haja vista que a vedação absoluta deste direito seria uma ofensa aos princípios constitucionais de presunção de inocência, proporcionalidade e principalmente a dignidade da pessoa humana, sendo necessário atualmente que basta, assim como os demais crimes não hediondos, que o denunciado não preencha os requisitos da decretação da prisão preventiva do artigo 312 do Código de Processo Penal, que também versa sobre a liberdade provisória, e que se dará por meio de decisão superior, após análise concreta e justa.

## 2.2 CONSEQUÊNCIAS TRAZIDAS PELA SUBJETIVIDADE DA LEI E A INFLUÊNCIA NA ATUAÇÃO DOS OPERADORES DO DIREITO

Justificadamente com a ausência de critérios objetivos trazidas pela Lei 11.343/06, que não prevê a quantidade de drogas para que se possa diferenciar traficante de drogas de usuário, os profissionais e operadores do direito desenvolvem seus próprios entendimentos acerca do assunto, o que notadamente pode gerar conflitos na instância jurídica, ocasionando como já exemplificado em questões anteriores possibilidade de decisões injustas, diferentes entre julgadores, e de divergentes pensamentos e fundamentações.

Esta discricionariedade dos julgadores podem levar a dar destinação diversa para indivíduos que estão envolvidos em situações idênticas ou semelhantes, como por exemplo, condenar um deles por tráfico e outro por usuário de drogas. Pelo exposto, portanto, abre-se espaço para a chamada insegurança jurídica, fator que é bastante debatido no judiciário para que não aconteça.

Entende-se de justiça, aquela que está em conformidade com o direito, com o preceito legal, dentro dos bons costumes e a ética social, o equilíbrio entre a moral e a razão, entre o dever e o direito. Justiça pode ser entendido como dar a cada um o que é seu, o que é digno. O conceito de justiça está dentro do atual sistema normativo, é a liberdade individual que cada ser humano tem de fazer aquilo que quer, sem logicamente, ofender a liberdade de *outrem*.

Já em relação a consequência geradora de insegurança jurídica, esta parte de um princípio orientador do direito, em que o direito processual se sustenta para

ser o mais justo e correto possível, dentro dos costumes éticos e preceitos morais, o chamado princípio da segurança jurídica.

José Afonso da Silva (2006, p. 133), nobre doutrinador, ensina que:

A segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída

Sendo assim, entende-se que este princípio apresenta como aspectos orientadores, a estabilidade das relações jurídicas, a proteção à confiança ou confiança legítima. Dessa forma, estes preceitos levam em conta a boa-fé do cidadão que acredita e espera que os atos e decisões praticados pelo poder judiciário sejam lícitos, e respeitem os princípios constitucionais resguardado pela Constituição a todo indivíduo.

A insegurança jurídica então vinculada a este princípio acontece quando os direitos essenciais do ser humano são feridos, quando as decisões jurídicas podem de alguma forma apresentar aspectos injustos, quando os entendimentos geram debates que visem a melhoria da lei, propiciando que a mesma se torne mais objetiva.

Por conseguinte, reitera-se que as consequências trazidas pela subjetividade da lei de drogas são exclusivamente a possibilidade de dar margem aos serventes do judiciário em decidirem a partir da discricionariedade, do seu próprio entendimento, sem ter um amparo objetivo da lei para praticarem os atos processuais. Sendo que isso pode vir a causar entendimentos e decisões divergentes a depender do grau de tolerância daqueles operadores, podendo dar destinação diversa a indivíduos em casos semelhantes, afetando, desse modo, a justiça e a segurança jurídica, principais pontos trazidos nesse tópico.

Demonstra-se que o fator subjetividade em relação à quantificação das drogas para diferenciação entre traficante e usuário atinge os operadores do judiciário e do direito desde o princípio da *persecutio criminis* até o final do processo penal em seu procedimento ordinário, que seria as decisões em última instância, nas fases recursais, quando se esgotam os recursos e acontece o trânsito em julgado definitivo.

Inicialmente, nesse sentido, encontram-se os agentes policiais que possuem a função de, seja em patrulhamento, seja a partir de denúncia, praticar diligências a fim de combater o tráfico de drogas, malefício para a saúde pública e para a sociedade, encontrando pontos de tráfico, onde drogas estejam armazenadas, guardadas para serem comercializadas, vendidas, tendo finalidade ilícita. Possuem também a competência para abordar indivíduos suspeitos que demonstrem atitudes duvidosas, e que pareçam portar drogas.

Por isso, os policiais são os primeiros serventuários a tomarem a decisão de diferenciar traficante e usuário, e nesse sentido, optar por qual seria a forma de abordagem, qual tratamento dar ao indivíduo, além de que o policial é testemunha com o dever de depor em Delegacia e Audiência de Instrução, e tem presunção legal de veracidade fática. Portanto, sua decisão referente a essa diferenciação também influenciará no seu depoimento durante a instrução processual e o inquérito policial.

Sobre a importância e a centralidade do agente policial, relacionado ao tráfico de drogas explica Maria Gorete Marques (2016, p. 20):

É esse agente que vai narrar os fatos como crime e oferecer a justiça criminal os “indícios” de “materialidade” e “autoria”, elementos fundamentais para o início de uma ação penal. Importante destacar também que são os policiais do flagrante que figuram majoritariamente como testemunhas nos casos de tráfico de drogas. Eles são, ao mesmo tempo, a ponta e o desfecho de todo o processo de incriminação na política de drogas.

Sobre esta centralidade da narrativa policial para a incriminação de indivíduos flagrados com droga por tráfico, há que se refletir, tendo em vista que o tráfico por ser um crime na qual não se existe uma vítima e por se tratar como bem jurídico tutelado e protegido a saúde pública, normalmente os únicos que presenciam a cena são os próprios policiais realizadores do flagrante. Desse modo, verifica-se que por mais que hajam outros indivíduos que presenciaram a cena, e pela abordagem policial empreenderam fuga, a fala policial, até por ser tese legal como dito anteriormente, são tomadas como verdadeiras e possuem potencial probatório a ponto de ser a única prova que o magistrado terá em alguns casos para considerar uma possível condenação do réu no delito de tráfico de drogas.

Vê-se assim toda a importância que o agente policial possui para determinar o caminho do indivíduo flagrado com droga, se será indiciado por tráfico ou por porte

de drogas como usuário, e, como não se tem um delimitador quantitativo, um critério objetivo relativo a quantidade encontrada para se caracterizar tráfico ou porte de drogas, fica a critério do entendimento do policial entender qual forma de abordagem, qual o delito que estaria cometendo o indivíduo, como procederia em seus depoimentos nas duas fases processuais. No entanto, logicamente, este tipo de entendimento se enquadraria naquelas situações de meio termo em que não se dá pra ter uma certeza concreta de que realmente o indivíduo é traficante, e se é usuário, quando a quantidade não é exagerada, absurda e quando não é baixa, mísera.

Sendo assim, quando as circunstâncias fáticas, as passagens e antecedentes do indivíduo e diversos outros requisitos não são compreendidos para que se firme comprovadamente em qual delito incorre o agente suposto criminoso o critério decisivo se volta ao agente policial. Porém, para quem vivencia o mundo jurídico, e possui experiência de saber como funciona toda a persecução penal e a instrução processual, sabe-se que a polícia brasileira é movida pela vontade de agir, com o objetivo de repreender, pautado no proibicionismo quando se trata de entorpecente, ou seja, incriminar é a finalidade, e gera até questão de mérito entre os policiais para aquele que realiza prisões e apreensões, até por isso, o tráfico é o maior motivo de encarceramento no país, contribuindo com a superlotação dos presídios.

Além do mais, somado a isso, tem-se a política de luta, de guerra contra a narcotráfica e como visto no primeiro capítulo, é um fato adotado fortemente pela polícia brasileira. Nesse sentido, devido a junção de todos esses aspectos, a tolerância do policial em relação ao usuário e traficante de drogas é mínima, portanto, por muitas vezes, existe a possibilidade do usuário de drogas ser encaminhado a delegacia para responder a inquérito policial e posteriormente a acusação pelo crime de tráfico de drogas. Nota-se que este fato é atribuído à subjetividade da lei de drogas em deixar margem aos policiais para que decidam se o indivíduo portando uma relativa quantidade de drogas é usuário ou traficante.

Outro representante jurídico que também está sujeito à subjetividade da lei e que possui discricionariedade para decidir qual seria a destinação do indivíduo encontrado com drogas é o delegado. Sua função é a de analisar o inquérito policial, as investigações, colher os depoimentos do indiciado e das testemunhas policiais,

proceder com diligências a fim de comprovar a sua decisão e o seu entendimento, ou seja, estudar todo o caso para que enfim possa redigir o relatório policial que será destinado ao magistrado em juízo e para a promotoria para que essa também decida por onde lastreará sua condenação ou a possibilidade de arquivamento do processo.

Ademais, o Delegado caso entenda de todo este estudo realizado através da investigação e do inquérito policial de que a liberdade do indiciado põe risco à ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, ou até mesmo quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, poderá representar pela prisão preventiva do indivíduo investigado (*vide* artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal), que será avaliada com manifestação pela promotoria, na maioria das vezes à favor da prisão, e ainda, também na maior parte dos casos confirmada e concedida pelo magistrado.

Cumprir falar também que a atuação do Delegado quando se refere ao tráfico de drogas também possui as mesmas prerrogativas e características da atuação do agente policial antes comentada, até mesmo porque o agente policial é instrumento determinante para o inquérito policial, influenciando fortemente no rumo e na decisão que o Delegado tomará. Sendo assim, reiterando-se, o Delegado de Polícia também é movido pela vontade de agir, em repreender, em incriminar, baseando-se principalmente no proibicionismo, na ideia de o traficante ser inimigo do Estado, na política de guerra contra as drogas, tendo suas decisões muitas vezes influenciadas nessa forma de pensar e agir, enraizada no sistema policial do nosso país.

Dessa forma, compreende-se a importância da consequência trazida pela subjetividade da lei de drogas que propicia os entendimentos e as decisões discricionárias, sem amparo objetivo da lei no que se refere à quantidade, no que se diz respeito a atuação do delegado de polícia.

Posteriormente ao Delegado, temos a figura do Promotor de Justiça, e que em fase recursal é compreendido pelo Procurador de Justiça, pareceristas dos recursos e remédios constitucionais. Ambos serventúrios da justiça e membros do judiciário eles atuam como representante legal da acusação nos países que adotam o sistema baseado no princípio do contraditório e da ampla defesa como é o caso do Brasil. Dessa forma, eles atuam principalmente defendendo os direitos da sociedade

mediante representação e de alguns fatores sociais como o caso da saúde pública, principal “vítima” do crime de tráfico de drogas.

Há de se ressaltar que a atuação de ambos é pautada principalmente e notadamente pelo princípio da legalidade, portanto, todas as suas atuações e ações dentro do processo comum ordinário, em toda fase processual, segue o rito formal da lei, concluindo-se assim que como a lei de drogas não estabelece de forma objetiva em relação ao quantitativo uma forma de diferenciar usuário e traficantes na hora das decisões, esses operadores também possuem a prerrogativa da discricionariedade, de atuarem como bem entenderem no caso, decidindo-se a destinação que se dará para cada indivíduo.

O Ministério Público, também conhecido como *Parquet*, representado por seus Promotores e Procuradores da Justiça, no início do procedimento, após estudar todo o inquérito policial relatado pelo Delegado de Polícia em seu relatório policial e toda a investigação criminal realizada perante o indivíduo, atuando como *dominus lites* da ação, aquele que promove a ação pública condicionada, terá a prerrogativa de oferecer denúncia ao investigado, optar por não denunciar e propor o arquivamento do inquérito, estabelecer acordo de não persecução penal e a suspensão condicional do processo (o que não vem ao caso adentrar no assunto), propor a prisão preventiva caso esta seja extremamente necessária também alinhavado nos preceitos do artigo 311 e 312 do Código de Processo Penal em audiência de custódia, e ao final da instrução requerer a condenação ou absolvição do então acusado. Já em fase recursal, atuará como parecerista, decidindo se irá se manifestar no sentido de manter o acusado, condenado ou indiciado preso, se cabe a liberdade provisória deste, ou até mesmo a absolvição ou exclusão de punibilidade do mesmo, além de discorrer sobre a prescrição processual, caso exista.

Atrelado a todas essas funções inerentes ao Ministério Público e sendo o mesmo principal atuante no sistema de acusação com a finalidade de defender os direitos sociais e a saúde pública é que se encontra também as pretensões encontradas nas prerrogativas dos agentes policiais e dos Delgados de polícia. Assim como eles, o Ministério Público também atua pautado no proibicionismo das drogas, na guerra contra o tráfico, e nas ideologias de que o traficante é tido como inimigo da sociedade, e, por toda essa atribuição de agir, de punir e de repreender é

que o subjetivismo da Lei 11.343/06 influencia fortemente nas decisões e atitudes que seus membros tomarão durante toda a instrução processual, do princípio ao fim.

Resta assim confirmado que a subjetividade trazida por tal lei atinge todos os principais agentes da política incriminadora e de pretensões acusatórias e repressivas que estão presente no processo penal, sendo uma notada consequência estabelecida pela falta de objetividade da lei em se estabelecer a quantidade necessária de drogas apreendidas para caracterizar o tráfico. O subjetivismo encontrado na lei comentada portanto dá margem aos representantes ministeriais em decidirem suas ações e vontades, o que também de certo modo pode levar a atingir situações de insegurança jurídica e de injustiças na esfera penal.

Cumpre demonstrar os ditames processuais do artigo 311 e 312 do Código de Processo Penal, no que se refere a decisão de deixar com que o acusado ou investigado responda o processo e a investigação em liberdade ou se merece ficar preso preventivamente, até porque tal fator compreende todo o procedimento comum processual penal e engloba atuação de todos os operadores de direito de certa forma, sendo assim, os artigos afirmam o seguinte:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

(...)

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

A próxima figura processual se trata do juiz de direito, aquele investido de autoridade pública que possui o poder-dever de exercer a função jurisdicional, que possui competência para julgar conflitos de interesse que são submetidos à sua apreciação, que é uma das imagens exemplar de justiça, pois é ele quem toma a principal decisão processual de primeira instância, é quem de fato decide através da prolação de uma sentença, que tem como objetivo definir a condenação ou absolvição do indivíduo, impor qual o tipo de pena que aquele condenado



responderá, e estabelecer a dosimetria, definindo o *quantum* penalizador que terá de cumprir o sentenciado, nesse sentido, dentro do processo penal.

Trata-se portanto de uma das figuras mais decisivas e importantes do processo penal, que definirá de fato a destinação no que se trata aos crimes de porte de drogas e tráfico de entorpecentes, embasando-se em todos os elementos probatórios colhidos durante investigação processual, inquérito policial, durante instrução, audiência, acusações do Ministério Público e defesa da (s) parte (s).

Em se tratando do magistrado e seu poder decisivo, ressalvada as partes importantes, que seja de destinação do suspeito, atuará a princípio na audiência de custódia. Esta audiência, em síntese, é aquela estabelecida em lei que acontece um dia após o indivíduo ser preso em flagrante, este indivíduo será submetido à presença da autoridade competente, qual seja, o juiz em comento, que a princípio assegurará seus direitos fundamentais, avaliando a legalidade da prisão até a necessidade de manutenção da prisão, notadamente após ouvir o representante de acusação, Ministério Público, e o representante da defesa, qual seja, a Defensoria Pública, ou o Advogado constituído, respeitando-se princípios da ampla defesa e do contraditório.

O juiz então poderá decretar a nulidade do flagrante caso haja a existência de ilegalidades ou então homologá-lo se todas as exigências estiverem cumpridas dentro da lei. Após decidirá com base em todo elemento comprobatório se relaxará a prisão botando o indivíduo em liberdade, se concederá a liberdade provisória com ou sem fiança ou se converterá a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Pois bem, aí que entra novamente a questão da subjetividade da lei de drogas, pois nas audiências de custódia em que o custodiado é preso possuindo uma relativa quantidade de drogas, mesmo que possua bons predicados pessoais e sociais, e que não atenda fortemente os requisitos e circunstâncias que ensejam sem dúvidas que sua prisão é realmente necessária, até por ser medida extrema firmada pelos entendimentos jurisprudenciais de nossos Tribunais, fica a critério do magistrado estabelecer qual será a destinação do agente, se optará por liberá-lo ou se optará por mantê-lo preso.

Nesse sentido que aparecem as destinações diversas, pois cada magistrado tem sua maneira de pensar e de agir em relação a determinada circunstância ou a determinado tipo, existem os mais tolerantes e existem os menos tolerantes,

portanto, o mesmo indivíduo pode ter destinação diversa a depender da vara criminal que julgará seu caso, a depender de qual será o magistrado julgador, o que evidencia de fato a possibilidade de decisões divergentes, o que evidencia também a possibilidade de injustiça e a consagração de que esta subjetividade trazida pela lei ocasione em uma insegurança jurídica na esfera processual penal.

O juiz, dessa forma, não precisa seguir e acatar o pedido de prisão do Ministério Público, porém, caso o Promotor *dominus lites* da ação não requeira a prisão, os Tribunais superiores já definiram que não pode o magistrado mais decretar de ofício a prisão, o que resguarda ainda mais os direitos dos custodiados. Sendo assim, diante do exposto, o juiz é quem tem o poder de decisão final na audiência de custódia, e muitas vezes, por não ter um amparo da lei de drogas, objetivando o quantitativo necessário para decidir a destinação e se aquele indivíduo é usuário ou traficante, é que o magistrado se assegura na acusação, nas fundamentações ministeriais, e muitas vezes influenciado pela ideia de potencial lesivo das drogas, trazidas pelo proibicionismo, pela luta contra a narcotraficância, pela imagem que o indivíduo traficante tem para a sociedade.

*In casu*, pode acontecer então de como forma de se resguardar, o magistrado opte por manter preso o custodiado, mesmo que sem total confirmação de que o agente atuou para o tráfico, embasando-se nos moldes do artigo 311 e 312 do Código de Processo Penal para fundamentar sua decisão, por ventura assim mantendo preso um suposto traficante ou possível usuário.

Assim como pode acontecer de o indivíduo ir para uma vara criminal em que o juiz julgador é mais humanista e defensor dos direitos fundamentais, inerentes ao ser humano e resguardado constitucionalmente, além de ser mais tolerante e cauteloso em se resguardar a integridade pessoal em detrimento da política incriminadora, chegando o magistrado a se opor ao pedido ministerial, concedendo a liberdade para que o indivíduo possa responder em liberdade. Sopesa-se que tudo isso é possível devido à subjetividade trazida pela Lei 11.343/06 em não se determinar um *quantum* para que se possa diferenciar tráfico de drogas e usuário.

Não só definir a audiência de custódia o juiz tem a prerrogativa de sentenciar, que é condenar ou absolver o increpado, que também segue os moldes anteriormente delineados, na qual o magistrado irá através de todos os elementos comprobatórios colhidos durante instrução processual tomar a sua decisão de fato,

logo, aqueles indivíduos que estão no meio termo, que não beiram o absurdo em relação a quantidade de drogas que portava, e também que devem ser absolvidos de todo jeito por portar miserável quantidade de drogas, ficam a *mercê* do entendimento do magistrado julgador. Por isso, pode acontecer, mesmo que raramente, pois os magistrados de nosso país são extremamente competentes, de um inocente ser condenado por tráfico de drogas e responder as sanções severas deste tipo penal.

Na oportunidade de se entrevistar um excelentíssimo e nobre magistrado de uma das varas criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em novembro de 2020, o mesmo respondeu aos questionamentos sobre a subjetividade da lei, alegando que atua realmente de forma discricionária, a partir de seus entendimentos do conjunto probatório e que por muitas vezes utiliza-se do princípio da proporcionalidade e de entendimentos de renomados juristas e jurisprudências consolidadas para embasar suas fundamentações em casos como estes em que o indivíduo encontra-se no meio termo e dependente do conteúdo decisivo do magistrado.

Nota-se assim o quanto que a subjetividade da lei pode interferir no judiciário, atingindo inclusive a instância máxima de decisão que são os magistrados, que sem amparo objetivo da lei em relação a quantidade, baseiam-se em seus próprios entendimentos e conceituações depois de estudos dos procedimentos processuais para lastrearem suas decisões.

Por fim, englobam-se também as instâncias superiores, que são constituídas por juízes substitutos em segundo grau, por desembargadores, e por ministros quando se trata de superior tribunal. Nelas são julgados os recursos, realizadas por aqueles que não concordam com a sentença, e os remédios constitucionais, garantindo-se assim todos os direitos possíveis dos processados e dos processantes em se buscar ao máximo a sua liberdade ou a condenação respectivamente em se tratando de direito processual penal, ou até mesmo redimensionamento de pena.

Assim como os magistrados estes operadores do direito também possuem fortemente o grau decisório, a concessão da destinação justa e plausível para cada caso e cada indivíduo, portanto também possuem a discricionariedade e seus entendimentos para diferenciar usuários e traficantes quando não se tem amparo a

todas as circunstâncias legais, sendo assim, também atingidos pela subjetividade da lei em relação a quantificação das drogas para a diferenciação.

Para quem vivencia a realidade dos Tribunais e presenciam as sessões criminais, nas quais são realizados os votos pelos desembargadores e ministros ou até mesmo oportunamente leiam uma decisão liminar, sabe que, pelo menos no Tribunal do Estado de Goiás e na maioria do nosso país, estes operadores tendem a ser mais flexíveis, mais tolerantes em relação aos crimes, atentando-se primordialmente aos princípios e garantias constitucionais, aos direitos humanos, tentando ao máximo tomar decisões mais sensatas, justas e plausíveis possíveis.

Como visto em jurisprudência exposta no tópico anterior, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás tem consolidado entendimento de que a quantidade de droga encontrada em porte do agente suspeito por si só não caracteriza tráfico, a não ser que a quantidade seja ínfima para caracterizar porte ou abusiva para caracterizar tráfico, deve-se existir elementos suficientes que comprovem a prática delitiva, o indivíduo ter condenações anteriores ou outras denúncias e passagens, também por si só, não ensejam condenação, portanto, se possuir demais circunstâncias caracterizadoras, como demais apetrechos por exemplo que a droga encontrada sob seu porte teria destinação à comercialização da droga, este seria mantido em cárcere ou condenado.

Os demais indivíduos que se encaixam nessa questão, caso não esteja totalmente e fortemente comprovado que de fato as drogas encontradas com o mesmo fossem para comercialização podem receber liberdade provisória para responder o processo em liberdade, podem ser beneficiado com a redução de pena, ou a desclassificação da pena para o artigo 28 da Lei 11.343/06, ou até mesmo absolvidos.

Por fim, e por todo exposto, é que se percebe o quão importante é esse assunto, a subjetividade da lei de drogas, a falta de objetividade em se estabelecer um quantitativo para se diferenciar tráfico e porte de drogas, abre espaço para que os nobres operadores do direito possuam discricionariedade para poder tomar decisões a partir dos seus próprios entendimentos, o que conseqüentemente também pode levar a existência de prisões injustas ferindo assim o princípio da segurança jurídica.

### 2.3 A SUBJETIVIDADE DA LEI E A POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

Como reflexo de todo aspecto envolvendo a subjetividade da Lei 11.343/06 notou-se relativo aumento na população carcerária brasileira, alguns fatores primitivos da lei, atrelado à sua subjetividade, como a rigorosidade advinda da Lei de Drogas, a ideia do proibicionismo social e de que o traficante é o inimigo do Estado, e principalmente da guerra ao tráfico adotada pelo nosso país, serviram de motivos determinantes para que o tráfico de drogas, estabelecido no artigo 33, *caput*, desta lei fosse o maior responsável pelo crescimento do número de presos do nosso sistema carcerário.

Sabe-se que a superlotação carcerária das prisões brasileiras é um grande problema que assola a sociedade e o Estado atualmente, somando-se a existência de uma lei subjetiva em que dê margem à discricionariedade dos julgadores, e que possibilite a existência de prisões injustas ou desproporcionais, é um fator importante na qual o judiciário deve se atentar para que se consiga objetivar melhorias que garantam a segurança jurídica do processo penal e a diminuição e controle da população carcerária brasileira.

Como será demonstrado neste tópico, dados coletados do Departamento Penitenciário de Segurança Nacional (Depen) divulgados em 2019, demonstram que aproximadamente 40% da população carcerária brasileira é composta por indivíduos que em tese praticaram o crime de tráfico de drogas, sendo este o crime o que mais preenche os presídios de nosso país.

Pois bem, a superlotação carcerária é um problema bastante debatido atualmente em nosso país, e através dos veículos de publicidade sabe-se que boa parte da população que infla as cadeias cumprem pena pelos cinco delitos mais comuns no Brasil, definição exemplificada segundo levantamento realizado pelo Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça.

Como exemplo, conforme estudo publicado pela Agência Brasil, em 2016, o Brasil possuía 726.712 encarcerados, um aumento relativo a aproximadamente 104 mil pessoas se comparado com os dados de 2014.

Ainda neste estudo, destacou-se que o Brasil compreendia o terceiro lugar no ranking global de pessoas presas, atrás somente de Estados Unidos e China,

mas isso justifica-se também pelo fato de esses países possuírem um vasto contingente populacional.

Na época, o estudo também previu que o país poderia chegar, no ano passado, 2020, a mais de um milhão de pessoas encarceradas, caso fosse mantido o ritmo de prisões sem que fossem tomadas medidas para mudar o rumo do sistema prisional. No entanto, em reportagem noticiada em site de internet pelo jornal CNN Brasil, realizada por Basília Rodrigues repórter da emissora, em 15 de outubro de 2020, baseado em informações da Depen, verificou-se que o Brasil alcançou a marca de 759 mil presos.

Ademais, conforme dados do Depen em média 89% da população prisional estão em unidades superlotadas, sendo que 78% são de estabelecimentos prisionais com mais presos que o número de vagas.

Os estudos também concluíram que os crimes relacionados ao tráfico de drogas são os que mais levam as pessoas às prisões em nosso país, com 28% da população carcerária total, segundo o Depen. Estes números somados a roubos e furtos chegam a 37% das ocorrências, e os homicídios representam 11% dos crimes que causaram a prisão, a título de curiosidade. Comprovou-se também que o tráfico de drogas é o crime que está no topo da lista, com ocorrências mais frequente do que os demais crimes e que principalmente ocorrem nos grandes centros de São Paulo e Rio de Janeiro, além de que são agravados pela crise econômica e a falta de controle das autoridades públicas.

A Agência Brasil é uma agência de notícias Brasileira, jornal de circulação virtual que também publicou uma reportagem em 24/06/2018, pela repórter Helena Martins. Compreende-se da reportagem o título: "Lei de drogas tem impulsionado o encarceramento no Brasil", e nela ela também aborda o aumento do número de mulheres encarceradas pelo crime de tráfico de drogas. A realidade é que este tipo penal cresceu fortemente em todos os sentidos, justificadamente pelo exposto aqui até então, evidenciando a política brasileira na guerra contra o tráfico de drogas.

Na reportagem é exposto que 201.600 pessoas foram privadas de sua liberdade, portanto, encarceradas pelo crime de tráfico de drogas, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de junho de 2016, dados oficiais até então mais recentes.

Atesta também em reportagem que o número de incidências correspondia assim como dito anteriormente a 28% da população carcerária, sendo que entre os homens correspondiam a 26% dos registros e as mulheres chegava em um avassalador 62%.

A coordenadora-geral de Promoção da Cidadania do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), Mara Fregapani Barreto, em oportunidade de entrevista para a referida reportagem, alegou que:

A gente percebe nas entradas do sistema prisional essa representatividade (de crimes relacionados ao tráfico) muito maior, o que acaba refletindo o quantitativo geral da população prisional. Em 1990, a gente tinha cerca de 90 mil presos, desde 2006 passa de 726 mil, muito impulsionado também pelo crescimento da prisão relacionada ao tráfico de entorpecente.

Tais fatores de encarceramento contraria a expectativa que se gerou em 2006, quando promulgada uma nova lei que versasse sobre as drogas, instituída então a Lei de Drogas (Lei 11.343/06). A distinção entre usuário e traficante ficou estabelecida em lei, no entanto, a falta de um elemento objetivo em relação ao quantitativo de drogas para diferenciação entre usuário e traficante restou-se inerte e omissa, gerando as consequências estabelecidas neste capítulo.

Ainda em se falando da reportagem publicada pela Agência Brasil, infere-se uma entrevista feita com o advogado criminalista Cristiano Moronna, secretário-executivo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e presidente da Plataforma Brasileira de Política de Drogas que opinou, na data da publicação, em relação a falta de definição sobre o que é o uso e o que é o tráfico de drogas, bem como uma aplicação que ele considera disfuncional da norma, afirmando que:

O Artigo 33 que trata de tráfico coloca como uma das condutas punidas a cessão gratuita de drogas de uma pessoa a outra. Isso não é tráfico, o tráfico envolve lucro. Outra coisa é que não se exige prova. A pessoa flagrada com determinada quantidade é presumida como traficante. Isso é inaceitável, porque o que se espera é que o Estado prove que aquela pessoa, de fato, trafica drogas, por meio, por exemplo, do extrato bancário ou por meio de uma investigação, com testemunhas etc. Nada disso é exigido, como regra, para uma pessoa ser condenada por tráfico.

Em relação a subjetividade da Lei de Drogas, a reportagem acaba finalizando afirmando que diante da ausência de um critério definidor, objetivo, de uma regra nítida, quem acaba fazendo a distinção entre usuário e traficante é o próprio policial, o que de fato, proporciona que critérios definidores, como raça,

preconceito socioeconômico e outros fatores incriminadores são levados em consideração.

Em se tratando da reportagem da CNN Brasil, anteriormente comentada, verifica-se que dos 759 mil encarcerados em nosso país no ano de 2020, 30% deles são presos provisórios, aqueles que aguardam uma suposta liberdade, mesmo que provisória. Esta reportagem também traz a informação de que 51,8 mil presos estão sob condições de monitoramento eletrônico através de tornozeleira.

Sendo assim, diante de todas informações trazidas aqui, percebe-se que o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo, sendo que os presídios brasileiros são reconhecidos pela má infraestrutura pelo mal tratamento aos presidiários, e pelas condições miseráveis que se encontram, não se atentando assim a garantias e preceitos fundamentais que deveriam ser garantidos mesmos aos prisioneiros ali habituando. Ademais, notou-se que o delito responsável pelo maior número de encarcerados no país é o tráfico de drogas, o que deve servir de alerta para que os serventuários da justiça tomem medidas responsáveis e objetivas para diminuir esses problemas que atingem o Estado e a sociedade brasileira.

Pois bem, como visto, o tráfico de drogas é o crime que mais encarcera os indivíduos em nosso país, contribuindo para a superlotação carcerária, motivada também pela falta de infraestrutura e investimentos do Estado nesta área, afetando diretamente os direitos humanos dos presos e atingindo a dignidade humana e demais princípios e garantias constitucionais a qualquer cidadão. Tais fatores também influenciam cenas de rebeliões, degradação e violência, nas quais os custodiados visam atingir melhores condições de vida, saúde, alimentação e principalmente proteção à integridade física, direitos que, via de regra, deveriam ser garantidos.

Fato é que a questão da justiça pesa e recai ainda mais sobre os operadores do direito e seus julgadores que realizarão a persecução penal e a instrução processual para que decidam o rumo que tomará o indivíduo encontrado com drogas, se será penalizado com reclusão de anos de cadeia e sentenciado as condições desumanas do presídio, ou se será classificado como usuário de drogas respondendo a penas mais brandas.

Daí se vê a importância da questão da subjetividade trazida pela lei de drogas e o quanto este fator pode influenciar no encarceramento de indivíduos, pois,



acompanhada da política negacionista e proibicionista das drogas e da guerra contra o tráfico, influenciam decisões severas e que podem sujeitar indivíduos às condições miseráveis que se encontram nos presídios brasileiros atualmente, sendo assim, existe uma possibilidade que desamparada por falta de objetividade trazida pela lei, possa vir a condenar a estas condições um inocente, que no máximo é usuário de drogas, e até mesmo unificar pequenos traficantes a grandes traficantes, tornando a cadeia uma escola do crime.

É visível que o Estado não consegue cumprir com seu dever de proporcionar mínimas condições às pessoas presas, direitos estes assegurados em leis como a Lei de Execução Penal e pela Carta Magna de nosso país. Sabe-se também que quanto maior o número de encarcerados, maior o problema fica, portanto, o tráfico de drogas sendo o crime que mais encarcera indivíduos no Brasil, deve primordialmente ser estudado sob uma perspectiva mais objetiva, enfática e segura, para que não se acumule mais presos, para que se tenha cautela em se decidir sobre a prisão de um indivíduo encontrado com drogas, comprovando-se integralmente sua periculosidade e a necessidade de sua prisão, e, o estabelecimento de um quantitativo de drogas objetivo na lei seria um possível caminho para diminuir a superlotação carcerária no país.

Outro fator importante e interessante sobre o tema, é trazido Paulo Teixeira (2014, p. 131-136):

Nas cadeias superlotadas, o que por si só configura grave violação dos direitos humanos, eles convivem com as ameaças e o assédio permanente das facções criminosas que atuam no interior dos presídios. Quando saírem, depois de um longo tempo de aprendizado, estes jovens que muitas vezes eram apenas usuários estarão aptos a praticar crimes violentos, tornando-se, aí sim, perigo concreto para a sociedade.

O doutrinador traz um entendimento de que grande parte dos presos que respondem por este crime não são pessoas perigosas ou grandes traficantes, mas que pela sanção imposta, e pela falta de organização do sistema carcerário convivem com indivíduos de alta periculosidade e grandes traficantes, dessa forma, a cadeia acaba servindo de aprendizado além de que as condições em que estas se encontram tornam os indivíduos piores e verdadeiramente perigosos para a sociedade, o que de fato se percebe para quem atua neste ramo evidenciado pelo Direito Brasileiro.

Por fim, considerando o exposto até aqui, reitera-se que a Lei 11.343/06 apesar de ser positiva no aspecto de cominar sanções alternativas à prisão no caso de usuário e abrandamento da pena em tráfico privilegiado, pecou ao não estabelecer critérios objetivos para diferenciar traficante e usuário, valoração que fica a cargo da autoridade policial, dos magistrados e profissionais do direito, que utilizam-se de sua subjetividade e entendimentos diversos para decidirem. E como visto, esta discricionariedade então trazida neste trabalho e estudo acaba causando injustiças, prisões demasiadas e contribui diretamente com a superlotação carcerária.

Para arrematar, Luciana Boiteux (2014, p. 131-136) afirma que:

Assim, o sistema brasileiro de controle de drogas atua de forma seletiva e autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei.

Levando em consideração todo o exposto conclui-se que a superlotação carcerária brasileira e a subjetividade da Lei Antidrogas estão diretamente relacionadas e são dois problemas sérios que o país enfrenta na atualidade e, para tanto, devem ser analisadas em conjunto por terem essa forte relação. Neste sentido, amenizando um problema, diminui-se o outro. A guerra contra o tráfico, o proibicionismo e negacionismo atrelado a subjetividade da lei, em nada têm contribuído para estas melhorias, pelo contrário, tem sido motivo para lotar as cadeias, fazendo com que o Estado não consiga lidar com o inchaço populacional nas prisões, acarretando também em má distribuição de verba, má infraestrutura e organização e consequências desastrosas expostas neste tópico deste capítulo.

É o momento de se buscar soluções objetivas e reais e de alterar as estratégias para que se consiga afastar as injustiças, buscar a diminuição da população carcerária e a organização dos presídios para que direitos e garantias legais sejam protegidos, afastando-se a insegurança jurídica tão presente em nosso sistema e para que, enfim, os problemas do tráfico de drogas e conseqüentemente da superlotação carcerária sejam no mínimo reduzidos.

## CAPÍTULO III

### A SELETIVIDADE PENAL NA DIFERENCIAÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE

#### 3.1 ENTENDENDO A SELETIVIDADE PENAL

Por tudo visto até aqui, percebe-se que embora tenha se elencado alguns critérios de distinção, ao adotar o sistema do reconhecimento policial e judicial, a legislação brasileira abriu margem a seletividade, discricionariedade e seletividade na classificação da conduta do usuário ou traficante, já que o sistema penal brasileiro é reconhecido por ser desigual e por diversas vezes adotar medidas preconceituosas.

Ademais, embora haja a existência de uma imagem de que o tratamento da justiça criminal é igualitário para todos os indivíduos em sociedade, e que a atuação desta se daria de forma neutra e imparcial, na realidade o que se vê é um sistema penal que realiza a função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical de sociedade, se tornando um mecanismo eficiente contra a integração de setores mais marginalizados e baixos da sociedade, através de processos penais seletivos.

Há que se falar que primeiramente, o processo de criminalização se manifesta na seleção dos bens jurídicos e das matérias penais relevantes que serão tutelados pelo direito penal. Continuando, a criminalização se dá com a aplicação das normas incriminadoras pelas instâncias oficiais, esta pautada na reprodução de esteriótipos, que selecionará indivíduos que serão vistos e interpretados como delinquentes e marginais, o que se ressalta em evidência são as condições desfavoráveis que o acusado proveniente de grupos marginalizados encontrará no processo. Sendo assim, o rol taxativo criado pelos legisladores e oficiais do direito, atua em conformidade com este esteriótipo criado.

Entende-se assim que o sistema penal funciona como contenção de determinados grupos sociais por meio do encarceramento dos setores vulneráveis, buscando o controle social e a punição por meio do cárcere daqueles indivíduos

tidos como indesejados e ameaças à ordem social. Aí que se enquadra perfeitamente o usuário e o traficante de drogas, notadamente pelo histórico-social e cultural já exposto em oportunidade neste trabalho dos pensamentos e maneira de enxergar da população e dos agentes do direito em relação aos envolvidos com entorpecentes.

Verifica-se que está enraizado em nossa sociedade a difusão da ideia de que a pobreza produz a criminalidade. Este fator se relaciona com a construção do imaginário da população da figura do traficante, principalmente pela mídia, os meios de comunicação desde o estopim das drogas, na época o ópio, até os dias atuais, que divulgam a imagem de que o homem negro, morador de bairro periférico é o principal consumidor e distribuidor da droga. Tais fatores são resultados de uma sociedade corrompida pelo preconceito, pelo racismo, por um sistema penal estabelecido por esteriótipos de acusação a determinados grupos marginalizados.

Todos estes fatores expostos levam a uma aplicação seletiva do direito que aplica sanções penais desproporcionais e influenciáveis aos indivíduos pertencentes a estratos sociais mais baixos e mais pobres.

Ana Luísa Barreto (2017, p. 47), posiciona-se neste sentido, ao dizer que:

É necessário sinalizar que a política de drogas em sua função oculta cumpre um importante papel de controle das classes populares, processo que no Brasil se inicia de maneira tímida no século XIX (MOREIRA, 2015, MACRAE, 2016), mas que assume principal destaque na política criminal brasileira no fim do século XX. Assim, por meio de uma legislação marcada por uma multiplicidade de verbos e condutas criminalizáveis, a droga vai se convertendo no “mais imperturbavelmente plástico” eixo (BATISTA, 1998, p.89), que autoriza uma ampla margem de discricionariedade na atuação de diferentes agentes no sistema penal – da polícia aos juízes –, incrementando a seletividade inerente a este sistema.

A subjetividade trazida pela Lei de Drogas, ocasiona uma abertura legislativa interpretativa deixada pelos artigos 28 e 33 desta lei, contribuindo para a discriminação e discricionariedade dos operadores do direito, permitindo que na aplicação desta lei, arbitrariamente, seja exercido o poder punitivo e repressivo máximo contra aqueles setores mais pobres da população que acabam por ter suas condutas caracterizadas como tráfico sofrendo as sanções mais elevadas do tipo penal, que é o cerceamento da liberdade pelo encarceramento por um tempo elevado, que representa a retirada da sociedade, imobilizando o condenado e o excluindo do meio social.

Neste sentido, explica Luciana Boiteux (2006, p.163), que:

A legislação de drogas brasileira acabou por reforçar o grande fosso existente entre as camadas mais altas e mais baixas da população. Para os traficantes, mesmo os de pequeno porte ou viciados, pertencentes aos estratos mais desfavoráveis da sociedade, a resposta penal é a prisão fechada, agravando ainda mais as terríveis condições das superlotadas e infectas prisões brasileiras. Aos usuários de drogas sem antecedentes, não-viciados, que possuem condições de comprar droga sem traficar, a despenalização.

É fácil notar no meio social brasileiro, que as abordagens são realizadas estrategicamente em locais periféricos das grandes cidades, e seus residentes, por maioria, são cidadãos pretos ou pardos, que normalmente já possuem uma certa reprovação social, devido ao preconceito e ao racismo instalado na sociedade, sendo assim, estes indivíduos já costumam ser excluídos da educação e do trabalho digno, e inclusive, muitos deles já são taxados como traficantes ou usuários de drogas, assumindo tais papéis, antes mesmo até de qualquer envolvimento com entorpecentes e a narcotraficância.

Desse modo, de pronto, resta configurada a imagem social de que fica construído um cenário e um discurso repetido no curso do processo, muitas vezes já esperado, na qual o cidadão, possuidor de características pré constituídas, mesmo que parado e sem ter nenhuma ação se encontrava em “atitude suspeita”, ou próximo a um suposto ponto de venda de drogas, normalmente em setores periféricos.

Os indivíduos intitulados supostos traficantes, que possuem determinadas características e que estavam em “atitude suspeita” próximo a um possível ponto de tráfico de drogas, por muitas, ou melhor, na maioria das vezes, são homens negros, pardos, de baixa escolaridade, que não possuem empregos formais que possam constituir provas suficientes ao juiz de que possui outra ocupação que não seja a de traficante e que torne aceitável que a substância encontrada seria verdadeiramente para uso pessoal e não para venda e comercialização.

Sendo assim, resta ao magistrado por muitas vezes o papel de interpretar e decidir a partir de seus conhecimentos e discricionariedade se aquela droga encontrada se destina ao uso pessoal ou à venda e avaliar a natureza da substância, além das demais circunstâncias sociais do acusado, que normalmente já são socialmente excluídos de meio sociais, tais quais, educação e trabalho, e que

acabam tendo para si reservadamente o papel de traficante, por seu *status* social e suas condições pessoais de vida, interpretadas totalmente ao seu desfavor e a sua criminalização.

Quando se fala em instrução processual, e no que diz respeito as provas produzidas desde o decorrer das investigações até a formulação da sentença, mais notadamente em audiência de instrução e julgamento, a prova testemunhal advinda de depoimentos policiais, como já explicado neste trabalho, são base forte para se lastrear a condenação dos indivíduos encontrados com drogas, mesmo que não haja circunstâncias fáticas e comprobatórias tão objetivas que configurem a traficância, a declaração policial, notadamente por ser constituída de fé pública, como prova, é tão forte que pode definir se uma pessoa será condenada pelo tráfico ou se será absolvida ou sentenciada ao uso pessoal.

A partir daí que se verifica o quão forte é a figura do agente policial nas decisões que configuram a traficância, e, para quem vive, cotidianamente a vida na esfera penal e processual penal, e na carreira criminal, sabe que a maior parte das declarações policiais são no sentido de incriminar o indivíduo, de fazer com que ele responda por tráfico e seja visto como um mal social, até porque a política de guerra contra o tráfico, de prisão e repreensão, e de se prender e encontrar o bandido a todo custo está fortemente ligado ao raciocínio e o ideário policial brasileiro.

A centralidade da narrativa policial para a incriminação de pessoas por tráfico, cresce ainda mais quando estes normalmente são os únicos a presenciarem a cena do flagrante, não tendo o indivíduo testemunha de defesa capaz de afirmar como ocorreu toda a situação, oportunizando somente à acusação, prerrogativa esta estabelecida no ideário policial, a demonstrar a suposta verdade real dos fatos. Nota-se a partir disto que a maneira como os policiais narram as situações fáticas são tidas como relatos verdadeiros e possuem potência de ser a única prova que o magistrado poderá considerar, e que por muitas vezes, é considerada, para condenar o réu pelo crime de tráfico e expô-lo a regime severo de reclusão por tempo ligeiramente extenso.

Em relação aos policiais e o fato de serem as únicas testemunhas capazes de prestar esclarecimentos sobre os fatos processuais nos delitos em que não são costumeiras a presença de mais testemunhas como no tráfico, Fernando Capez (2012, p. 444) aduz que:

Os policiais não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados testemunhas inidôneas ou suspeitas, pela mera condição funcional. Contudo, embora não suspeitos, têm eles todo o interesse em demonstrar a legitimidade do trabalho realizado, o que torna bem relativo o valor de suas palavras. Por mais honesto e correto que seja o policial, se participou da diligência, servindo de testemunha, no fundo estará sempre procurando legitimar a sua própria conduta, o que juridicamente não é admissível. Necessário, portanto, que seus depoimentos sejam corroborados por testemunhas estranhas aos quadros policiais. Assim, em regra, trata-se de uma prova a ser recebida com reservas, ressaltando-se sempre a liberdade de o juiz, dependendo do caso concreto, conferir-lhe valor de acordo com a liberdade de convicção.

Acrescenta Maria Gorete Jesus (2016, p. 12) sobre o peso das narrativas policiais na condenação em processos por tráfico e as suas assimilações pelos magistrados:

Mas o que torna isso possível? Inicialmente parecia que a questão da “fé pública” era a justificativa central acolhida da verdade policial. Contudo, descobriu-se que um repertório de crenças oferece o suporte de veracidade as narrativas policiais: a crença na função policial, acredita-se no agente por representar uma função do estado; crença no saber policial, acredita-se que os agentes apresentaram suas técnicas, habilidades e estratégias para efetuarem as prisões; crença na conduta do policial, acredita-se que os policiais atuem de acordo com a legalidade; crença que o acusado vai mentir, acredita-se que os acusados têm direito de mentir para se defenderem; crença de que existe uma relação entre criminalidade e perfil socioeconômico; crença de que os juízes têm o papel de defender a sociedade e a prisão representa um meio de dar visibilidade a isto.

Nota-se que o processo relacionado ao tráfico de drogas é cheio de preconceitos o que traz consequência a aceitação das narrativas dos agentes policiais como verdades absolutas, mesmo que por muitas vezes vagas e desprovidas de substrato comprobatório mínimo que ensejem uma condenação, impactando, dessa forma, em condenações desnecessárias.

Outro fato bastante importante de se ressaltar e comentar é que para aqueles que possuem vivência na seara criminal, na análise de processos, ou convivência com presos, seja em qualquer área do direito penal, é perceptível que a maioria dos custodiados possuem baixa escolaridade, muitos não são nem formados no ensino médio, ou até mesmo, fundamental. Além disso, grande parte deles também não possuem emprego formal, fatores estes que também acabam por refletir no momento de avaliação realizado pelo magistrado na hora de se tomar a sua decisão.

Fatores de raça, cor, escolaridade, condições financeiras, são fatores fortemente estudados e verificados pelos operadores do direito, e que por tais condições serem baixas e desprezíveis podem levar o magistrado a entender que aquele indivíduo que mora em região que o tráfico é corriqueiro e que não consiga demonstrar que tem ocupação laboral capaz de lhe gerar renda suficiente para ser um possível consumidor, trabalhe para o tráfico na tentativa de obter “lucro fácil”, frase esta que se pode averiguar nas fundamentações de inúmeras sentenças espalhadas pelo nosso país.

Complementando o estudo da seletividade penal, ao verificar a legislação penal e processual penal, esclarece-se que a própria lei estabelece que as condições sociais e pessoais do acusado devem ser consideradas no momento da definição do delito, circunstância também subjetiva da lei, pois abre espaço para a discricionariedade e interpretação do julgador, que contribui para que fatores socioeconômicos sejam influentes na classificação do tipo penal e na definição de usuário ou traficante, de forma que, como consequência, as classes mais vulneráveis e marginalizadas sejam pré conceituadas como indivíduos preponderantes ao crime, reservando o papel de traficantes aos indivíduos pertencentes a este grupo social.

Os fatores socioeconômicos influenciam fortemente na definição do tipo penal, ainda mais porque não se têm critérios objetivos previstos em lei que façam essa diferenciação, e, sobre isto, esclarece a doutrinadora Maria Gorete (2016, p. 32) que:

Assim, a legislação de 2006 reforça a seletividade do sistema penal, inserindo como critério de definição do crime a condição social da pessoa acusada. Campos destaca em sua pesquisa que um acusado analfabeto ou com ensino fundamental tinha 3.6 mais chances de ser acusado por tráfico que uma pessoa com ensino superior. As mulheres tinham 2.38 vezes mais chances de serem acusadas por tráfico do que homens (CAMPOS, 2015, p.156). O local também foi identificado como fator importante para incriminação, pois alguém preso em Itaquera (bairro periférico da cidade de São Paulo) tinha 2.13 maior probabilidade de ser acusado por tráfico que uma pessoa da região de Santa Cecília (região central da cidade de São Paulo).

Importante ressaltar também que o crime de tráfico de drogas, além de ser o crime que mais encarcera indivíduos inseridos na sociedade brasileira, também é o delito que mais encarcera mulheres, e, este assunto ainda se torna mais cauteloso,



pois muitas delas, por muitas vezes, são coagidas por seus companheiros, ou até mesmo só por estar “no lugar errado, na hora errada” juntamente de seu companheiro que seria traficante, é condenada pelo mesmo tipo penal. Tal vulnerabilidade dessas mulheres por muitas vezes não são vistas pela lei.

Em se tratando das mulheres no crime de tráfico de drogas, também pela vivência do direito e por estudos doutrinários, infere-se que a maioria das encarceradas e condenadas pelo crime também possuem, na maioria das vezes, baixa escolaridade, trabalhos degradantes e pobreza, o que modifica-se em relação aos homens é esta vulnerabilidade de gênero.

Assim, a partir da análise dos procedimentos acima expostos, o panorama geral que se confirma da política processual penalista é que a maioria das pessoas condenadas por tráfico são socialmente vulneráveis, que sofrem com atuações policiais pautadas na vontade de agir e repreender, realizadas principalmente em bairros periféricos, e que a quantidade de drogas se torna relativa pelo subjetivismo da lei, e que por isso, muitos são presos apenas pelas características e circunstâncias de vida, e a pouca quantidade em nada representa, sendo o indivíduo preso sem apresentar alta periculosidade ou importância na cadeia comercial do narcotráfico. O que se observa, é a justiça criminal atuando de forma seletiva e discriminatória no encarceramento referente ao tráfico de drogas.

Sobre a importância da classificação objetiva do tipo penal que se inicia com a abordagem policial e conseqüentemente ao final com a definição se a pessoa investigada responderá por processo de porte para uso ou por tráfico de drogas, em consonância com o exposto até aqui, Maria Gorete Marques (2016, p. 33), esclarece que:

A Classificação do tipo de infração penal apresenta um considerável peso nos flagrantes envolvendo drogas, pois ela irá nortear o tipo de pena que o acusado receberá. Se a autoridade policial entender que uma pessoa encontrada com determinada quantidade de drogas estava portando para uso próprio, ela será encaminhada à delegacia onde será registrado um Termo Circunstanciado. Se a autoridade policial entender que ela portava droga com o fim de comercializá-la essa pessoa será presa em flagrante e será elaborado um auto de prisão com base no crime de tráfico de drogas.

Neste sentido é que não se pode deixar que a seletividade penal, existente nos procedimentos de persecução penal e instauração processual e que abrangem as conclusões dos operadores do direito pautadas no preconceito social

estabelecido ainda em sociedade, sirva de impulso para a tomada de decisões na distinção entre usuário e traficante, no estabelecimento da justiça e da garantia de segurança jurídica na área criminal.

Em uma matéria realizada pelo Estadão, grande jornal de circulação popular, mais precisamente em seu site de internet, estudou-se além dos impactos trazidos pela subjetividade da lei de drogas, a forma seletiva com a qual o processo penal age no intuito de prender, repreender e diferenciar o traficante do usuário de drogas.

Na reportagem, como se é visto cotidianamente nas relações processuais existentes no dia a dia do mundo do tráfico, além de as vezes o testemunho policial servir como única prova para confirmação de autoria, outras circunstâncias preconceituosas são vistas para se chegar à condenação, como por exemplo, a região em que o sujeito vive ter recorrentes casos de tráfico.

Resta verificado ainda do estudo que a depender da região o número de condenações por tráfico aumenta, por exemplo, nas regiões mais periféricas e mais pobres da cidade de São Paulo, como exemplo. Outro fator é que os números de condenação não são uniformes para indivíduos suspeitos com diferentes características de escolaridade, condenação esta que atinge os indivíduos de menor escolaridade, tornando mais latente a forma subjetiva de como o sistema aplica a lei.

Ademais, é constatado que onde a prática do tráfico é mais comum, como nas regiões periféricas, a tolerância do agente policial e do delegado de polícia é considerada mais baixa, sendo demonstrado que somente ocorrências com até 01 (um) grama se encaixa como uso pessoal, o que se difere nas regiões mais nobres do país, ou da cidade de São Paulo, referida no estudo, em que até 03 (três) gramas chega a ser considerado uso pessoal.

Luciana Boiteux, professora-associada de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) percebe uma ação propositiva da lei ao ampliar o tipo penal para prender muita gente quando fala que “nunca houve preocupação de delimitar melhor os crimes. Nunca houve preocupação com os mecanismos que permitissem enfrentar os grandes traficantes, o que gera o negócio extremamente lucrativo. Com isso, o pequeno continua sendo preso todos os dias, sem grandes impactos para o crime como um todo”, e tal preceituação também se encaixa na questão da seletividade, pois estes pequenos traficantes se enquadram

naqueles suspeitos de baixa escolaridade e baixo poderio econômico que vivem em regiões pobres e periféricas.

Ainda na matéria supracitada explicou-se que é comum os magistrados fundamentarem suas decisões e sentenças afirmando que não é possível estar em uma região em que o tráfico é iminente sem ser traficante, e este argumento serve para embasar as condenações e as causas de aumento de pena impostas aos acusados suspeitos dos crimes de tráfico, relacionando o suspeito ao crime organizado da área. Sendo assim, por muitas vezes a quantidade nem importa, e sim, a classe social, o biótipo criminoso, a seletividade penal e as características socioeconômica de cada indivíduo. Acontecimentos estes não sendo levados em conta para análise nas situações em que há suspeita em regiões mais nobres.

No que se refere ainda quanto às características dos suspeitos, Fernando Corrêa, diretor técnico da ABJ, em entrevista para o Estadão nesta matéria abordada, aponta em um estudo realizado que “Identificamos que as quantidades medianas tipificadas como tráfico aumentam de acordo com a escolaridade dos suspeitos. Suspeitos analfabetos tipificados como traficantes usualmente portam 32 (trinta e dois) gramas, enquanto suspeitos com ensino superior tipicamente portam 50 (cinquenta) gramas, ainda que mesmo dentro dessas categorias os índices variem bastante”.

Infere-se ainda da reportagem que no Brasil a escolaridade é considerada um parâmetro associado diretamente à renda, portanto, quanto maior a escolaridade, maior é a renda do indivíduo, sendo assim, mais dinheiro vai ter para que se possa comprar maior quantidade de droga e ser considerado usuário, desse modo, maior a tolerância policial com este indivíduo. Por conseguinte, aquele indivíduo que não possui uma renda alta, deduz-se que não teria dinheiro para comprar alta quantidade de drogas para uso, pressupondo que esta droga seria destinada a traficância, sendo menos tolerante a polícia quando se trata deste tipo de indivíduo.

Maria Gorete Marques de Jesus, por vezes citada neste trabalho, pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP) conduziu um estudo para analisar a prisão provisória e a lei de drogas, realizando reportagens, ouviu-se de um delgado de polícia, pelo qual afirmou que: “A diferença é estabelecida de acordo com o poder aquisitivo do apreendido. Se ele

tem poder aquisitivo alto e é pego com 10 papéletes, ele pode ser usuário. Já se uma pessoa de poder aquisitivo baixo é pego com a mesma quantidade é mais fácil acreditar que ele seja traficante, pois ele não tem capacidade financeira de comprar a droga”.

Ainda em sua pesquisa argumentou como a condição social influencia no tratamento ao acusado, dizendo que aos jovens de classe média, o juiz fala como se fosse um pai, instruindo-o de como deve ou não agir e por muitas vezes concedendo a liberdade a ele, diferentemente como ocorre com o pobre em que a resposta direta e incisiva é a pena de prisão.

Ainda da matéria realizada pelo Estadão, depreende-se dados e comentários trazidos por Marcelo da Silveira Campos, professor da Universidade Federal de Grande Dourados (MS), pesquisador e pós doutorando do Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos (InEAC), em pesquisa com a finalidade de se compreender as principais implicações da Lei de Drogas de 2006 no sistema de justiça criminal e processual brasileiro.

Em sua tese diz que “as chances de alguém ser incriminado por tráfico de drogas é 3,6 vezes maior quando o acusado é analfabeto ou possui ensino fundamental em relação às pessoas que possuem ensino superior” além de que outras variáveis como local e região dos fatos, o gênero, e outras circunstâncias também são apresentadas como determinantes nas decisões pautadas de seletividade penal.

Ao final argumenta que “a lei, que quis incorporar um discurso moderno com o paradigma da redução de danos e saúde para usuários em 2006, acabou sendo extremamente discricionária e manteve a prisão como chave central da política. O efeito acabou sendo reverso ao que se esperava de uma abordagem médico preventiva. Ao prever o absurdo, como uso de escolaridade como critério, abarcado nas circunstâncias sociais, a lei mostrou o viés autoritário”.

Ante todo o exposto até aqui em relação a seletividade penal existente dentro dos aspectos que envolvam a Lei de Drogas, fica demonstrado que o cenário descrito, demonstram que as condições socioeconômicas, as narrativas policiais, o preconceito racial, social e o ideário segregacionista, estimulado pela ideia de repressão e combate ao tráfico de drogas e o traficante formam embasamentos para as sentenças, deixando explícito e evidente que a maioria condenada por tráfico é

pertencente a um “varejo”, e que a legislação antidrogas e a atuação do aparato penal nessa área atua de forma seletiva, encarcerando pessoas vulneráveis em massa com penas desproporcionais, não alcançando por muitas vezes os “grandes traficantes”.

### 3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFETADOS, SENDO O MAIOR DELES A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ainda em se falando em relevância jurídica dos assuntos abordados, em se tratando da subjetividade trazida pela Lei de Drogas e pela seletividade penal estabelecida no ordenamento jurídico-processual penal de nosso país, nota-se a passividade de acontecer fundamentações pautadas em decisões injustas e preconceituosas, que podem levar a ferir o princípio da dignidade humana do indivíduo social inocente, ou até mesmo durante a instrução processual e mesmo após encarcerado.

Não só o princípio da dignidade humana pode ser afetado pelas decisões tomadas durante toda a instrução processual e sentença, como também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade processual, tanto no início das investigações e instaurações de inquérito quanto a formulação da sentença e demais decisões em juízo. Ademais, verificaremos também que a regra do nosso ordenamento jurídico em relação ao tráfico está sendo pautada no *in dubio pro societate*, não no *in dubio pro reo*.

No que se refere a dignidade da pessoa humana, princípio estabelecido na Constituição Federal Brasileira, e um dos mais importantes de todo ordenamento jurídico pátrio, por ser definido como o maior direito a ser resguardado a todo ser humano, sendo inerente a todo cidadão, respaldado principalmente no direito individual de liberdade, segurança, igualdade e justiça, sabe-se que tem de ser protegido e defendido com todas as forças e prerrogativas do direito.

Pois bem, diante de todo o exposto neste trabalho, verifica-se que tal princípio tem sido ligeiramente afetado quando do advento da seletividade penal e da subjetividade da Lei de Drogas que possibilita o acontecimento de decisões injustas e divergentes que possam vir a condenar um inocente, por exemplo.

Para melhor entender sobre este princípio e sua importância acerca do tema, preceitua Rogério Greco (2011, p. 103):

Percebe-se, portanto, a preocupação do legislador constituinte em conceder um *status* normativo ao princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo-o como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. (...) Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza afiliva, a exemplo dos açoites, mutilações castrações, etc.

Acrescentando ainda que:

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diretamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois não existem programas governamentais para a sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal. (GRECO, Rogério, 2011, p. 103)

Nesse sentido, vislumbra-se que a dignidade da pessoa humana, princípio defendido a todo e qualquer cidadão deve ser garantido, por ser entendido como norma superior e orientadora do sistema legislativo, deveria ser respeitada, o que não acontece desde a origem da persecução penal no que se refere à instauração processual criminal para o delito de tráfico de drogas, justificadamente, pelos fatos expostos da seletividade penal e subjetividade da Lei de Drogas.

No que se refere a seletividade penal, só o fato do preconceito estabelecido pelos agentes policiais instigados pelo caráter proibicionista e negacionista do combate as drogas, como já demonstrado neste trabalho, principalmente em definir como característica de traficante o preto, pobre, e de baixa escolaridade, é prejudicial ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Isso porque a seletividade penal se sobrepondo a um processo de investigação e de inquérito profissionalmente exercido, afronta à honra do cidadão, e a sua dignidade de sobreviver, pois como visto, é difícil para este cidadão andar nas ruas sem ser por muitas vezes perseguido ou vigiado, simplesmente por suas características socioeconômicas.

E tal fator se lastreia no decorrer de toda instrução processual quando suas características sociais, educacionais, financeiras e demais outras já demonstradas sirvam para lastrear uma condenação pautada em falta de provas suficientemente objetivas que possam definir sua condenação por tráfico.

Desse modo, encontra-se também a subjetividade da Lei de Drogas que não consegue estabelecer critérios objetivos para diferenciar traficante e usuário, determinando as fundamentações em critérios subjetivos da lei, o que por muitas vezes leva a prisões injustas de pessoas. O homem hipossuficiente que mora em bairros periféricos vive constantemente com o medo de ser incriminado por um crime que não praticou e ser vítima da injustiça justamente pelas questões subjetivas trazidas por esta lei.

Nessa acepção, notadamente há que se falar que quando alguém que não é traficante mas acaba sendo condenado por este delito configura completamente um desrespeito ao princípio da dignidade humana e um grave ferimento a direitos e princípios resguardados ao indivíduo, além de ser extrema injustiça e motivador de insegurança jurídica visível.

Noutro giro, sabe-se que as estruturas dos estabelecimentos prisionais brasileiros são extremamente precárias e degradantes, onde os presos possuem péssimas condições de saúde, alimentação, vestuário e integridade física, pois por diversas vezes são agredidos e atingidos por rebeliões e conflitos violentos que acontecem dentro destes lugares. Desse modo, entende-se que os criminosos devam cumprir punições e reprimendas por seus delitos realmente, porém, também como seres humanos necessitam de um espaço na qual os seus direitos fundamentais como à sua dignidade seja preservados, o que não ocorre.

Com isso, nota-se que as destinações relacionadas ao crime de tráfico de droga, na hora das sentenças, ou demais decisões que estabeleçam a pena privativa de liberdade deve ser vista com responsabilidade a fim de evitar injustiças e que se comprometa o princípio da dignidade humana, por exemplo, nestas decisões devem prevalecer os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na hora de se determinar a pena, o que por diversas vezes também não ocorre, também influenciadas pela subjetividade da Lei 11.343/06 e pela seletividade penal.

Sobre o princípio da proporcionalidade, para melhores entendimentos vejamos o que leciona Robert Alexy (2008, p. 9):

O princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas por ponderação. A teoria dos princípios pode mostrar que se trata, na ponderação, de uma estrutura racional de argumentar jurídico-constitucional. Mas ela também torna claro que a ponderação deve ser assentada em uma teoria da jurisdição constitucional, se ponderação deve desenvolver plenamente o seu potencial de racionalidade.

Já sobre o princípio da razoabilidade, Humberto Ávila (2007, p.146) diz que:

O postulado da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles.

Dessa forma, explica-se estes princípios que devem ser estabelecidos quando das decisões tomadas pelos juízes no que se refere à destinação do investigado por tráfico. Sabe-se que as cadeias estão superlotadas, que há possibilidade de pequenos traficantes saírem das prisões ainda mais estudados e confiantes para cometer outros tráficos justificadamente por dividir cela com grandes traficantes, e ainda das condições precárias que os presídios brasileiros se encontram, portanto, tudo isso deve ser levado em conta de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na definição das penas impostas ao indivíduo suspeito por cometer o delito de tráfico de drogas.

Ante o demonstrado acima é que o magistrado deve se ater aos preceitos de guerra contra as drogas, proibicionismo e preconceito das áreas mais marginalizadas descritas pela seletividade penal na hora de embasar as fundamentações de sentenças e agir de maneira mais humanista, mais tolerante e atenta aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Desse modo, quando não se houver provas suficientemente capazes de lastrear um edito condenatório, cheio de provas que aduzem a materialidade e autoria delitiva, ou outras circunstâncias que justifiquem a condenação, medida extrema do direito processual penal, o magistrado deve absolver o denunciado, protegendo os princípios explicitados durante todo este tópico.

Ademais, caso reste demonstrado que aquele indivíduo praticou a traficância de fato, mas que não seja considerado um grande traficante diante de todo elemento comprobatório investigativo, que deve ser minucioso ao expor os detalhes de todo o procedimento processual em vigor, o magistrado deve sancioná-lo a uma pena



inferior a estabelecida aos grandes traficantes, que realmente são um mal social conforme demonstrado durante todo este trabalho, e ainda, encaminhá-lo a cela diferente a destes sentenciados, para que não haja possibilidades de convivência que os levem a trocar informações de práticas ilícitas.

Resta assim demonstrada a importância do direito processual penal como um todo se atentar aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, e dignidade da pessoa humana, para que assim, questões humanitárias sejam resguardadas aos indivíduos, isso conjuntamente, com a realização de critérios objetivos que afastem a subjetividade da lei em relação ao quantitativo necessário para se definir usuário e traficante e aos poucos irmos dirimindo o ideário de seletividade penal, preconceito instaurado na sociedade e nas práticas processuais penais, levariam a uma melhoria da relação indivíduo – droga – Estado tão presente em nosso país e também em um avanço da Lei de Drogas que respeitaria princípios inerentes aos indivíduos, possibilitaria ainda mais a existência de decisões mais justas, revigoraria a segurança jurídica em relação a este delito e diminuiria enfaticamente a população carcerária brasileira.

Outro fator, e por último analisado neste tópico é que o princípio do *in dubio pro reo* parece ser esquecido, ou deixado de lado pelos operadores do direito nas tomadas de decisões em relação ao crime de tráfico de drogas e os preceitos estabelecidos pela Lei de Drogas, dando espaço a vigência constante do *in dubio pro societate* fatores estes que, como visto, já são inseridos no mundo do direito processual penal e na própria sociedade, que tem uma visão do traficante, até mesmo do usuário e das drogas como inimigo social, como crime hediondo e que o combate a estes indivíduos e entorpecentes devem ser medidas excepcionais, extremas e repressivas ao máximo.

Sobre o tema, Aury Lopes (2016, p. 94-96) afirma que:

Tal fato é característica de sistemas inquisitoriais que predominaram até o século XIV, no qual havia uma aglutinação de poderes na mão do magistrado, não havia imparcialidade, as provas eram valoradas, e o acusado era um mero objeto de verificação.

Ainda segundo o autor:

A presunção de inocência parte da ideia de que o réu é inocente até que se prove o contrário, sendo exigida uma prova completa de culpabilidade do fato, devendo o réu ser absolvido em caso de dúvida. É um dever de

tratamento e está expressamente previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, devendo reger o processo penal. (LOPES, Aury, 2016, p.94-96)

Como se vê, o princípio do *in dubio pro reo* é resguardado pela Carta Magna assim como o da dignidade humana, o da razoabilidade e o da proporcionalidade, devendo ser resguardado pelo ordenamento jurídico, e é isso que se vêm demonstrar neste trabalho, pois, devido à subjetividade da Lei de Drogas e os preceitos estabelecidos pela seletividade penal as decisões são fundamentadas muitas vezes sem provas suficientes levando os operadores do direito a argumentar pautados na discricionariedade e no próprio entendimento o que fere veementemente o princípio do *in dubio pro reo*.

Para quem vive diariamente e trabalha com o direito processual criminal, na área de crimes que envolvam a Lei de Drogas, nota-se que o réu tem chegado ao processo totalmente ao contrário de como deveria ser, respeitado o ordenamento jurídico comum e as regras constitucionais e processuais, que seria a presunção de inocência e o respeito ao *in dubio pro reo*. Pelo contrário, o denunciado ou investigado já chega ao processo como culpado, tendo a obrigação de desconstruir a ideia de que é traficante e comprovar de forma robusta que se trata de um usuário de drogas, ou que é inocente, ou até mesmos outros fatores que levem a desacreditar que ele seja um traficante experiente.

E ainda, como demonstrado, nenhuma das provas que o mesmo traga não tem tanto valor e ideia de convicção quanto os depoimentos dos policiais que sempre pautados no ideário máximo de punitivismo e repreensão, depõem no sentido de que aquele indivíduo trata-se de um traficante, levando, por conseguinte, a sua condenação.

Na maioria dos casos as condenações são baseadas em presunções e deduções através da inquirição desses policiais em juízo e delegacia ou até mesmo em outras circunstâncias mesmo que desprovidas de certeza e ou não concretas para lastrear a condenação do indivíduo, tudo isso consubstanciado com o interesse da sociedade em ver o “traficante” preso a qualquer custo, fatos estes que são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, não podendo a dúvida autorizar a condenação, como acontece.

Atrelado a isso, muitas vezes nas decisões como já demonstrado a seletividade penal age fortemente, principalmente nas localidades periféricas em que

comumente são utilizadas expressões que definem estas localidades como locais perigosos, ou ponto de intensa venda de drogas, local comum ao tráfico para caracterizando estes bairros e legitimando a atuação dos agentes policiais, servem de base para fundamentar as decisões. Aliado a isso, verifica-se que esta seletividade atinge na maioria das vezes homens jovens, com baixa escolaridade, estando em atitude suspeita que muito das vezes não são demonstradas.

Portanto verifica que no Brasil ainda persiste a discriminação racial e econômica, influenciando o surgimento das políticas de criminalização e de segurança pública, demonstrando-se assim a segregação racial e financeira do espaço urbano e também dentro do espaço jurídico, ainda mais caracterizado na esfera processual penal e no que rege a Lei 11.343/06.

Desse modo, portanto, resta demonstrado que o sistema punitivo brasileiro é pautado principalmente pelo ideário social repressivo e segregacionista motivados pelo preconceito instaurado desde os primórdios da sociedade, permitindo que o processo penal atual se posicione pelo chamado *in dubio pro societate* em vez de seguir os caminhos estabelecidos pela Constituição do *in dubio pro reo* nos termos explicitados até aqui.

### 3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS, SOLUCIONANDO OS PROBLEMAS ADVINDOS DA SUBJETIVIDADE DA LEI E DA SELETIVIDADE PENAL

Diante todo o exposto neste trabalho resta exemplificado que há anos o Brasil adota uma postura repressiva e proibicionista em relação às drogas e essa política por muitas vezes como visto se torna um fracasso, atingindo severamente os presídios brasileiros superlotados, direitos constitucionais inerentes ao ser humano e protegidos por nossa Constituição, casos em que se infere injustiças, prisões desnecessárias e desproporcionais e situações de insegurança jurídica dentro do processo penal.

Ademais, vê-se que as drogas estão mais abundantes, baratas e acessíveis, o consumo aumentou e trata-se de utopia desejar o mundo sem drogas. O narcotráfico movimenta somas enormes de dinheiro sujo, provenientes dos grandes tráficos, o lucro obtido com os entorpecentes têm sido usado especialmente para alimentar o mercado ilícito de vendas de armamento e financiamento de outros

crimes. O que o sistema penal têm feito não tem causado grandes impactos no que se refere ao mercado ilegal, pois a maior gama de encarceramento têm sido de pequenos traficantes, muitas vezes desprovidos de alta periculosidade, restando soltos os verdadeiramente perigosos à sociedade e movimentadores do crime no país, justificadamente pela polícia se preocupar e se atentar por prender os que não estão ligados ao tráfico ou os pequenos traficantes ao invés dos grandes.

Além disso os efeitos dessa guerra ao tráfico por muitas vezes são fatais para pessoas que convivem nas periferias e cotidianamente lidam com tiroteios, que incidem em mortes de inocentes, relacionando os confrontos entre polícia e traficante. Somado a isso, muito dinheiro público é investido no combate ao tráfico, sendo que os resultados estão longe dos esperados.

Como já visto, a droga é um problema de saúde pública, o assunto tem de ser debatido e vislumbrar-se aspectos objetivos de melhorias têm de ser realizado pelos estudiosos, pelo legislador, por políticos e por estudantes, cientistas e profissionais capacitados para se chegar a conclusões concretas que melhorem este cenário atual ante exposto. O preconceito, a seletividade e a subjetividade da lei de drogas devem ser revistos, para que não se sobreponham a necessidade de melhoria, e se possível, não se tornem problemas de fato para se alcançar tal objetivo. Deve-se buscar alternativas viáveis para a resolução dos problemas apresentados.

Entende-se e ressalta que o foco precisa ser na prevenção e no tratamento, o Estado deve oferecer estrutura, principalmente no que diz respeito aos jovens, para que não façam uso das substâncias entorpecentes, e caso façam sejam tratados com dignidade e com destreza. O usuário, o pequeno traficante que sustenta o vício, ou demais acusados e presos que não demonstrem periculosidade e fatores prejudiciais a sociedade devem ser vistos pelos penalistas, pela sociedade e pelos operadores do direito como um enfermo que necessita de tratamento médico profissional capacitado e de informações, aulas e instruções que afastem-se destas drogas.

O problema existe e persiste no mundo inteiro e principalmente no Brasil e deve ser enfrentado com sabedoria, não com guerra, caso o Estado não apresentasse falhas em áreas essenciais como Educação e Saúde certamente as prisões não estariam lotadas e o problema com os entorpecentes seriam menores.

Ademais, a sociedade e o indivíduo que nela vive precisa entender que o Direito Penal não resolve tudo, que o cárcere é essencial e a elevada punição também, mas atentando-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para aqueles casos extremos de grandes traficantes e de impossível destinação distinta da prisão por ter sido completamente comprovado os indícios de autoria e materialidade delitiva. O Brasil não solucionará as mazelas trazidas pelo crime de tráfico de drogas prendendo cada vez mais, o cárcere é medida extrema e por isso deve estar em conluio com as práticas criminosas comprovadamente destinadas ao tráfico, a mercancia e o dolo de mazela social e à saúde pública. E, ainda sim, os direitos essenciais ao preso devem ser assegurados e efetivados, defendendo-se então a Constituição Federal e a justiça brasileira.

Pois bem, demonstra-se assim que é imprescindível que o Direito Penal e Processual Penal Pátrio e o ordenamento jurídico brasileiro no que se abrange as suas demais áreas e instituições, se organizem na intenção de se promover estudos e pesquisas aprofundadas do tema aqui discorrido, é necessário vontade e querer para ao menos de quem se percebe as vastas situações de injustiça, insegurança jurídica e as questões de influência da seletividade penal na aplicação do que concerne ao tráfico de drogas.

É preciso que de forma legal, encontre uma solução para que se mude os aspectos subjetivos da lei e os torne objetivos ao ponto de que da forma mais justa se estabeleça um quantitativo adequado para se diferenciar usuário, traficante, e pequeno traficante. Dessa forma então, as fundamentações das condenações ou absolvições e demais fatores que estabeleçam as dosimetrias nas sentenças serão mais concretas e pautadas na lei, sem abrir margem a discricionariedade do julgador e dos operadores do direito, aumentando assim a segurança do ordenamento jurídico brasileiro, a legalidade e a justiça.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde é a principal fonte de controle sanitário do país, e, conseqüentemente é ela quem regula as drogas, decidindo quais delas são de fato proibidas e devem ser controladas, quem estuda as mazelas trazidas pelos inúmeros entorpecentes existentes e quem tem a principal fonte de estudos para que se determine de forma mais correta e objetiva de forma geral e específica tudo que envolve as drogas.

Portanto, depreende-se que por ser a principal responsável pelo estudo científico das drogas, esta agência deve se reunir ao legislador, aos poderes judiciários, legislativo e executivo, aos estudiosos e operadores do direito, a imprensa e demais meios de circulação nacional para que se estabeleçam critérios que destinem à melhoria e avanços em relação ao tema aqui abordado.

A principal solução, talvez, adviria de um estudo aprofundado da agência reguladora que estabeleça de fato critérios quantitativos de droga que diferenciem o consumidor do traficante ou até mesmo do pequeno traficante, a partir de dados estatísticos convincentes que demonstrem tal diferenciação.

Dessa forma, por exemplo, se um usuário estoca uma relativa quantidade de droga, mas sendo possível que aquilo se destine ao seu uso em determinado tempo sem que haja perda da validade da droga, e aquele não demonstre fatores fortes e objetivos que configurem a mercância como passagens por tráfico, objetos relacionados ao tráfico como balança de precisão e embalagens para drogas, alta quantia em dinheiro, e demais indícios de autoria e materialidade delitiva, independentemente da quantia se essa não atingir à estabelecida pela ANVISA deva ser o indivíduo absolvido ou se sancionado, nos termos do art. 28 da Lei aa.343/06, por ser medida de justiça e direito objetivo.

Sendo assim, a quantidade por mais que seja elevada, não deve ser considerada sozinha, por ser critério subjetivo, no entanto, caso a ANVISA estabeleça tal critério objetivo de quantidade de drogas, hipoteticamente 200 g (duzentos gramas), se aquele indivíduo não possuir mais nenhuma circunstância ou fator objetivo que caracterize o tráfico de drogas, não deve ser enquadrado como traficante de drogas.

Estabelecendo-se o fator quantitativo na lei, notadamente pelo legislador, após o estudo e determinação realizada pela ANVISA, a Lei de Drogas se tornaria objetiva nesse sentido. A própria lei estabelecendo de forma objetiva o quantitativo para que se determine a prisão quando não incidirem outros fatores comprobatórios para o tráfico de drogas a partir de investigações e inquéritos bem instruídos, contribuiria para decisões mais formais e legais, conseqüentemente mais justas na forma da lei, sem suposições, sem “achismos”, sem subjetividade e sem discricionariedade, poder de escolha, seletividade penal como argumentação

decisória, ou demais fatores que não tornem claro o procedimento penal processual instaurado.

Daí que se vê a necessidade da Lei 11.343/06 estabelecer critérios objetivos, e não só no que se refere a quantitatividade, mas também cobrar que inquéritos e procedimentos investigatórios sejam mais conclusivos e objetivos ao concluir que o tipo penal investigado se caracteriza como tráfico ou porte de drogas, e qual a verdadeira periculosidade trazida por aquele indivíduo suspeito por tráfico de drogas, se pode ser considerado pequeno ou grande traficante.

A lei, o direito e o legislador, devem cobrar dos delegados e dos agentes policiais, pois, como visto, a importância deles na instauração penal é muito grande, porque colaboram muito com a tomada de decisões, influenciam muito as sentenças dos magistrados, e o qual rumo tomará o ser humano, dessa maneira, a decisão tomada pelos mesmos devem ser o mais concretas e comprobatórias possível a fim de lastrear a materialidade e autoria nos casos.

E, para tanto, deve haver instrução, educação e investimento do Estado para que a polícia do país haja nesse sentido, para que se elimine o preconceito dentro da atividade pública, dirimindo a seletividade penal, para que se alcance sempre resultados mais justos e seguros.

Assim, conseqüentemente, deve ser com os demais operadores do direito, servidores públicos, magistrados, desembargadores, promotores e defensores, a busca de critérios legais objetivos deve ser incessante para dirimir as problemáticas trazidas neste trabalho, fatores que de forma geral contribuirão para melhorias sociais, para a problemática pertencente nos presídios brasileiros como exposto neste trabalho, para a justiça e segurança jurídica no âmbito processual penal.

Outro aspecto bastante importante seria a revisão da pena, ao menos para diferenciar o pequeno e o grande traficante, pois nota-se que a cadeia tem se tornado uma escola para aqueles pequenos traficantes, as sanções devem respeitar a razoabilidade e proporcionalidade, a pena não deve ser a mesma para ambos, e estes dois indivíduos não podem ficar encarcerados nas mesmas celas. Por conseguinte, deve haver uma maior organização nos estabelecimentos prisionais, maior investimento do Estado no sistema prisional, para que assim as cadeias consigam se organizar melhor, evitando conflitos e aproximações entre presos por diferentes crimes e penas, e para que também se respeitem os princípios

constitucionais de dignidade humana aos encarcerados e condições básicas de convivência nos recintos.

E, por fim, sabe-se que a droga pode causar doenças que causam alterações no cérebro mudando assim funções psicológicas, é um princípio que causa doenças mentais e atinge o psicológico humano, além do mais, a pior consequência advinda de seu uso é a dependência, pois depois de dependente o indivíduo sofre com as consequências diretamente em seu corpo, que com a falta da substância acaba se depreciando. Ademais, outras doenças advindas das drogas pode ser o câncer, problemas cardíacos, impotência sexual, falta de energia e outros.

Portanto, pelo acima exposto é capaz de verificar que a droga é uma mazela social, que prejudica os indivíduos que a consomem ou que são dependentes dela. Sendo assim, o indivíduo usuário de drogas não deve ser visto, socialmente falando, como perigoso, como o inimigo do Estado, com tanto preconceito, pelo contrário, deve ser analisado como um doente, que precisa urgentemente de cuidado, de tratamento, para que se livre desse mal e para que possa se reabilitar e conviver normalmente em sociedade sem a necessidade de seu uso. Consequentemente, também deve advir do Estado o investimento na saúde pública, em clínicas de reabilitação, na formação de profissionais capacitados que atuem em função dos reabilitando, sendo tudo questão de logística, investimento e estudos.

Ao final, há que se pontuar a atuação da mídia nestes termos, pois ela será a responsável por dispersar as informações necessárias para informar o cidadão, através de propagandas, campanhas de conscientização, também podendo ser realizadas pelos Governos Federais e Estaduais, e diversas formas de comunicação que atualizem os preceitos definidos em lei, a questão objetiva relacionada a quantidade, as mazelas advindas do uso e as sanções estabelecidas com a venda de entorpecentes, a conscientização da população pela mídia, nas escolas, e inicialmente de maneira principal para quem atua dentro do processo penal, pois a educação é a melhor forma de se atingir os objetivos de melhoria e conscientização social.

Enfim, as questões envolvendo a subjetividade da Lei de Drogas e a seletividade penal existentes dentro do nosso ordenamento jurídico no que se refere aos questionamentos advindos do tráfico de drogas podem ser resolvidas



principalmente com base em investimentos na educação e na saúde. A ANVISA e as demais agências reguladoras, o Sisnad, os órgãos jurisdicionais e demais conglomerados científicos, devem agir a fim de promover um estudo para análise científica que delimitem um quantitativo de justo para se estabelecer de forma objetiva na lei, diferenciando usuário e traficante, instruindo conclusões e decisões mais claras e conclusivas, que irão se pautar em preceitos legais, fugindo-se de seletividade, de discricionariedade e analogias como forma de fundamentar as decisões que serão tomadas no âmbito processual penal.

Acrescido a isso, por meio de publicação e propagação como forma de instruir, deverá a administração pública judicial acompanhada da mídia apresentar a população os dados referentes a lei, exemplificando o mal que as drogas podem trazer, principalmente aos jovens que são os mais afetados normalmente, em instituições de ensino e escola, além de demonstrar que será penalizado aquele que cometer a traficância com intuito de ganho fácil de capital e com o intuito de ferir a saúde pública. Demonstrado todo o reconhecimento da lei, os procedimentos penais serão realizados de forma mais segura, articulada e justa, com a finalidade de evitar contrariedades nas decisões processuais e se manter a justiça e a segurança jurídica. A educação é a chave de tudo, a saúde é direito de todos.

## CONCLUSÃO

Diante toda a exposição realizada neste trabalho, verificou-se que existe ainda uma certa estagnação penal ou até mesmo um recrudescimento da forma de agir no que diz respeito ao tráfico de drogas no Brasil.

Este crime como visto é o principal alvo das políticas penais brasileiras, sobretudo quando enxergado sob a ótica de modelos arcaicos repressivos e proibicionistas que tratam a penalização como guerra e prioridade. Ademais, tal crime está frequentemente ligado a ideia de causa de aumento da criminalidade, aliado a sensação de impunidade e a fomentação do medo por parte da mídia.

Sendo assim, como resposta, o Estado tem utilizado da rigidez da legislação penal, criando normas típicas do direito penal que trata o traficante ou até mesmo o usuário de drogas como inimigo.

Ao estudarmos o conteúdo trazido, percebeu-se que a Lei 11.343/06 que atualmente regulamenta a questão das drogas no Brasil prevê duas respostas penais antagônicas, a primeira refere-se ao usuário de drogas que estabelece sanção de desencarceramento e com medidas restritivas de direito, já a segunda, concerne ao traficante que se encontra passível a punição de pena restritiva de liberdade por no mínimo 05 (cinco) anos.

Pois bem, é sobre isso que se discorre no primeiro capítulo deste trabalho, que demonstrou as noções gerais que envolvem a droga, a própria Lei de Drogas, o que os doutrinadores dizem a respeito e o que trazem para ensinar. Ainda, comentou-se sobre a conceituação e definição das drogas, sob vários pontos de vista.

Ademais, neste capítulo, restou caracterizado toda a evolução histórica da droga até os dias atuais, e de como a sociedade e o Estado trataram desse assunto, e, ainda, como o Direito Processual Penal se posicionou em relação a este tema, em uma esfera tanto nacional quanto internacional, e o que ficou determinado atualmente.

Por fim, viu-se as principais alterações e definições trazidas pela vigente Lei 11.343/06, em que ela foi pautada, baseada, em como os modelos repressivos de outros países contribuíram para o aspecto histórico-social dos entorpecentes.

Além disso, notou-se da leitura do trabalho que a legislação atual não estabeleceu critérios objetivos de diferenciação entre usuários e traficantes, nem modalidades intermediárias de punição para este tipo penal. Pelo contrário, a Lei de Drogas permitiu o surgimento de discricionariedade por parte dos aplicadores do direito na designação de quais serão tidos como usuários, recebendo tratamento mais brando, e quais serão enquadrados como traficantes, recebendo a resposta punitiva máxima e mais severa.

E pautado nisso é que foi discorrido o segundo capítulo, que teve por finalidade expor o aspecto subjetivo da Lei 11.343/06, demonstrando todos os elementos que dão margem a discricionariedade dos operadores do direito e ainda enfatizando o quão problemático pode ser a questão subjetiva trazida por esta lei.

Iniciou-se discorrendo sobre como influência na ação dos policiais militares e a importância que estes possuem durante toda a instrução processual, comentou-se sobre o trabalho do delegado e como a subjetividade pode influenciar seu posicionamento, prosseguiu-se ainda falando sobre os demais operadores, tais quais, o promotor de justiça, o magistrado, o procurador e o desembargador, principais atuantes penais que podem definir uma condenação ou absolvição no que se refere ao delito tratado.

Ainda neste capítulo, vislumbrou-se posicionamentos de doutrinadores e juristas acerca do tema, além de que restou demonstrada jurisprudências e casos em que indivíduos com a mesma característica de fato e circunstâncias tiveram destinações diversas, notadamente pelo subjetivismo constante na lei, que impulsionam a discricionariedade muitas vezes pautadas em sistemas repressivos que destoam justiça, portanto, podendo causar ainda questões de insegurança jurídica.

Neste capítulo também é possível entender sobre como a quantidade de prisões por tráfico pode influenciar na precariedade e lotação do sistema carcerário brasileiro, que como se sabe é por muitas vezes desumano com os presos que ali se encontram, daí se percebe o quanto é importante se estabelecer, ao menos como tentativa, critérios mais objetivos para a Lei, mais organizados para o sistema carcerário e para melhorar o agir do processo penal como prerrogativa de se garantir justiça.

Essa abertura deixada pela atual Lei de Drogas deu margem a intensificação de outro sistema, definido como seletividade penal, enraizado em nossa sociedade e nos sistemas repressivos mundiais desde o início do surgimento do direito penal, até os dias atuais.

O capítulo três, por fim, demonstrou que indivíduos de classes menos favorecidas, residentes de regiões periféricas, possuem mais chances de serem caracterizados como traficantes desde o momento do suposto flagrante policial até a prolação da sentença, ainda que se encontre em mesmas circunstâncias que o indivíduo mais rico.

Neste sentido, este capítulo explicou ao todo o que é a seletividade penal, o quanto ela influencia e interfere no andar do processo penal e que também se pode levar a indecisões injustas e desprovidas de segurança jurídica, explicitando em todas as áreas a forte influência que existe de questões seletivas e preconceituosas.

Somado-se a isso, este capítulo arguiu sobre princípios constitucionais solidificados pela Constituição Federal mas que de certa forma são atingidos pela subjetividade da Lei de Drogas e pela seletividade penal existente em nosso sistema processual penal, conceituando a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade e proporcionalidade e o princípio do *in dubio pro reo* e demonstrando a ligação destes tópicos e pontos supracitados.

Com a análise do trabalho, esclareceu-se como a subjetividade trazida pela Lei de Antidrogas é utilizada como mecanismo punitivo, e que no Brasil, prende-se muitos pequenos traficantes que não representam papel importante na cadeia do tráfico, superlotando as prisões e trazendo ínfimos impactos ao combate às drogas. A ânsia punitiva assim como a seletividade penal está fixada no entendimento dos operadores do direito.

Por fim, e seu último tópico, o terceiro capítulo dispôs que a política criminal do combate as drogas, precisa ser desconstruída. É preciso que o país deixe de lado os modelos fortemente repressivos e proibicionistas na guerra às drogas, e que se encontre um novo sistema de abordagem com este tema, pautado em estudo científico e jurídico capaz de se definir critérios objetivos para a caracterização de usuário e traficante, critérios de organização que respeitem a proporcionalidade e razoabilidade no momento da punição, buscando separar pequeno e grande traficante, e por fim, garantir justiça e segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Afonso Heck. 2ª edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. [da definição à aplicação dos princípios jurídicos]**. 7ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. Rio de Janeiro. 2002.

BARRETO, Ana Luísa Leão de Aquino. **Urgência punitiva e tráfico de drogas: as prisões cautelares entre práticas e discursos nas Varas de Tóxicos de Salvador**. 2017, 146f. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p.19.

BOITEUX, Luciana Figueiredo Rodrigues. **Controle Penal Sobre as Drogas Ilícitas: o Impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BOITEUX, Luciana. PÁDUA, João Pedro. A desproporcionalidade da lei de drogas. Os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil. 2013. Disponível em [http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a\\_desproporcionalidade\\_da\\_lei\\_de\\_droga\\_s\\_os\\_custos\\_humanos\\_e.pdf](http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_desproporcionalidade_da_lei_de_droga_s_os_custos_humanos_e.pdf).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 99539 MG 2018/0149742-5, Relator: Ministro Félix Fischer, Data de Julgamento: 07/08/2018, Data de Publicação: DJe 15/08/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858145070/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-122561-pr-2020-0003145-0>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3ª Turma Criminal). Habeas Corpus 793167, 20140020108517HBC, Relator: João Batista Teixeira, data do julgamento: 29/5/2014, publicado no DJE: 2/6/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (2ª Câmara Criminal). Apelação Criminal 0053750-20.2018.8.09.0143, Relator: Des(a). Edison Miguel da Silva Júnior, julgado em 08/03/2021, DJe de 08/03/2021. Disponível em: [https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id\\_MovimentacaoArquivo=145876661&hash=266348154154055672640420780048512052831&CodigoVerificacao=true](https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=145876661&hash=266348154154055672640420780048512052831&CodigoVerificacao=true).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (1ª Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 00069833020178110004 MT. Relator: Paulo da Cunha, Data de Julgamento: 06/08/2019, Data de Publicação: 06/08/2019. Disponível em: <https://TJ-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/839387100/apelacao-criminal-apr-69833020178110004-mt?ref=amp>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** / Fernando Capez – 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976. Revogada. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm).

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.409 de 11 de janeiro de 2002. Revogada. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm).

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. 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).

CARVALHO, Marco Antonio. Sem lei que cite quantidades, polícia dá destinos diversos a flagrados com droga. 30 de março de 2019. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/infograficos/cidades,sem-lei-que-cite-quantidades-policia-da-destinos-diversos-a-flagrados-com-droga,977293>.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEL OLMO, R. **A Face Oculta da Droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal. Parte geral**. Niterói: Impetus, 2011.

HABIB, Gabriel. **O Direito Penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÀ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo, Noções Críticas**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JESUS, Maria Gorete Marques. **“O mundo que não está nos autos”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas**. Dissertação (mestrado). 2016. 276 f. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARÇAL, Cleber Masson Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2019. pdf.

MARTINS, Helena. Lei de drogas tem impulsionado encarceramento no Brasil. 24/06/2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8ª edição, rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2014. pdf.

RIBEIRO Jr, Antônio Carlos. As drogas, os inimigos e a necropolítica. Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, p. 595-610, 2016. Disponível em: <https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/251/223>, p.605.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 7ª Ed. ver., atual., amp. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei e droga comentada**. 2ª Ed. São Paulo: Departamento de Publicações da APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016. pdf.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEIXEIRA, Paulo. **Uma nova estratégia para política de drogas**. In: **DROGAS: UMA NOVA PERSPECTIVA**. São Paulo, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 9ª Ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.