

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO**

VINICIUS KIRST TEIXEIRA

**O USO E A POSSE DE DROGAS:
Críticas à Lei nº 11.343/06 sob a Perspectiva do Abolicionismo Penal**

**São Leopoldo
2019**

VINICIUS KIRST TEIXEIRA

O USO E A POSSE DE DROGAS:

Críticas à Lei nº 11.343/06 sob a Perspectiva do Abolicionismo Penal

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso
de Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

São Leopoldo

2019

Dedico o presente trabalho aos meus pais, Julio Cesar e Márcia Regina, ao meu irmão, Murilo, à minha namorada, Carolina, ao meu cachorro, Marquinhos, e aos meus amigos, por todo o apoio e incentivo neste momento tão importante em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Julio Cesar e Márcia Regina, meus maiores exemplos. Sou grato pelo incentivo. Obrigado por estarem sempre ao meu lado!

Ao meu irmão, Murilo, e à minha namorada que me apoiaram e sempre me passavam uma palavra de ânimo.

Agradeço a todos os meus familiares que torceram por mim. Sou grato à Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e aos meus queridos mestres que acompanharam meus estudos durante esses anos e, em especial, ao meu orientador, Professor Doutor Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, por todo apoio, atenção e dedicação para me orientar nesta monografia. Vocês me inspiraram a me tornar um profissional melhor a cada dia.

Obrigado aos amigos e colegas que me deram o suporte necessário para chegar até aqui.

Se afastar do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça.¹

¹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993.

RESUMO

A presente monografia pretende analisar o tratamento dispensado ao uso e à posse de drogas no Brasil, a partir das perspectivas repressivista e abolicionista. Para isto, investigou-se a atual política de combate às drogas adotada pelo Brasil, traçando um marco histórico das políticas criminais já implantadas no país, desde as primeiras proibições de substâncias psicoativas até a promulgação da atual Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), buscando compreender o diferente tratamento entre traficante e usuário nas referidas legislações. Além disso, avaliou-se como o modelo repressivo adotado pela Lei nº 11.343/06 acaba por prejudicar os usuários e os dependentes, uma vez que o proibicionismo vai totalmente na contramão de políticas de redução de danos, razão pela qual se apresenta a alternativa do abolicionismo penal, que afastaria esse medo dos usuários e dependentes em se envolver na esfera criminal e serem reprimidos e estigmatizados, trazendo-os para o centro das atenções e criando um meio de debate para os seus problemas, além de ser buscada uma solução fora do sistema penal, principalmente sem envolver a punição e a coação em qualquer circunstância. Ainda, buscou-se analisar se é possível a aplicação da Teoria do Abolicionismo Penal na legislação de drogas brasileira, expondo-se o entendimento jurisprudencial atual sobre a questão. Por fim, concluiu-se que as perspectivas trazidas pelo abolicionismo penal são muito positivas, principalmente se aplicadas na legislação brasileira de drogas, que se encontra totalmente falha e necessitando de uma nova visão e um novo objetivo.

Palavras-chave: Abolicionismo penal. Proibicionismo. Legislação brasileira sobre drogas. Sistema penal. Lei nº 11.343/06.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	7
2 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL E A LEI Nº 11.343/06.....	10
2.1 Políticas Criminais de Drogas no Brasil: Breve Percurso Histórico	12
2.2 A Lei nº 11.343/06 e os Novos Paradigmas na Política Criminal de Drogas no Brasil	21
2.3 Uso de Drogas no Brasil: Descriminalização ou Despenalização?	37
2.4 Os Efeitos do Proibicionismo e da Repressão às Drogas	47
3 O ABOLICIONISMO PENAL E O USUÁRIO DE DROGAS: UMA LEITURA CRÍTICA DA LEI Nº 11.343/2006	64
3.1 O Abolicionismo Penal: A Contribuição de Louk Hulsman	65
3.2 Posse de Drogas em Perspectiva Abolicionista: Uma Experiência Possível?79	
3.2.1 Sistema da Quantificação Legal	84
3.2.2 Descriminalização	84
3.2.3 Legalização	89
3.3 Análise Jurisprudencial: O Abolicionismo Penal em Perspectiva Prática... 92	
3.3.1 Análise da Aplicação da Lei de Drogas	93
3.3.2. Breve análise do Recurso Extraordinário n. 635.659.....	104
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	113
REFERÊNCIAS	115

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Brasil adotou, desde o advento da Lei de Tóxicos nº 6.368/76, o sistema repressivo de combate ao uso e ao comércio ilegal de drogas. Este sistema se originou nos Estados Unidos na década de 1970, com objetivo de adotar políticas que desencorajem a produção, distribuição e o uso de drogas.

Atualmente, a lei de drogas vigente – Lei nº 11.343/06 – busca alternativas diferentes na titulação dos usuários e dependentes químicos, evitando tratar o usuário como criminoso, considerando-o como alguém que precisa de ajuda e métodos terapêuticos para superar a dependência química.

Contudo, é possível notar que os objetivos não estão sendo alcançados, seja por uma insistência na criminalização da posse ou até mesmo pela não efetivação de programas sociais e de saúde pública como meio de redução de danos aos que necessitam de tal atendimento.

No presente trabalho, será discutido em que medida a perspectiva abolicionista poderá contribuir para uma política de diminuição de danos em relação ao uso e posse de drogas no Brasil. Considera-se que a perspectiva punitivista, por muitas vezes, não consegue alcançar os objetivos de reduzir os danos associados ao uso de drogas psicoativas em pessoas que não podem ou não querem parar de usá-las, além de desrespeitar um direito constitucionalmente tutelado, o direito à privacidade do indivíduo (art. 5º, X, da Constituição Federal).

Assim, o problema principal que orienta a presente pesquisa centra-se no tratamento dispensado ao uso e à posse de drogas no Brasil, a partir da perspectiva repressivista e abolicionista. As perguntas que orientam a pesquisa podem ser assim sintetizadas: é viável a *punição* do usuário flagrado na posse de drogas? Em que medida a perspectiva abolicionista poderá contribuir para uma política de diminuição de danos em relação ao uso e posse de drogas no Brasil?

Parte-se da hipótese inicial de que na doutrina brasileira existem muitos entendimentos no sentido de que a Lei nº 11.343/06, em seu artigo 28, trouxe uma descriminalização ou despenalização da posse de drogas para consumo próprio, tendo em vista que o usuário não poderá ser recluso. Contudo, é possível notar que o referido artigo cita uma série de *sanções* que podem ser aplicadas pelo juiz, ou seja, os casos são remetidos, ainda, ao campo de incidência do Direito Penal.

Diante disso, chega-se à constatação de que o Brasil não aplica ao tema a teoria abolicionista, visto que ainda reprime ao máximo a venda ou uso de drogas. Esta perspectiva punitivista, por muitas vezes, é colocada no contraponto ao direito à privacidade do indivíduo (artigo 5º, X, da CF), pois a grande justificativa da repressão ao uso de drogas seria o quanto isso afeta a saúde pública. Porém, o uso de drogas afeta unicamente o indivíduo, não alcançando a coletividade, ou seja, o usuário estaria dentro da esfera individual quando faz uso de drogas, o que está totalmente tutelado pelo direito constitucional.

Além do mais, por se tratar de saúde pública, o assunto deve ser debatido através do Poder Executivo, e não ser trazido ao debate do Poder Judiciário, que não tem mecanismos, nem mesmo competência, para trazer soluções razoáveis para o problema (ex: programas sociais destinados ao tratamento de usuários de drogas).

Ainda a respeito do sistema adotado no Brasil, pode-se notar que na Lei nº 11.343/06 não há uma garantia quanto à distinção entre usuário e traficante, pois não há parâmetros concretos a serem utilizados pelas autoridades policiais ou do judiciário (ex: a especificação de quantidade apreendida). Assim, identifica-se, na maioria das vezes, uma confusão conceitual, por meio da qual usuários são taxados como traficantes e colocados em regime de reclusão. As consequências de tudo isso são a superlotação de presídios com pessoas que não cometeram ato ilícito e o empoderamento das facções criminosas, que dominam grande parte do sistema penitenciário brasileiro e acabam por recrutar a maioria destes usuários que não tem outra alternativa.

Conforme exposto, é possível notar que a partir da perspectiva punitivista acaba-se por tratar o problema do uso abusivo de drogas como relacionado ao Poder Judiciário e não de saúde pública. Isso acarreta uma série de consequências ao Direito Penal e não demonstrando garantias aos usuários, que em nada tem a ver com a crescente evolução do crime organizado ou atos ilícitos praticados por outros usuários.

O objetivo geral da pesquisa consiste em analisar o tratamento dispensado ao uso e à posse de drogas no Brasil, a partir das perspectivas repressivista e abolicionista. Os objetivos específicos da pesquisa são:

- a) investigar a atual política de drogas adotado pelo Brasil, traçando um marco histórico das políticas criminais já implantadas no país, desde a Lei de Tóxicos (Lei nº 6.386/76) até a promulgação da atual Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), buscando compreender o diferente tratamento entre traficante e usuário na referida legislação;
- b) avaliar como o modelo repressivo adotado pela Lei nº 11.343/06, acaba por prejudicar o usuário, uma vez que o proibicionismo vai totalmente na contramão da política de redução de danos, razão pela qual se apresenta a alternativa do abolicionismo penal, que afastaria esse medo do usuário em se envolver na esfera criminal e ser reprimido, trazendo-o para o centro das atenções, criando um meio de debate para o seu problema e buscando-se uma solução fora da questão que envolve a punição em qualquer circunstância.

O tema de pesquisa ora escolhido desperta diversas controvérsias e polêmicas que, por muitas vezes, ocorrem pela escassez de pesquisas e levantamentos de dados referentes ao assunto. E a importância da pesquisa do assunto se dá pelo fato de que o atual sistema já demonstrou não surtir efeito, apenas prejudicando usuários que não tem envolvimento algum com o crime organizado, acabando por destruir famílias e pessoas ligadas a ele, sendo utilizado somente o castigo como meio de resolução dos problemas relacionados ao consumo de drogas. Tudo isso é causado pela influência da mídia, pensamentos populistas e da nebulosidade existente na Lei, nos levando ao excesso de punitivismo, o que conseqüentemente acaba por *cegar* os operadores da máquina chamada direito penal, que buscam a condenação a todo custo. Deve-se buscar outras formas de abordar o tema, as quais não tratarão o usuário como inimigo social, mas sim um indivíduo que precisa de ajuda e consciência das conseqüências sobre o uso de drogas catalogadas como ilícitas, e o afastando ao máximo do sistema penitenciário.

2 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL E A LEI Nº 11.343/06

De início, é importante questionar-se se, de fato, as drogas catalogadas como ilícitas são uma epidemia no Brasil, se há um uso imoderado e em quais proporções são esses números.

Segundo números não divulgados oficialmente, o cenário brasileiro atual chega ao seguinte percentual: pessoas que usaram crack, pelo menos, uma vez na vida (0,9%), que fizeram uso no último ano (0,3) e apenas no último mês (0,1%). Nos últimos 30 dias (antes da publicação do estudo aqui analisado), a maconha (1,5%) e a cocaína (0,3%); por outro lado, o percentual de pessoas que já utilizaram álcool uma vez na vida é muito maior (66,4%), fizeram seu uso no último ano (43,1%) e nos últimos 30 dias (30,1%).²

Os dados apresentados são originários do 3º Levantamento Nacional Domiciliar sobre o Uso de Drogas, o qual foi realizado pela Fundação Oswaldo Cruz, e encomendado pela Secretaria Nacional de Política de Drogas. Esses dados, no entanto, não foram revelados, mesmo após a finalização da pesquisa, no final do ano de 2016.³

O motivo para tal segredo nunca foi revelado, porém possa ser pelo fato de contrariar o defendido por inúmeros personagens importantes que estão inseridos na Política Nacional sobre Drogas (PNAD) brasileira, seja no governo atual ou no passado.⁴

Essa política, aprovada pelo Decreto nº 9761/19⁵, visa à busca pela abstinência dos usuários e, ainda, a possibilidade de interações involuntárias, ou

² GARÇONI, Ines. Guerra à pesquisa: aqui estão os números que o governo escondeu e que mostram que não há epidemia de drogas no Brasil. *In*: THE INTERCEPT Brasil. [S. l.], 1 abr. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/03/31/estudo-drogas-censura/>. Acesso em: 23 abr. 2019.

³ GARÇONI, Ines. Guerra à pesquisa: aqui estão os números que o governo escondeu e que mostram que não há epidemia de drogas no Brasil. *In*: THE INTERCEPT Brasil. [S. l.], 1 abr. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/03/31/estudo-drogas-censura/>. Acesso em: 23 abr. 2019.

⁴ GARÇONI, Ines. Guerra à pesquisa: aqui estão os números que o governo escondeu e que mostram que não há epidemia de drogas no Brasil. *In*: THE INTERCEPT Brasil. [S. l.], 1 abr. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/03/31/estudo-drogas-censura/>. Acesso em: 23 abr. 2019.

⁵ BRASIL. **Decreto nº 9761, de 11 de abril de 2019**. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/100dias/arquivos_pdf/outros-politica-nacional-antidrogas-decreto-no-9-761-de-11-de-abril-de-2019.pdf. Acesso em: 25 jun. 2019.

seja, contraria totalmente a política de redução de danos, expressado no artigo 20, da Lei nº 11.343/06⁶.

Esses caminhos buscados pela nova política sobre drogas favorecem apenas um investimento maior em comunidades terapêuticas, as quais são, em sua grande maioria, controladas por igrejas evangélicas e católicas e vêm recebendo um número cada vez maior de recursos públicos. Os métodos utilizados por tais comunidades não seguem os princípios adotados pelas políticas de redução de danos, chegando-se, novamente, ao ponto em que essa estratégia contraria a apresentada na lei especial que trata sobre o tema (Lei nº 11.343/06), além de abandonar a busca pelos centros especializados disponibilizados pelo governo – como, por exemplo, os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) –, os quais apresentam outros métodos para o atendimento de usuários que, em sua grande maioria, são muito mais eficazes.⁷

Tais considerações expostas levam a questionar se realmente há uma epidemia relacionada ao uso de drogas catalogadas como ilícitas no Brasil e se, de fato, são adotados métodos baseados em estudos científicos para serem traçados os caminhos quanto aos assuntos relacionados às drogas ilícitas.

Além disso, deve-se verificar se tais caminhos são os corretos para tratar do assunto, e se há outros métodos a serem debatidos para novos rumos serem seguidos em uma nova perspectiva que vise não apenas a punição e a abstinência dos usuários, mas uma solução que não envolva sofrimento que naturalmente decorre da intervenção punitiva.

Feitas essas considerações preliminares acerca do tema que orienta a presente pesquisa, cumpre salientar que este primeiro capítulo tem por objetivo específico investigar a atual política de drogas adotada pelo Brasil, traçando um marco histórico das políticas criminais já implantadas no país, desde a Lei de Tóxicos (Lei nº 6.386/76) até a promulgação da atual Lei de Drogas (Lei nº

⁶ BRASIL. **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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

⁷ GARÇONI, Ines. Guerra à pesquisa: aqui estão os números que o governo escondeu e que mostram que não há epidemia de drogas no Brasil. *In*: THE INTERCEPT Brasil. [S. l.], 1 abr. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/03/31/estudo-drogas-censura/>. Acesso em: 23 abr. 2019.

11.343/06), buscando compreender o diferente tratamento entre traficante e usuário na referida legislação.

O capítulo encontra-se dividido em 4 tópicos. No primeiro, aborda-se as políticas criminais de drogas adotadas no Brasil ao longo da história, realizando-se uma exposição dos modelos de leis adotadas desde o período em que o país era um império, quando se originou a primeira preocupação com substâncias psicoativas, até a promulgação da lei atual, principalmente suas preocupações quanto ao uso, a venda e a distribuição; no segundo tópico, foca-se na explicação do modelo adotado da atual legislação sobre drogas (Lei nº 11.343/06), a qual trouxe novos paradigmas e perspectivas quanto as legislações anteriores, principalmente quanto ao relaxamento da posse de drogas para uso pessoal e ao maior endurecimento nas penas para o tráfico de entorpecentes; no terceiro tópico, trata-se sobre umas das questões mais duvidosas do artigo referente à posse de drogas, discutindo-se quanto ao fato de haver uma descriminalização ou despenalização do referido artigo, trazendo-se conceitos referidos por autores e sua opiniões sobre a questão, bem como se expõe sobre o bem jurídico tutelado pelo artigo 28, da Lei 11.343/06, frente aos direitos constitucionais à intimidade e à vida privada, analisando-se se o referido bem jurídico respeita os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos; no quarto tópico, disserta-se sobre os efeitos perversos desencadeados pelo proibicionismo e a repressão às drogas, levantando-se todos os aspectos críticos e polêmicos sobre a proibição, principalmente as consequências geradas aos usuários, seus familiares e a sociedade, aludindo-se quanto à dificuldade de se diferenciar usuários e traficantes no modelo atual, observando-se o quanto a legislação é seletiva, nebulosa e não traz segurança jurídica aos envolvidos.

2.1 Políticas Criminais de Drogas no Brasil: Breve Percurso Histórico

A origem da política criminal de drogas e da preocupação em relação aos tóxicos, pela legislação brasileira, iniciou já em 1603, através das Ordenações Filipinas. O título 89 da referida compilação fazia menção ao rosalgar – que era um composto utilizado, até a década de XIX, como pigmento de cor laranja avermelhado

e era extremamente tóxico, sendo composto de óxido de carbono –⁸, além de proibir demais materiais tóxicos. O título expunha o seguinte texto: “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”.⁹

Em 1830, adveio o Código Criminal do Império do Brasil, o qual não tratou sobre a matéria relacionada às drogas ou componentes tóxicos. Já no Regulamento de 29 de setembro de 1851, foi abordado sobre a comercialização de substâncias medicinais e de medicamentos.¹⁰

O primeiro código brasileiro a versar efetivamente sobre os crimes contra a saúde pública foi o Código Penal de 1890. O referido código, em seu terceiro capítulo, regulamentou a matéria, expondo a seguinte redação em seu artigo 159: “Expor à venda, ou ministrar, substância venenosa sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários [...]”, sujeitando o infrator à pena de multa.¹¹

Com a Consolidação das Leis Penais em 1932, ocorreu a alteração do caput do artigo 159, do Código Penal de 1890, ocasião em que foram acrescentados 12 novos parágrafos, sendo incluída a prisão celular, a qual compreendia o isolamento celular (separação do condenado de outras pessoas, mantendo-o sozinho na cela), além da exigência de trabalho, por parte do infrator.¹²

Apesar disso, os dois maiores primeiros impulsos na chamada “luta contra as drogas” ocorreram já no século XX, por meio do Decreto nº 780/36¹³ e com sua modificação posterior pelo Decreto nº 2.953/38¹⁴, os quais dão um primeiro passo

⁸ SILVA, RVM. O conceito relativo de neologismo e arcaísmo: um estudo pancrônico. In: OLIVEIRA, K., CUNHA E SOUZA, H.F., SOLEDADE, J. (orgs.). **Do português arcaico ao português brasileiro**: outras histórias [online]. Salvador: EDUFBA, 2009, p. 15.

⁹ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

¹⁰ GRECO FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

¹¹ BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

¹² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.

¹³ BRASIL. **Decreto nº 780, de 28 de abril de 1936**. Crêa a comissão permanente de fiscalização de entorpecentes. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1936. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-780-28-abril-1936-472250-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 jun. 2019.

¹⁴ BRASIL. **Decreto nº 2.953, de 10 de agosto de 1938**. Modifica o art.2º do decreto n. 780, de 28 de abril de 1936, que criou a Comissão Permanente de Fiscalização de Entorpecentes. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2953-10-agosto-1938-345717-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 jun. 2019.

em direção à política proibicionista, principalmente ao modificar o termo substância venenosa por entorpecente.¹⁵

Além desses dois marcos históricos, houve a integração do país ao modelo internacional, por meio do Decreto-Lei nº 891/38, que estabeleceu tanto o uso quanto a venda como delitos em seu artigo 33, com pena de prisão celular de 1 a 5 anos e multa em caso de descumprimento. O referido dispositivo tinha a seguinte redação:

Facilitar, instigar por atos ou palavras o uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substância compreendidas no artigo 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no artigo 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação destas substâncias.¹⁶

O sobredito Decreto-Lei foi editado a partir do disposto na Convenção de Genebra de 1936¹⁷. Segundo Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, o referido Decreto-Lei “traz a relação das substâncias consideradas entorpecentes, normas restritivas de sua produção, tráfico e consumo, bem como trata da internação e interdição civil de toxicômanos”.¹⁸

Embora tenham ocorrido esses indícios de criminalização das drogas na história brasileira, a política proibicionista sistematizada surgiu efetivamente a partir da década de 1940, principalmente com a publicação do Código Penal de 1940, por meio do Decreto-Lei 2.848/40^{19, 20}.

¹⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.

¹⁶ BRASIL. **Decreto nº 891, de 25 de novembro de 1938**. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Rio de Janeiro. Presidência da República, 1938. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0891.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

¹⁷ BRASIL. **Decreto nº 2.994, de 17 de agosto de 1938**. Promulga a Convenção para representação do tráfico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e ata final, firmado entre o Brasil e diversos Países, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a representação do tráfico ilícito das drogas nocivas. Rio de Janeiro. Presidência da República, 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2994-17-agosto-1938-348813-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 jun. 2019.

¹⁸ GRECO FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

¹⁹ BRASIL. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro. Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

²⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.

O Código Penal de 1940 disciplinava a matéria em seu artigo 281, cujo teor impunha uma série de atos criminalizados, aplicando a pena de 1 a 5 anos de reclusão, e multa de 02 a 10.000 cruzeiros, com a seguinte redação:

Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.²¹

Nota-se que o diploma legal acima exposto segue os caminhos da década de 1930, pois tentou manter as hipóteses de criminalização das drogas conjuntamente às regras gerais codificadas. Além de não fazer menção a uma diferenciação entre usuário e traficante, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a criminalização era aplicada apenas aos traficantes, não enquadrando os consumidores ao artigo supracitado.²²

No entanto, com o advento do Decreto-Lei nº 4.720/42²³ (que fixou as normas sobre cultivo) e da Lei nº 4451/64²⁴ (que inseriu ao artigo 281, do Código Penal, a ação de plantar), inicia-se um processo de descodificação do tema relativo às drogas ilícitas.²⁵

O Brasil só entra verdadeiramente no cenário mundial de combate às drogas em 1961, após a instauração da Ditadura Militar, a partir da Convenção Única de Entorpecentes, a qual foi promulgada no país em 1964. Essa Convenção trouxe uma lista bem mais completa das substâncias que foram consideradas ilícitas, que foi

²¹ BRASIL. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro. Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

²² HARTMANN, Arlete. **Uso de drogas: crime ou exercício de um direito?**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 38.

²³ BRASIL. **Decreto-Lei 4.720, de 21 de setembro de 1942**. Fixa normas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes e para a extração, transformação e purificação dos seus princípios ativos-terapêuticos. Rio de Janeiro. Presidência da República, 1942. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4720-21-setembro-1942-414751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 jun. 2019.

²⁴ BRASIL. **Lei n. 4451, de 4 de novembro de 1964**. Altera a redação do artigo 281 do Código Penal. Brasília, DF. Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4451.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

²⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61.

adotada pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia (SNFMF).²⁶ Em seu preâmbulo, referida norma continha a seguinte redação, como objetivo:

Desejando concluir uma convenção internacional que tenha aceitação geral e venha substituir os trabalhos existentes sobre entorpecentes, limitando-se nela o uso dessas substâncias afins médicos e científicos estabelecendo uma cooperação a uma fiscalização internacionais permanentes para a consecução de tais finalidades e objetivos.²⁷

Com a edição dessa Convenção, iniciou-se uma “demonização mundial” das drogas, capitaneada pelos Estados Unidos.

A referida demonização deu início, no ano de 1971, à primeira guerra contra as drogas nos Estados Unidos, onde o governo Nixon iniciou a denominada *war on drugs*, que buscava combater e repreender ao máximo a produção e circulação de drogas.²⁸

Uma década após, o governo Reagan introduziu ainda mais dinheiro nessa guerra, com uma maior utilização de militares e um maior investimento bélico no combate ao tráfico e ao uso de drogas, iniciando-se, assim, uma tentativa de erradicar também o consumo de substâncias entorpecentes. Nesse momento, os números de usuários encarcerados deu um salto, aumentando consideravelmente.²⁹

O principal objetivo dessa política era combater a entrada de drogas nos Estados Unidos, as quais eram produzidas e exportadas por outros países, principalmente do México e da América do Sul.³⁰

Após a adequação interna brasileira ao modelo internacional, foi editado, em 10 de fevereiro de 1967, o Decreto-Lei nº 159/67, o qual igualou, aos entorpecentes, as substâncias que causavam dependência física e/ou psíquica para os fins penais e

²⁶ GRECO FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

²⁷ BRASIL. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Brasília, DF. Presidência da República, 1964. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso: 28 jun. 2019.

²⁸ LOPES, João Eric Mendes. América: as drogas, políticas proibicionistas e uma nova percepção do futuro. **Perspectivas em Políticas Públicas**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 148, jul./dez. 2017.

²⁹ LOPES, João Eric Mendes. América: as drogas, políticas proibicionistas e uma nova percepção do futuro. **Perspectivas em Políticas Públicas**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 149, jul./dez. 2017.

³⁰ LOPES, João Eric Mendes. América: as drogas, políticas proibicionistas e uma nova percepção do futuro. **Perspectivas em Políticas Públicas**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 150, jul./dez. 2017.

de fiscalização e controle.³¹ Quanto a isso, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi salientam: “Nesta matéria, o Brasil foi o segundo país do mundo a enfrentar o problema, considerando tão nocivo quanto o uso de entorpecentes o uso, por exemplo, dos anfetamínicos, ou dos alucinógenos.”³²

Entretanto, houve uma medida radical tomada pelo legislador brasileiro, discrepando dos caminhos adotados por outras nações, ao modificar o artigo 281, do Código Penal, através do Decreto-Lei nº 385/68, pois, embora o entendimento da Corte Superior fosse a não abrangência dos consumidores neste artigo, o referido Decreto incluiu um parágrafo único que equiparava os usuários aos traficantes, criminalizando explicitamente o consumo de entorpecentes.³³ Assim, com a modificação, houve a inclusão do seguinte texto: “nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.³⁴

Embora divergissem as opiniões entre doutrinadores, juristas, psiquiatras, médicos e outros profissionais envolvidos na matéria, o Decreto-Lei nº 385/68 perdurou por cerca de três anos, até a promulgação da Lei nº 5.726/71, a qual renovou a redação de tal artigo. A referida Lei alterou o rito processual; contudo, não alterou o tratamento igualitário imposto ao traficante e ao usuário; muito pelo contrário, acabou por intensificar a repressão, aumentando a sanção em uma pena privativa de liberdade entre 01 a 06 anos.³⁵ Com isso, sua redação ficou da seguinte maneira:

importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar ou ministrar, ou entregar de qualquer forma ao consumo substância entorpecente ou que determine dependência. Nas mesmas penas incorre: quem traz

³¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 65-66.

³² GRECO FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

³³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66.

³⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968**. Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal. Brasília, DF. Presidência da República, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10385.htm. Acesso em: 01 jul. 2019.

³⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

consigo, para uso próprio, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica.³⁶

Quanto a essa nova perspectiva trazida pela referida legislação, é importante destacar a seguinte lição de Salo de Carvalho:

A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de sessenta com a identificação do usuário como dependente (estereótipo de dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo de criminoso).³⁷

Com isso, verifica-se que a discussão do tema ainda era muito ligada ao discurso médico, e, muitas vezes, este se sobrepunha ao discurso jurídico.

Na sequência, a política nacional toma um novo rumo e começa a seguir uma estratégia político-criminal, seguindo os caminhos de países centrais da época, ocorrendo a promulgação da Lei nº 6.368/76. A referida lei traz aspectos importantes, pois é a primeira legislação a dedicar um tratamento diferenciado aos usuários e aos traficantes; porém, seguiu com a criminalização e repressão de ambos, com consequentes penas privativas de liberdade. Ou seja, seguiu criminalizando as duas condutas e as enquadrando como crime, contudo, trouxe uma diferenciação de penas entre os dois crimes.³⁸

Nos dois primeiros capítulos, a referida lei se preocupava com a prevenção e o tratamento do dependente químico, inclusive, indicando a possibilidade de internação hospitalar do dependente, conforme cita o artigo 10: “O tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem”.³⁹

³⁶ BRASIL. **Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971**. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República, 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm. Acesso em: 01 jul. 2019.

³⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

³⁸ HARTMANN, Arlete. **Uso de drogas: crime ou exercício de um direito?**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 37.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República, 1976 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em: 02 jul. 2019.

Em seu artigo 12 fazia menção aos atos destinados ao tráfico de drogas, impondo uma pena de reclusão de 3 a 15 anos, além de pagamento de 50 a 360 dias multa, expondo a seguinte redação:

Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.⁴⁰

Já o artigo 16 caracterizava a criminalização do porte de drogas para uso próprio, impondo uma pena de 6 meses a 2 anos para o seu descumprimento, além do pagamento de 20 a 50 dias multa, contava com a seguinte redação: “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.⁴¹

Em face ao exposto, pode-se verificar que o legislador tentou reprimir ao máximo o tráfico de drogas – com um aumento significativo na pena para quem o cometesse – e uma repressão mais leve ao indivíduo que portava droga para uso pessoal. Quanto ao tema, é importante destacar a lição de Salo de Carvalho:

Os binômios dependência-tratamento e tráfico repressão permeiam a legislação e, apesar de aparecerem integrados no texto, sua conjugação é aparente, pois, na realidade operativa do sistema repressivo, criam dois estatutos proibitivos diferenciados, moldados conforme a lógica médico-psiquiatra ou jurídico-política, disciplinando sanções e medidas autônomas aos sujeitos criminalizados.⁴²

Apesar dessa distinção, percebe-se que não ficava clara a diferença entre os dois dispositivos, pois o enquadramento dependia de circunstâncias do momento da apreensão, muitas vezes ficando dependente da discricionariedade dos agentes

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República, 1976 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em: 04 jul. 2019.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República, 1976 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em: 04 jul. 2019.

⁴² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 75.

públicos que dirigiam o Inquérito Policial ou a instrução processual – problema que persiste, como se verá na sequência, até a legislação atual.

Transcorrendo alguns anos da história, chega-se ao ano de 1988, quando ocorreu a promulgação da Constituição Federal, cujo artigo 5º, XLIII, definiu o tráfico de entorpecentes como crime inafiançável, da seguinte maneira:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.⁴³

Em 2002, com a Lei nº 10.409/02, buscou-se uma inovação, pois a referida lei vinha com o intuito de substituir a anterior, Lei nº 6.368/76, mas, por algumas discordâncias entre parlamentares, alguns aspectos foram vetados. A parte referente aos crimes e penas foi vetada, além do artigo que revogava a lei anterior, ou seja, a parte referente às penas e aos crimes da Lei nº 6.368/76 continuou a ser usada, e nos demais aspectos usavam-se os artigos da Lei nº 10.409/02.⁴⁴

Os referidos vetos foram realizados por uma má redação do capítulo III, em que se descreviam os crimes e as penas. Desse modo, com o intuito de se promulgar a Lei 10.409/02, foram necessárias tais medidas. Nas palavras de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi:

Dada a péssima qualidade no seu aspecto mais importante, qual seja, a definição dos crimes, o Poder Executivo foi obrigado a vetar todo o Capítulo III, 'Dos crimes e das penas'. De forma coerente, o Poder Executivo também vetou o art. 59 do projeto, que disporia sobre a revogação da Lei n. 6.368/76. Isso permitiu-nos concluir que esse diploma continuou em vigor no que não fosse compatível com a então nova lei. A definição de crimes e penas não tinha qualquer incompatibilidade.⁴⁵

Após 30 anos de vigência, a Lei nº 6.368/76 é revogada, ocorrendo a promulgação de uma lei muito mais moderna, que veio para tentar adequar o modelo nacional ao modelo internacional, com objetivos e perspectivas diferentes de

⁴³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jul. 2019.

⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6-7.

⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

todas as leis anteriores, sendo esta a que permanece em vigor até os dias atuais: a Lei nº 11.343/06, que será objeto de análise no tópico subsequente.

2.2 A Lei nº 11.343/06 e os Novos Paradigmas na Política Criminal de Drogas no Brasil

A Lei nº 11.343/06 trouxe algumas mudanças, principalmente na nomenclatura, quando substituiu substância entorpecente que cause dependência física ou psíquica pela palavra droga, tornando-se muito mais abrangente. Outro ponto relacionado à mudança de nomenclatura está no estabelecimento do Sistema Nacional, que antes era descrito como *Antidrogas*, e, agora, foi substituído pela nomenclatura *sobre Drogas*, ou seja, atualmente, é chamado de Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad).⁴⁶

A anteceder conceituações sobre esse novo sistema trazido pela atual legislação, vale expor os objetivos da referida lei, os quais estão descritos em seu 1º artigo da seguinte maneira:

Art 1º- Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.⁴⁷

Além disso, a lei trouxe, no parágrafo único do artigo supracitado, o conceito da palavra droga, definindo-a da seguinte maneira:

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.⁴⁸

⁴⁶ LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da. **Comentários à Nova Lei sobre Drogas: Lei n. 11.343/06**. 1. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 24.

⁴⁷ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 08 jul. 2019.

⁴⁸ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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

Nota-se que a referida legislação optou por descrever droga como substância que cause *dependência*, ao invés de, como acima descrito, substância entorpecente que cause *dependência física ou psíquica*, ficando clara sua maior abrangência. Importante destacar que o órgão competente para determinar quais são essas substâncias é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão pertencente ao Ministério da Saúde, ou seja, para ser considerada substância que cause dependência, deve estar na listagem do referido órgão.

Primeiramente, deve-se ressaltar os papéis que a lei delega ao Sisnad, os quais são descritos do artigo 3º ao 17º. Para Alice Bianchini⁴⁹, as duas principais finalidades do Sisnad são: a de *prevenção* ao consumo de drogas (pouco importante se é um dependente ou não) e a de *repressão* aos produtores e aos traficantes de drogas, que não portem a devida autorização, restando claro de que deve haver um equilíbrio entre os dois objetivos, não podendo um se sobrepor ao outro.

O Decreto nº 5.912/06, em seu artigo 2º, é categórico em elencar os órgãos públicos que integram o Sisnad, sendo eles os seguintes:

Art 2º Integram o Sisnad:

- I- o Conselho Nacional Antidrogas-CONAD, órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Ministério da Justiça;
- II- a Secretaria Nacional Antidrogas-SENAD, na qualidade de secretaria-executiva do colegiado;
- III- o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam atividades de que tratam os incisos I e II do art. 1º:
 - a) do Poder Executivo federal;
 - b) dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, mediante ajustes específicos; e
- IV- as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos.⁵⁰

autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

⁴⁹ BIANCHINI, Alice. TÍTULO II: Do Sistema Nacional de Política sobre Drogas. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 33.

⁵⁰ BRASIL. **Decreto nº 5.912/06, de 27 de setembro de 2006**. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm. Acesso: 09 jul. 2019.

Além desses integrantes, com a promulgação da Lei nº 13.840/19⁵¹, incluíram-se as Comunidades Terapêuticas Acolhedoras ao Sisnad, as quais visam à abstinência e à permanência voluntária, sem haver o isolamento físico do usuário ou dependente.

Já o artigo 4º da Lei nº 11.343/06 expõe uma série de princípios que servem de diretrizes ao Sisnad, da seguinte forma:

Art. 4º São princípios do Sisnad:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵¹ BRASIL. **Lei 13.840/19, de 5 de junho de 2019**. Altera as Leis nºs 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#art4. Acesso em: 18 jul. 2019.

XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.⁵²

Na verdade, o que se observa é que o referido artigo traz normas a serem seguidas pelo Sistema Nacional, em formato de aconselhamento sobre as Políticas Públicas a serem adotadas, conforme discorrem sobre o assunto Edemur Ercílio Luchiarri e José Geraldo da Silva:

Mais do que princípios, o legislador estabeleceu normas programáticas para o Sistema. Princípios são bases que sustentam os pilares de uma estrutura. No caso foram elencadas as Políticas Públicas sob a forma de recomendações. A generalidade dos temas abordados permite amplitude ao Sistema sem prejuízos das atividades em andamento.⁵³

Além disso, a lei traça objetivos para o Sisnad, os quais estão elencados no artigo 5º, da seguinte maneira:

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;

II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;

III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;

IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.⁵⁴

⁵² BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

⁵³ LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da. **Comentários à Nova Lei sobre Drogas: Lei n. 11.343/06**. 1. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 24.

⁵⁴ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

Com isso, chega-se à conclusão de que a Lei nº 11.343/06 traz, como uma das principais novidades, um Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas que possui finalidades específicas, com princípios – ou recomendações – a serem seguidos(as), objetivos a serem alcançados e que serão desempenhados por órgãos já determinados pela legislação nacional.

O segundo principal objetivo que a Lei nº 11.343/06 busca é dividido em três metas, quais sejam, a prevenção do uso indevido, a atenção de usuários e dependentes de drogas e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

A primeira meta, denominada de prevenção, que está descrita no artigo 18, determina que devam ser aplicadas medidas para a prevenção do uso indevido de drogas, direcionando essas metas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco, além da promoção e o fortalecimento de fatores protetivos.⁵⁵

Essa prevenção pode ser para impedir um primeiro contato com a droga; para evitar que usuários que façam uso esporádico tornem-se usuários frequentes; para repelir que o uso de drogas se torna uma dependência ou um problema na vida dos usuários.

Quanto à redução dos fatores de vulnerabilidade e risco, pode-se descrever que a lei tem o intuito de auxiliar as pessoas que estão em situação de vulnerabilidade e riscos ligados às drogas, não somente os usuários, mas a comunidade como um todo e, com isso, auxiliar-se-á os problemas relacionados a ela (substância entorpecente).

Já a promoção e o fortalecimento de fatores protetivos seriam a realização de programas que desenvolvam atividades que tragam uma maior consciência para as pessoas sobre o uso de drogas e seus efeitos, deixando clara a preocupação em fortalecer o investimento nessas atividades.

O artigo 19 cita uma série de medidas a serem tomadas com o intuito de que seja alcançada a referida prevenção ao uso indevido de drogas, sendo importante mencioná-las para uma melhor compreensão:

⁵⁵ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 11 jul. 2019.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad;

XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.⁵⁶

Apesar de a Lei nº 11.343/06 preocupar-se com a prevenção ao uso indevido de drogas, promovendo medidas a serem seguidas para que se alcance essa prevenção e, conseqüentemente, traga uma maior consciência à população e aos

⁵⁶ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 11 jul. 2019.

usuários, a legislação não trouxe os meios para a aplicação dessas medidas, falhando nesse ponto e ocasionando uma pouca aplicação de referidas medidas preventivas que poderiam trazer enormes pontos positivos. Quanto a isso, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi salientam:

Não há dúvida de que no enfrentamento do problema do uso indevido de drogas, a prevenção ocupa papel importante. O artigo relaciona medidas que, se implementadas, podem trazer benefícios, uma vez que se encontram na linha mais moderna de políticas públicas de prevenção. Pecam, todavia, por serem apenas hipotéticas, porque, como costuma acontecer no País, não vêm acompanhadas dos meios para serem implementadas. Falta, na lei, e em outras como, por exemplo, a do crime organizado, a cláusula financeira, isto é, a alocação de recursos para custear as medidas.⁵⁷

A segunda meta é denominada de atenção de usuários e dependentes de drogas. Quanto à referida meta, a lei dispõe da seguinte maneira:

Art. 20. Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.⁵⁸

Pode-se notar que o artigo supracitado menciona sobre uma atenção não voltada unicamente aos usuários e dependentes, mas também aos familiares, que estão, na maioria das vezes, tão envolvidos ao caso quanto eles.

Ademais, vê-se que essa atenção está voltada para três caminhos específicos, sendo eles os seguintes: melhoria da qualidade de vida, redução dos riscos e redução de danos advindos do uso de drogas.

Quanto à melhora da qualidade de vida, seria a melhoria de questões essenciais para a vida dos usuários, dependentes e seus familiares; possíveis internações em locais adequados e medidas assistencialistas, psicológicas, psiquiátricas e outras que se fizerem necessárias.

⁵⁷ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37-38.

⁵⁸ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 16 jul. 2019.

A redução de riscos associados ao uso de drogas é definida por Alice Bianchini da seguinte maneira:

Os fatores de risco são de inúmeras ordens: individuais, familiares, escolares etc. Todos devem, igualmente, ser motivo de preocupação por parte daqueles que lidam com atividades de atenção ao usuário ou dependente de droga.⁵⁹

Também podem fazer parte da atuação da redução de riscos as ações sobre as causas que geram um aumento na probabilidade do uso por parte dos usuários.

Por fim, está o caminho da redução de danos advindos do uso de drogas. Ela é uma política adotada pela maioria das políticas de drogas seguidas em países na atualidade, sendo o modelo mais moderno na tratativa de usuários de entorpecentes e o que vem dando mais resultados, principalmente em países europeus.⁶⁰ A referida política provém do artigo 196 da Constituição Federal, o qual é descrito da seguinte maneira:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁶¹

Vale lembrar que essa política foi implementada no ano de 2002 no Brasil, através do Plano Nacional Antidrogas, elaborado pela Secretaria Nacional Antidrogas, isto é, já é um dos meios adotados pelo país há cerca de 17 anos. Essa política busca reduzir os danos vinculados ao uso de drogas em pessoas que não podem ou não querem parar de fazer seu uso, sendo direcionada à prevenção dos danos e não à prevenção do uso.⁶²

⁵⁹ BIANCHINI, Alice. Capítulo II: Das atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas. *In*: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 90.

⁶⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 73-74. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

⁶¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jul. 2019.

⁶² RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São

Segundo a International Harm Reduction Association (IHRA), a definição da política de redução de danos é a seguinte:

Redução de Danos se refere a políticas, programas e práticas que visam primeiramente reduzir as consequências adversas para a saúde, sociais e econômicas do uso de drogas lícitas e ilícitas, sem necessariamente reduzir o seu consumo. Redução de Danos beneficia pessoas que usam drogas, suas famílias e a comunidade.⁶³

Com isso, observa-se que essa política aceita a existência do uso de drogas e não tenta combatê-la, mas tenta reduzir os riscos que o uso imoderado podem gerar. Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues cita as estratégias de tal política:

A política de redução de danos, além de incentivar o uso seguro, concebe outra estratégia: o tratamento voluntário de desintoxicação por meio de programa de substituição de drogas ilícitas por outras substâncias ilícitas e menos perigosas. O exemplo mais comum é o da substituição da heroína injetável pela metadona ou de outras substâncias, como buprenorfina. A substituição é uma forma de tratamento médico para dependentes de opiáceos (em especial de heroína) baseada na utilização de substância semelhante ou idêntica à droga normalmente consumida como forma de reduzir os riscos desse consumo e facilitar o processo de desintoxicação. Pode ter duas formas: i) manutenção, em que se fornece ao paciente uma quantidade suficiente para reduzir comportamentos de risco e danos relacionados com o consumo; ii) desintoxicação, em que a quantidade de droga é reduzida gradualmente até ser atingido o consumo zero.⁶⁴

Esta política usa estratégias que buscam uma terapia de substituição gradativa de uma droga que cause um dano maior por uma que cause um dano menor, objetivando uma maior qualidade de vida ao usuário. Para Salo de Carvalho⁶⁵, esse método reconhece o usuário ou dependente de droga como um

Paulo, São Paulo, 2006. p. 77. Disponível em:

<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

⁶³ INTERNATIONAL HARM REDUCTION ASSOCIATION. **O que é redução de danos?**: uma posição oficial da Associação Internacional de Redução de Danos (IHRA). Londres: International Harm Reduction Association, 2010. Disponível em: https://www.hri.global/files/2010/06/01/Briefing_what_is_HR_Portuguese.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

⁶⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 72. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

⁶⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 258.

sujeito com capacidade de diálogo, que detém direito de fala e escuta. Isto é, ele dá o direito do usuário participar e buscar sua recuperação junto aos órgãos competentes e que podem o ajudar, sem que seja reprimido ou forçado a buscar sua recuperação.

Por fim, a última meta do segundo principal objetivo da Lei de Drogas é a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, a qual vem descrita no artigo 21 da seguinte maneira:

Art. 21. Constituem atividades de reinserção social do usuário ou do dependente de drogas e respectivos familiares, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para sua integração ou reintegração em redes sociais.⁶⁶

O referido artigo expõe que deve haver uma reinserção do dependente químico e de seus familiares, isto é, deve ser recolocado na sociedade, pois já pertencia a ela, mas por motivos ligados ao uso de drogas, foi afastado de tal ambiente. Além disso, a família pode servir como referência para a melhora na qualidade de vida do dependente, podendo ajudar em uma possível recuperação. Para Alice Bianchini⁶⁷, as atividades de reinserção devem procurar elaborar seus trabalhos baseados em: acolhimento, cooperação, disponibilidade, respeito às diferenças, tolerância e generosidade.

Quanto à atenção e à reinserção dos usuários, a lei expõe uma série de princípios a serem seguidos, trazendo medidas a serem trilhadas, como ocorreu para situações anteriormente expostas. É o que dispõe o artigo 22:

Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes:
I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social;

⁶⁶ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

⁶⁷ BIANCHINI, Alice. TÍTULO II: Do Sistema Nacional de Política sobre Drogas. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 97.

- II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais;
- III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde;
- IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais;
- V - observância das orientações e normas emanadas do Conad;
- VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.
- VII - estímulo à capacitação técnica e profissional;
- VIII - efetivação de políticas de reinserção social voltadas à educação continuada e ao trabalho
- IX - observância do plano individual de atendimento na forma do art. 23-B desta Lei;
- X - orientação adequada ao usuário ou dependente de drogas quanto às consequências lesivas do uso de drogas, ainda que ocasional.⁶⁸

Igualmente aos princípios estabelecidos à prevenção ao uso indevido de droga, a legislação não trouxe os meios para a aplicação dessas medidas, falhando neste ponto e ocasionando uma pouca aplicação delas.

Ademais, com a promulgação da Lei nº 13.840/19, ocorreu a inclusão, no capítulo referente às atividades de atenção e reinserção de usuários e dependentes, da seção denominada de “Do Tratamento do Usuário ou Dependente de Drogas”.⁶⁹ Na referida seção é exposto que o tratamento do usuário ou dependente será realizado ambulatoriamente ou por internação voluntária ou não na rede de atenção à saúde ou hospitais gerais.

Essas modalidades de internação são descritas da seguinte maneira:

Art. 23. § 3º. São considerados 2 (dois) tipos de internação:

⁶⁸ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

⁶⁹ BRASIL. **Lei 13.840/19, de 5 de junho de 2019**. Altera as Leis nºs 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#art4. Acesso em: 18 jul. 2019.

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do dependente de drogas;

II - internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida.⁷⁰

Além disso, a lei supracitada cita o regramento que as internações devem observar, quais sejam:

§ 5º A internação involuntária:

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

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

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

IV - a família ou o representante legal poderá, a qualquer tempo, requerer ao médico a interrupção do tratamento.⁷¹

Importante destacar que a internação involuntária vai totalmente na contramão de um dos caminhos adotados pela Lei nº 11.343/06, que foram expostos anteriormente, bem como contraria a política adotada pelos países europeus, a qual é considerada como a mais avançada e efetiva do planeta, denominada de *política*

⁷⁰ BRASIL. **Lei 13.840/19, de 5 de junho de 2019**. Altera as Leis nºs 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#art4. Acesso em: 18 jul. 2019.

⁷¹ BRASIL. **Lei 13.840/19, de 5 de junho de 2019**. Altera as Leis nºs 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#art4. Acesso em: 18 jul. 2019.

de redução de danos, isto é, verifica-se que a nova lei é um retrocesso quanto aos avanços já alcançados pela legislação de drogas do país.

Outros pontos importantes a serem destacados quanto ao acima exposto, é que, com a nova lei, o usuário ou dependente poderá ser internado involuntariamente sem autorização judicial, apenas com um aval de um médico, e, também, não necessitará que a solicitação seja realizada por familiar ou responsável legal, pois poderá ser apresentada por servidor da área da saúde, assistência social ou de órgãos integrantes do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Além disso, ele poderá ficar internado, contra a sua vontade, por um período de 90 dias, o que também poderá atrapalhar no tratamento que se busca com tais internações, pois uma das principais características das internações de dependentes químicos é a voluntariedade.

Por fim, o terceiro – e último – grande objetivo da lei é a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Primeiramente, importante destacar que a lei exige licença da autoridade competente para a produção, extração ou fabricação de drogas ou das matérias-primas para suas preparações, isto é, a lei não proíbe que o indivíduo realize os atos anteriormente descritos, porém exige a licença dos órgãos competentes, ficando a cargo da União a liberação da referida licença, conforme expõe o artigo 31:

Art. 31. É indispensável a licença prévia da autoridade competente para produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação, observadas as demais exigências legais.⁷²

Com isso, observa-se que a lei deixa claro o seu objetivo de reprimir a produção de drogas não autorizada, estabelecendo que, para que ocorra sua produção, o indivíduo necessitará de uma licença que o autorize.

⁷² BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 22 jul. 2019.

Já quanto à repressão ao tráfico de drogas, a lei proíbe não só a venda sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, mas a entrega gratuita ao consumidor também. O artigo 33 dispõe:

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.⁷³

Após observar o artigo supracitado, verifica-se que, caso o indivíduo pratique algum dos 18 verbos nucleares descritos, estará enquadrado no tráfico de drogas e incorrerá a uma pena entre 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1.5000 dias-multa; porém, não basta apenas praticar, mas deve ter o intuito de destinar a droga à terceiro.⁷⁴

Ademais, a lei deixa estabelecido que incorre nas mesmas penas quem, apesar de não estar diretamente envolvido com a venda ou entrega da droga, mas quem participa da fabricação, preparação ou até a colheita da droga, ou seja, quem adquire e repassa de alguma maneira a matéria prima, é o que estabelece o § 1º da artigo 33, da seguinte maneira:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização

⁷³ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 22 jul. 2019.

⁷⁴ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 22 jul. 2019.

ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.⁷⁵

Desse modo, a lei deixa clara sua preocupação, também, em reprimir e impedir qualquer meio de produção de drogas, pois equipara sua pena a pena do tráfico de drogas. Além disso, a lei proíbe o incentivo de terceiro ao uso de drogas, o fornecimento gratuito a pessoa de seu relacionamento e a fabricação ou distribuição de qualquer maquinário ou aparelho destinado à fabricação de drogas.

Não obstante isso, verifica-se que a lei sempre exige a realização da conduta sem autorização ou em desacordo com determinação legal para que haja a tipificação dos artigos acima descritos, não bastando que o indivíduo apenas os pratique, pois, caso esteja portando autorização, poderá praticá-los.

Assim, observa-se que a lei busca reprimir ao máximo tanto o tráfico de drogas quanto a produção de drogas não autorizados ou em desacordo com determinação legal, pois estabelece uma pena significativamente alta que, apesar de grande variação entre a pena mínima e a máxima, pode chegar a 15 anos. Ou seja, a lei deixa totalmente cristalina a busca por seu objetivo (como anteriormente definida a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas) ao estabelecer uma pena tão dura em caso de descumprimento do estabelecido em lei.

Quanto ao bem jurídico tutelado, a partir de todo o exposto neste capítulo, percebe-se que o legislador busca a proteção à saúde pública, visando ao direito coletivo à saúde e protegendo a integridade social. Segundo Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

A lei de drogas tutela a saúde pública como bem transindividual, da coletividade. A vítima não é o usuário que adquire a droga de traficante, mas é o Estado, especificamente a saúde pública. Portanto, no caso de se vender droga a alguém para consumo próprio, o adquirente não é a vítima do tráfico, mas, sim, o Estado (saúde pública), que figura como sujeito passivo imediato, eis que a conduta 'adquirir para uso próprio' também constitui ato ilícito. A preocupação da lei na criminalização do tráfico não é a de evitar os

⁷⁵ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 22 jul. 2019.

males causados pela droga àqueles que a consomem, mas o de evitar risco à integridade social que os entorpecentes acarretam.⁷⁶

Ante o exposto, observa-se que o proibicionismo anteriormente descrito não almeja a proteção do usuário em si, mas tenta proteger a saúde pública, coibindo o traficante de vender drogas à população para que o usuário não necessite utilizar a saúde pública para tratar de alguma moléstia advinda do uso de drogas ou de qualquer consequência que o uso de drogas possa trazer à coletividade.

Com isso, chega-se à conclusão de que a lei em questão trouxe novas perspectivas, ocorrendo uma maior repressão ao tráfico e à produção de drogas não autorizadas e um chamado discurso médico-jurídico em relação ao usuário, mantendo-se o proibicionismo da lei anterior, porém criando-se alternativas de *medidas terapêuticas penais* ao usuário – as quais serão melhores expostas no próximo capítulo – e criando uma diferenciação maior no tratamento penal entre eles. Desse modo, impôs-se uma política de abstinência ao usuário e uma repressão máxima ao tráfico de entorpecentes.

Conforme leciona Salo de Carvalho:

Apesar de fundada na mesma base ideológica da Lei. 6.36/76 (ideologia da diferenciação), é possível estabelecer importantes distinções entre os estatutos criminais. Se na Lei. 6.368/76 há nítida sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico pela instauração do discurso de eliminação do traficante (inimigo interno), cujo efeito foi densificar a repressão ao comércio ilícito e suavizar a resposta penal ao usuário e dependentes – notadamente após a edição da Lei 9.099/95 –, a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.⁷⁷

Desse modo, a lei trouxe algumas perspectivas que se enquadram nas políticas internacionais de drogas mais modernas, contudo, ainda se observa alguns pontos polêmicos e nebulosos – que serão abordados na sequência.

⁷⁶ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 32.

⁷⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141.

2.3 Uso de Drogas no Brasil: Descriminalização ou Despenalização?

Apesar de a Lei nº 11.343/06 dedicar seus primeiros títulos aos usuários, objetivando a prevenção ao uso indevido de drogas, a atenção ao usuário – visando a uma melhor qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas –, a sua reinserção social e o seu tratamento, o artigo 28 aplica algumas medidas ao indivíduo que porta a droga para uso próprio. O dispositivo legal encontra-se redigido da seguinte maneira:

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.⁷⁸

Entretanto, a grande discussão acerca deste artigo é se houve uma descriminalização ou uma despenalização do porte para uso pessoal. Para Luiz Flávio Gomes⁷⁹, o porte de drogas para consumo próprio continua sendo uma conduta ilícita (infração *sui generis*). Contudo, o autor entende que ocorreu uma descriminalização formal, isto é, a posse não deixou de ser uma infração, mas deixou de ser formalmente um crime.

Gilberto Thums e Vilmar Pacheco⁸⁰, por sua vez, sustentam que houve uma descriminalização; porém não ocorreu a liberação ou legalização das condutas do usuário de entorpecentes.

⁷⁸ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁷⁹ GOMES, Luiz Flávio. Capítulo III: Dos crimes e das penas. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 119.

⁸⁰ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 53.

Feitas essas considerações, importante verificar a descrição do conceito de despenalização citado por Luciana Boiteux Figueiredo Rodrigues:

A despenalização constitui uma estratégia alternativa intermediária de política criminal de drogas, situada entre o proibicionismo e os modelos alternativos, caracteriza-se pela redução das possibilidades legais de imposição de pena de prisão ao usuário de entorpecentes. Apesar de manter a essência do controle penal sobre as drogas, notadamente sobre o tráfico, reduz o impacto da repressão, ou mesmo exclui a possibilidade da punição das condutas de uso e posse.⁸¹

O entendimento da maioria doutrinária, inclusive do Supremo Tribunal Federal⁸², é de que houve uma despenalização quanto ao porte de drogas para uso pessoal, pois, apesar de manter o controle penal sobre as drogas, impossibilitou-se a imposição de pena restritiva de liberdade aos usuários de drogas.

Paulo Queiroz é um dos doutrinadores que segue esse entendimento:

Por conseguinte, ao não cominar pena privativa da liberdade, o art. 28 não implicou abolição criminis, mas simples despenalização, isto é, manteve a criminalização, mas optou por vedar a pena privativa da liberdade.⁸³

Da mesma forma, Davi André Costa Silva defende que houve a despenalização da conduta descrita no artigo 28, da Lei nº 11.343/06:

Em épocas de justiça consensual, onde se busca ao máximo a evitabilidade da prisão, o legislador preferiu adotar essa postura com intenção de abrandar o tratamento dado aos usuários, conferindo às

⁸¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 82. Disponível em:

<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2019.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Questão de ordem em Recurso Extraordinário 430150/RJ**. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica do crime. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal da Comarca de Rio de Janeiro e Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Sepúlveda Pertence, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso em: 09 out. 2019.

⁸³ QUEIROZ, Paulo. Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização. In: PAULO QUEIROZ. [S.l.], 28 jul. 2010. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenalizacao/>. Acesso em: 30 out. 2019.

sanções a roupagem de *medidas educativas* (art. 28, § 6º), com a nítida intenção de *despenalizar* a conduta.⁸⁴

Jorge Assaf Maluly entende que o *abrandamento* da pena revela que, de fato, ocorreu a despenalização da posse de drogas para uso pessoal:

Dessa forma, não importando o argumento que se adote, a manutenção da classificação de crime ou adoção de uma terceira classificação pelo denominado sistema tripartido, a punição da conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 somente com penas alternativas não retira o seu caráter criminoso, devendo-se falar, em verdade, na ocorrência de uma despenalização, em virtude do abrandamento das penas.⁸⁵

A lei ora em discussão retirou a pena de prisão quanto ao porte de drogas para uso pessoal, porém impôs o que se pode chamar de *medidas terapêuticas penais*. Em razão disso, pode-se afirmar que não houve uma descriminalização quanto ao uso e à posse de drogas no ordenamento jurídico atual – processo defendido por políticas de redução de danos em muitos outros países –, mas sim a chamada *despenalização*.

Assim afirma Fernando Gerson:

Adotou o legislador o paradigma informativo da inexistência de justificativas ressocializadoras para a efetivação da restrição da liberdade física em relação ao indivíduo meramente usuário, afastando-se do viés meramente punitivista, posto que de pouca relevância o dano a um bem jurídico coletivo realizado pelo agente que adquiri, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, somente para consumo pessoal, drogas sem autorização ou determinação normativa, permitindo, assim, uma aproximação maior ao escopo primordial da ressocialização do consumo e da prevenção do ilícito, mediante mecanismos de Direito, porquanto, como já referido, no tocante à posse de drogas, o legislador não descriminalizou a conduta, mas continuou e manteve o aprimoramento do processo de despenalização [...]⁸⁶

⁸⁴ SILVA, Davi André Costa. Art. 28 da Lei nº 11.343/06. Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1175, 19 set. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8949>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸⁵ MALULY, Jorge Assaf. Lei 11.343/06. A despenalização da posse de drogas para o consumo pessoal. *In*: CONAMP. Brasília, DF, 25 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/417-lei-11-343-06-a-despenalizacao-da-posse-de-drogas-para-o-consumo-pessoal.html>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸⁶ GERSON, Fernando. O novo sistema nacional de políticas públicas sobre drogas e flexibilização do modelo criminal repressivo. *In*: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008. p. 146.

E, apesar da possibilidade de aplicação dessas medidas, não pode o usuário ser recluso por adquirir, guardar, ter em depósito transportar ou trazer consigo droga para seu próprio consumo, deixando ainda mais claro que houve a despenalização acima descrita. Conforme leciona Elisângela Melo Reghelin:

Apesar do uso de drogas permanecer previsto na novel legislação de drogas – que tem mérito de unificar a parte material e a parte processual da matéria, revogando os retalhos das Leis nº 6.368/76 e 10.409/02 – inexistente qualquer previsão de sanção privativa de liberdade. Isto significa uma nova (mas não suficiente) despenalização a partir do próprio diploma, e enseja a aplicação de medidas, dentre as quais, a “advertência”, novidade nesta seara, a prestação de serviço à comunidade e a medida de comparecimento a programa ou curso educativo.⁸⁷

Dito isso, verifica-se que, de fato, o legislador excluiu a possibilidade de reclusão do usuário de entorpecentes, contudo, manteve a matéria sobre o controle penal. Apesar do artigo 28 trazer uma série de *medidas educativas*, não há a coerção para seu cumprimento, o que é denominado, por muitos doutrinadores, como uma *banalização do Direito Penal*, pois, não obstante estabelecer as referidas medidas, não impõe uma sanção capaz de garantir que os usuários as cumpram.

Essa expressão é utilizada pelo fato de que o artigo 28 estabelece que, caso haja o descumprido do referido artigo, serão aplicadas as medidas de advertência dos efeitos das drogas; de prestação de serviço à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, podendo ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, e, em caso de descumprimento, o magistrado poderá aplicar admoestação verbal ou multa, sucessivamente.⁸⁸

Cabe ressaltar que o tempo máximo de prestação de serviço à comunidade que poderá ser aplicado é de 5 meses; porém, se o sujeito for reincidente, o prazo poderá dobrar, podendo chegar a 10 meses.⁸⁹

⁸⁷ REGHELIN, Elisângela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. In: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008. p. 95.

⁸⁸ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 27 jul. 2019.

⁸⁹ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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

O grande problema é que, caso essa multa aplicada em razão do descumprimento da medida imposta não seja paga, não se pode realizar a prisão do usuário ou dependente, tendo em vista que ela é apenas um meio de coerção para o cumprimento das medidas elencadas no artigo 28, isto é, ela se torna extremamente *ineficaz penalmente*.

Nesse caso, caberá, apenas, a execução através do rito dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/1995), podendo gerar, na ausência do pagamento, dívida ativa que será executada pela Fazenda Pública, conforme explica Renato Brasileiro de Lima:

Portanto, a pena de multa deve ser cumprida mediante pagamento na Secretaria do próprio Juizado Especial Criminal, caso não seja efetuado o pagamento da multa, deverá a Procuradoria Fiscal proceder à execução da pena de multa, nos termos da nova redação do art. 51 do Código Penal.⁹⁰

Não havendo o adimplemento ou a execução restar infrutífera, prescreverá em dois anos e, conseqüentemente, ocorrerá a extinção da punibilidade. Logo, pode-se afirmar que a grande consequência dessa escolha feita pelo legislador é que o Poder Judiciário acaba por substituir o papel do Poder Executivo, delegando ao magistrado exercer o trabalho que deveria ser exercido pelas políticas públicas do Poder Executivo. Nesse sentido é o que expõem Gilberto Thums e Vilmar Pacheco:

Em suma, as funções de prevenção e tratamento de viciados são e devem ser do Poder Executivo, consistentes em políticas públicas para amenizar os efeitos nefastos que a disseminação da roga provoca à saúde pública. Todavia, através da presente lei, foi transferido ao Poder Judiciário a tarefa que caberia ao Executivo, com a diferença de que a conduta praticada pelo usuário recebe a denominação de crime, e cabe à polícia agir para tirar o viciado da rua e não aos funcionários que originariamente teriam essa função. Cabe ao juiz a tarefa de conselheiro e educador. Os viciados vão debochar ou ridicularizar as providências judiciais e vão exigir que sejam tratados como 'educandos' e não 'acusados', 'indiciados', 'réus', etc. [...]

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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 27 jul. 2019.

⁹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 991.

Duvidamos que o Judiciário desempenhe as funções administrativas que lhe foram conferidas no 'tratamento' dos viciados. Isso porque o legislador não teve a coragem de assumir, perante a opinião pública, o verdadeiro objetivo pretendido com relação ao consumo de drogas: a descriminalização. Comodamente, o Legislativo e o Executivo 'lavaram as mãos' quanto ao problema grave do consumo de drogas e deixaram uma verdadeira 'batata quente' nas mãos do Judiciário. Não foi um jogo honesto.⁹¹

Com isso, percebe-se que o Poder Judiciário não cumpre e não deve cumprir o papel de combater o uso imoderado de drogas, sendo este dever de órgãos públicos do Poder Executivo que devem desenvolver políticas públicas com este fim, que, inclusive, seriam muito mais efetivas do que delegar ao Poder Judiciário, principalmente ao Direito Penal. Isto é, o modelo atual não consegue alcançar nenhum dos objetivos almejados pela Lei de Drogas ao lidar com os usuário e dependentes de drogas.

Nesse sentido, é o que conclui Charles Emil Machado Martins:

De fato, a atual lei antidrogas, conquanto possa ter sido recebida com alvissaras pelos defensores da liberalização, insiste em associar a drogadição ao crime, enquanto objetivamente consiste em nada louvável manejo simbólico do Direito Penal, pois ao tornar inexecuível a punição e não prever meios concretos de educação e tratamento, acaba por estimular, ainda mais, a prática que (supostamente) pretendeu combater, com graves prejuízos para a sociedade brasileira, que permanece alheia a essa política criminal 'ilusionista'. Vale dizer, mirando o público externo (leia-se eleitores e, quiçá, a comunidade internacional) o discurso oficial é que no Brasil a posse de drogas para uso pessoal é crime punido de forma 'humana' pela legislação. Entretanto, para aqueles que labutam dentro do sistema de justiça, seja penal, cível ou menorista, a sensação é que tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo omitem-se, não tratando o assunto com a necessária seriedade.⁹²

Pode-se notar que há uma grande crítica quanto à omissão tanto do Poder Executivo quando do Poder Legislativo, pois tentam colocar todas as resoluções dos problemas relacionados às drogas nas mãos do Poder Judiciário, como se ele, única e exclusivamente, fosse capaz para tal e, dessa maneira, eximem-se de suas obrigações.

⁹¹ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 53.

⁹² MARTINS, Charles Emil Machado. *Uso de drogas: Crime? Castigo?*. In: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008. p. 85.

Apesar de o bem jurídico tutelado pela legislação de drogas ser a proteção da saúde pública, conforme anteriormente exposto, não se verifica que esse bem jurídico seja afetado com o porte de drogas para próprio consumo. Dessa maneira, é o que afirmam André Luis Callegari e Miguel Tedesco Wedy:

O que importa é demonstrar, contra a opinião dominante, a ausência de razoabilidade, eficiência e justiça da punição do consumidor de drogas, seja o usuário eventual, seja o dependente. Não há ofensividade ou resultado desvalioso decorrente da sua conduta. Segundo a Lei de Drogas, o bem jurídico a ser protegido quando da punição do usuário seria a 'saúde pública'. Mas qual a 'saúde pública' que é agredida, senão apenas a própria integridade física do usuário?⁹³

Isto é, o usuário não alcança a saúde pública, afetando, apenas, a sua própria saúde física e emocional, ou seja, não afeta interesses ou bens jurídicos alheios. Nesse sentido, é o que leciona Maria Lúcia Karam:

Ora, é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo. Nesta linha de raciocínio, não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal.⁹⁴

Quanto ao fato do porte de drogas para uso pessoal não afetar bens jurídicos alheios, não pode o Direito atingir esses referidos bens, pois estes não afetam a terceiros, isto é, ela é uma conduta privada e não deve ser afetada ou impedida pelo âmbito jurídico, muito menos pelo Direito Penal, mantendo-se o princípio da lesividade como parâmetro para esse entendimento. É neste sentido o que expõe Maria Lúcia Karam:

Das condutas privadas, ou seja, aquelas que não afetam bens ou interesses de terceiros, não se pode dizer que sejam permitidas ou

⁹³ CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. Uso de drogas, eficiência e bem jurídico. *In*: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008. p. 17.

⁹⁴ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 1. ed. Niterói: Luam, 1991. p. 125-126.

proibidas juridicamente, não cabendo dar a elas qualificação jurídica, na medida em que, por sua própria definição, o Direito não deve alcançá-las.

É nesse sentido que, ao estabelecer normas proibitivas para proteção de determinados bens jurídicos, o Direito Penal tem que, necessariamente, ter em conta a repercussão na esfera de terceiros das condutas que irá criminalizar, não podendo, em qualquer hipótese, esquecer da necessária diferença entre Direito e Moral, entre crime e pecado.

Este é o fundamento básico da inadmissibilidade de criminalização da posse de drogas para uso pessoal, que, inegavelmente, é uma conduta privada.⁹⁵

Para Maria Lúcia Karam⁹⁶, o usuário só poderá ser punido caso, em algum momento, se torne traficante, pois, nesse momento, ele não estará mais em sua esfera individual e sim afetando bens jurídicos de terceiros.

Com isso, verifica-se que nem o ordenamento jurídico, muito menos o Direito Penal, deve interferir em algo que condiz apenas com a privacidade de determinada pessoa, ou seja, com algo que afete a saúde do próprio usuário e não afete a saúde dos demais. Se nosso sistema jurídico adotasse entendimento diverso, deveria coibir a autolesão e a tentativa de suicídio. Seguindo essa linha de pensamento, é o que elucida Arlete Hartmann:

Ora, todo o nosso sistema penal estabelece que cada pessoa pode fazer com a sua saúde o que melhor lhe convém – não há penalização para a tentativa de suicídio, nem para a autolesão, tampouco pode o Estado invadir a vida privada, reprimindo o uso de entorpecentes enquanto esta atitude não invadir a esfera do bem comum, de terceiros.⁹⁷

Diante disso, chega-se ao ponto de que é defendido, por nossa Constituição Federal, o direito à vida privada e à intimidade a cada indivíduo que compõe nossa sociedade, evitando intromissões irrelevantes por parte do Estado. Assim, busca-se o preceito constitucional da proporcionalidade, em que o cidadão não pode ser penalizado por algo que não afeta o âmbito público. Esse que é o entendimento de Arlete Hartmann:

Quanto à questão dos princípios implícitos ao direito à privacidade, podemos também incluir como corolário o preceito constitucional da

⁹⁵ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 1. ed. Niterói: Luam, 1991. p. 122.

⁹⁶ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 1. ed. Niterói: Luam, 1991. p. 136.

⁹⁷ HARTMANN, Arlete. **Uso de drogas: crime ou exercício de um direito?**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 55.

proporcionalidade, visto que dentro de seu contexto, ele exige que o particular fique preservado de intervenções desnecessárias e excessivas; uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público.⁹⁸

A não intromissão do Estado nas decisões particulares do indivíduo está claramente consubstanciada no direito à privacidade e no direito à intimidade, sendo estes direitos fundamentais de extrema importância. E, segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, são definidos da seguinte maneira:

O *direito a privacidade* esta ligado à exigência do indivíduo encontrar-se protegido na sua solidão, na sua paz e equilíbrio, sendo a reclusão periódica uma necessidade da vida moderna, até mesmo como saúde mental. Além disso, a privacidade é condição para o correto desenvolvimento da personalidade. Certo é que a divulgação de erros e/ou dificuldades acaba por inibir ou mesmo aniquilar os esforços de autossuperação. Razão pela qual a esfera da privacidade visa a fornecer um ambiente de tranquilidade emocional fundamental para uma autoavaliação e a revisão de metas e objetivos pessoais.[...]

Para muitos constitucionalistas, ainda, é possível traçar uma distinção entre o direito à *privacidade* e direito à *intimidade*. O primeiro é o direito à vida privada, no qual se estabelecem os relacionamentos familiares, de lazer, negócios, amorosos etc. A intimidade é ainda um núcleo menor, que perpassa e protege até essas relações mais íntimas ou pessoais. Se, no primeiro, as relações pessoais são ocultas do público, no segundo, temos uma proteção até mesmo contra atos das pessoas amis próximas a nós.⁹⁹

Pode-se notar que esses direitos constitucionais visam a defender as escolhas individuais e impedir que uma norma criminalizadora imponha padrões a serem seguidos, conforme expõe Salo de Carvalho:

Os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam em nossa Constituição o postulado da secularização que garante a radical separação entre direito e moral. Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais e impuser padrões de comportamentos que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo, da tolerância e do respeito à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre seus atos (autonomia), desde

⁹⁸ HARTMANN, Arlete. **Uso de drogas: crime ou exercício de um direito?**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 54.

⁹⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 328 e 330.

que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros.¹⁰⁰

Desse modo, busca-se impedir preconceitos morais e intolerâncias quanto às opções individuais, garantindo que as pessoas possam fazer suas opções no âmbito individual livremente. Logo, qualquer norma criminal que fira a opção individual está contrariando o direito constitucional à intimidade e à vida privada.

Destarte, o bem jurídico deve sempre seguir preceitos constitucionais, estando diretamente ligado a eles e, dessa maneira, limitar o legislador ordinário. Ou seja, a Magna Carta deve sempre servir de orientação para o Poder Legislativo. É o que ensina Luiz Regis Prado:

Nesse contexto, a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor uma certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal. A tarefa legislativa há de estar sempre que possível vinculada a determinados critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia. Há, por assim dizer, uma limitação nomológica em relação a matéria A linha reguladora constitucional de ordem hierarquicamente superior deve servir para impor contornos inequívocos ao direito de punir.¹⁰¹

Isto é, para que haja a criminalização de alguma conduta, ela deve estar alinhada com a norma constitucional. A Constituição é a lei maior e todas as leis devem estar uniformizadas com seus princípios, assim, pelo fato de os direitos à privacidade e à intimidade serem considerado direitos fundamentais, qualquer norma que os contrarie será considerada inconstitucional.

Assim, verifica-se que, primeiramente, a proibição da posse de drogas para uso pessoal não consegue alcançar o bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/06, qual seja, a *saúde pública*. Ou seja, não há que se falar em alcance do bem jurídico tutelado quando da proibição do porte de drogas para uso próprio.

Além disso, há um confronto entre esse bem jurídico e os direitos constitucionais expostos e, entre os dois, prefere-se ao hierarquicamente superior, sendo este o direito constitucional. Desse modo, observa-se que o referido bem

¹⁰⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 409-410.

¹⁰¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 73.

jurídico contraria direitos fundamentais da Constituição e, conseqüentemente, deve ser considerado inconstitucional.

2.4 Os Efeitos do Proibicionismo e da Repressão às Drogas

A máxima repressão às drogas teve partido no chamado *war on drugs*, o qual se iniciou nos Estados Unidos em 1973, no governo Nixon, e teve maior destaque no governo Reagan e na Guerra Fria, com o objetivo de reduzir o comércio ilegal de drogas, conforme já exposto em tópico anterior.

Para Leonardo Sica, essa guerra tem três objetivos:

i) diminuir e eliminar a difusão substâncias entorpecentes no mundo por meio de medidas que ataquem oferta e demanda; ii) no campo normativo, proclama-se a necessidade de *tutela de saúde pública*; iii) quanto à atuação do aparelho repressivo a finalidade declarada é aquela que os penalistas classificam como *prevenção geral*, entendida nas vertentes de dissuasão e intimidação da coletividade ante à ameaça do rigor da lei penal.¹⁰²

De lá para cá, inúmeros são os efeitos que podem ser notados, principalmente na legislação brasileira, que, embora tenha flexionado o tratamento perante o usuário, segue o modelo proibicionista e mantém a guerra contra as drogas.

Os resultados do proibicionismo presentes na Lei nº 11.343/06 são evidentes, principalmente perante os usuários e dependentes de entorpecentes, os quais acabam por ser os mais lesados e prejudicados.

Primeiramente, por haver um tratamento diferenciado entre os usuários de drogas lícitas e ilícitas, ocorre a violação de um importante princípio constitucional, qual seja, princípio da isonomia, pois, embora os dois tipos de drogas (lícitas e ilícitas) gerem malefícios para a vida dos usuários e causem dependência, não há um tratamento penal igualitário entre os referidos usuários. Assim leciona Salo de Carvalho:

A ofensa ao princípio da igualdade estaria exposta no momento em que se estabelece distinção de tratamento penal (droga ilícita) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo

¹⁰² SICA, Leonardo. Funções Manifestas e Latentes da Política de *War on drugs*. In: REALE JÚNIOR, Miguel(coord.). **Drogas**: aspectos penais e criminológicos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 15-16.

ambas potencialidade de determinar dependência física e psíquica. A variabilidade da natureza do ilícito tornaria, portanto, a opção criminalizadora essencialmente moral.¹⁰³

Assim, resta cristalina que a proibição tem se baseado muito mais em um preceito moral, pois não são claras as opções estabelecidas para a seleção entre as substâncias que serão consideradas ilícitas e as que serão consideradas lícitas, tendo em vista que ela se torna proibida a partir do momento em que é prevista em uma portaria do Poder Executivo (Ministério da Saúde). Ademais, não se verifica a utilização de critérios técnicos para essa seleção: basta observar que o tabaco e o álcool, os quais são tão tóxicos quanto a grande maioria das drogas que são consideradas ilícitas (assim como um grande número de medicamentos que ocasionam uma série de efeitos colaterais), não estão mencionados na lista da ANVISA.

Além disso, nota-se que, a partir do momento em que a substância não constar em tal Portaria, não estará mais enquadrada no tipo penal (norma penal em branco heterogênea).

Quanto à norma penal em branco heterogênea, importante destacar a lição de Rogério Greco sobre o tema:

Normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de outro diploma – leis, decretos, regulamentos etc – para que possam, efetivamente, ser entendido os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível sua aplicação. [...]

Diz-se heterogênea, em sentido estrito ou heteróloga, a norma penal em branco quando o seu complemento é oriundo de fonte diversa daquela que a editou. No caso do art. 28 da Lei Antidrogas, por exemplo, estamos diante de uma norma penal em branco heterogênea, uma vez que o complemento necessário ao referido artigo foi produzido por uma autarquia (Anvisa) vinculada ao Ministério da Saúde (Poder Executivo), que integra o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad) – art. 14, I, do Decreto nº 5.912, de 27 de setembro de 2006 –, e a lei nº 11.343/2006 foi editada pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo).¹⁰⁴

¹⁰³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 409.

¹⁰⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 19. ed. Niterói: Impetrus, 2017. cap. 4. E-book (não paginado). Disponível em: https://www.academia.edu/36157355/Curso_de_Direito_Penal_-

Isto é, os artigos 28 e 33, da Lei de Drogas, são considerados normas penais em branco heterogêneas, pois necessitam ser complementados por conceitos advindos de uma fonte diversa, o que, neste caso, é uma Portaria oriunda do Poder Executivo.

Por causa disso, acaba-se gerando uma maior desigualdade entre os indivíduos e, conseqüentemente, acaba-se criando uma estigmatização dos usuários de drogas catalogadas como ilícitas e os transformando em malfeitores, sem uma justificativa plausível, ocorrendo uma seleção dos indivíduos que se pretende punir.

Outro ponto importante a ser destacado é que esse excesso de repressão às drogas e a sobreposição do bem jurídico coletivo (saúde pública) ao bem jurídico individual (saúde individual), acaba por criar o chamado *direito penal do autor*, em que todo usuário é considerado um potencial traficante, conforme expõe Salo de Carvalho:

A inversão ideológica do discurso de tutela, com a sobreposição do bem jurídico saúde pública à saúde individual dos consumidores, pressupõe modelo de direito penal de autor no qual todo usuário transforma-se em potencial traficante.¹⁰⁵

E esse direito penal do autor acaba por culpar os usuários e os dependentes pela existência do tráfico de drogas e de suas conseqüências, como se fossem eles os causadores de todo o mal que advêm do tráfico ilícito de drogas. Como explica Elisângela Melo Reghelin:

[...] o senso comum acredita que o usuário ou é um dependente, ou é responsável pela existência do tráfico (como se fosse uma sociedade sem consumo de drogas), ou é um futuro traficante em potencial, razão pela qual deveria ser obrigatoriamente internado ou preso, a fim de ser tratado e ressocializado.¹⁰⁶

Isso acaba por criar, também, a ideia para a sociedade do chamado *Direito Penal do Inimigo*, no qual o usuário ou o dependente é visto como um inimigo da

_Vol._1_-_Parte_Geral_2017_-_Rog%C3%A9rio_Greco.pdf. Acesso em: 09 out. 2019. v. 1: Parte geral.

¹⁰⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 407.

¹⁰⁶ REGHELIN, Elisângela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. In: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008. p. 90.

norma penal e deve ser privado de suas garantias fundamentais de cidadão, além de não receber todas as proteções penais e processuais penais que os demais indivíduos recebem, com o intuito de erradicar esse inimigo social.

Para Günter Jakobs, o ordenamento jurídico deve se dividir em Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. Ele expõe a seguinte passagem em sua obra *Direito Penal do inimigo*:

O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado não necessariamente excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isso em nada altera o fato de que a medida executada conta o inimigo não significa nada, mas só coage. O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias.¹⁰⁷

Assim, pode-se observar que, para o referido autor, somente o cidadão que não comete atos ilícitos teria direito à norma, da mesma maneira que é aplicada para outros cidadãos, enquanto que os delinquentes devem ser erradicados da sociedade, sendo tratados como inimigos sociais.

A priorização da saúde pública à individual realizada pela Lei de Drogas é evidente, principalmente quando se percebe os efeitos de se manter a circulação e a distribuição de drogas na ilicitude, como segue explicitando Elisângela Melo Reghelin:

Impondo a clandestinidade à distribuição e ao consumo, a criminalização favorece a ausência de um controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando a possibilidade de adulteração, impureza e desconhecimento de sua potência, com riscos maiores daí decorrentes. As condições clandestinas em que se realiza o consumo geram, ainda, maiores tensões, podendo

¹⁰⁷ JAKOB, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Organização: André Luís Callegari e Nereu José Giacomili. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomili. 6. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. E-book. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/47507135/direito-penal-do-inimigo-nocoe-gunther-jakobs?q=G%C3%BCnther%20Jakobs%20-%20Direito%20Penal%20do%20Inimigo>. Acesso em: 11 out. 2019.

acentuar a problemática original sintomatizada por uma eventual adição, funcionando, assim, frequentemente, como um realimentador na busca da droga.¹⁰⁸

Isto é, por não ter outra opção, o usuário acaba por buscar a clandestinidade para obter a substância da qual faz uso e, conseqüentemente, se envolvendo com pessoas ligadas ao crime organizado e que podem oferecer risco para sua vida e de seus familiares, além de não ter o conhecimento do *produto* que está utilizando, tendo em vista que normalmente ocorre a modificação deste produto utilizado pelo usuário, sendo adicionada uma grande quantidade de elementos de procedências desconhecidas e extremamente tóxicas. Isso acarreta ainda mais prejuízos à sua saúde e dificulta o atendimento ambulatorial em caso de complicações.

Ao proibir o comércio e a circulação dessas substâncias, tornando-as ilegais e fazendo com que os usuários necessitem buscá-las na ilegalidade, faz-se com que o fornecimento seja limitado e, conseqüentemente, aumentem os preços para suas obtenções. Desse modo, ao invés de desestimular o consumo, o proibicionismo pode acarretar que alguns dependentes realizem condutas criminosas a fim de realizar a compra dos entorpecentes, conforme explica Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Ao tornar criminosa a conduta que corresponde à comercialização de substância entorpecente, o que se faz, na realidade, é limitar o fornecimento do produto proibido, incrementando o risco do vendedor e fazendo aumentar o preço da mercadoria. [...]

Verifica-se, daí, que a repressão penal acaba por estimular indiretamente o tráfico uma vez que converte substâncias de custo insignificante em mercadorias de alto valor. Assim, a possibilidade certa de se obter grandes quantidades de dinheiro estimula o comércio ilícito e a sanção penal transforma-se não num obstáculo para aquela prática, mas na sua causa direta. A constatação acerca da incapacidade da norma penal para proteger a saúde pública por meio da proibição do comércio de drogas conduz à conclusão de que não é a pena o que impede que haja traficantes, mas é a demanda por tais substâncias o que determina a sua existência.¹⁰⁹

¹⁰⁸ REGHELIN, Elisângela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. *In*: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. 1ª edição. Porto Alegre, RS: Livraria do advogado Editora, 2008. p. 91.

¹⁰⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Notas sobre a Inidoneidade Constitucional da Criminalização do Porte e do Comércio de Drogas. *In*: REALE JÚNIOR, Miguel(coord.). **Drogas**: aspectos penais e criminológicos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 99 e 100.

Além dessa consequência, a proibição acaba por injetar ainda mais dinheiro no crime organizado, pois a arrecadação com a compra de drogas fica totalmente com as organizações criminosas, incitando a lavagem de dinheiro e a compra de armas por tais organizações, aumentando ainda mais a violência na sociedade. Essa circunstância é ocasionada pelo fato de que, embora o proibicionismo busque a erradicação do consumo de drogas, sempre existiu e sempre existirão consumidores, ou seja, sempre existirá a demanda e sempre existirão os vendedores, mantendo-se o mercado vivo; porém, remetendo-se o dinheiro para os lugares errados e para fins horrendos.

Esses ganhos astronômicos estão ligados ao fato de que as substâncias vendidas não são tributadas, acarretando em um ganho ainda maior e uma margem de lucro superior a de qualquer produto lícito vendido no mercado.¹¹⁰

E, justamente por gerar esse extremo enriquecimento para os comerciantes, ocorre um incentivo para que haja a sua produção e distribuição, aumentando ainda mais o número de substâncias na ilicitude, fugindo totalmente do controle estatal. Assim, verifica-se que a proibição acaba por gerar resultados inversos daqueles que pretende, conforme elucida Maria Lúcia Karam:

A intervenção do sistema penal, desse seu primeiro momento (a criminalização primária), introduzindo uma variável artificial na estrutura do mercado, provoca a brutal elevação dos preços, que vai gerar os fabulosos lucros já referidos, funcionando, assim, por sobre sua função aparente de repressão, como um dos mais poderosos incentivos à produção, mais lucrativa do que quaisquer outras. Incentivando o empreendimento econômico, que aparentemente visa reprimir, tampouco cumpre o sistema penal um papel relevante no controle da distribuição e do consumo daqueles produtos, que qualifica de ilícitos.¹¹¹

Através dessa obtenção de renda advinda do tráfico de drogas, as organizações criminosas acabam por proporcionar uma melhor qualidade de vida aos integrantes de comunidades mais carentes, fornecendo serviços que o Estado não consegue proporcionar para tais comunidades. Assim, acaba obtendo adeptos e admiradores do tráfico, principalmente os adolescentes e jovens, que buscam uma obtenção de renda elevada e que não tem muitas oportunidades no mercado de

¹¹⁰ LOPES, João Eric Mendes. América: as drogas, políticas proibicionistas e uma nova percepção do futuro. **Perspectivas em Políticas Públicas**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 161, jul./dez. 2017.

¹¹¹ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 1. ed. Niterói: Luam, 1991. p. 48-49.

trabalho – justamente por pertencerem a essas comunidades carentes. Dessa maneira, salienta Vera Maria Guilherme:

Em troca de proteção, segurança ou mesmo de serviços não fornecidos pelo Estado a determinadas comunidades, o tráfico acabou se fortalecendo, ganhando simpatizantes e renovando suas fileiras nos diversos postos hierárquicos de sua estrutura. Encontrou na pobreza um solo fértil, criou heróis e exemplos para os jovens, proporcionou a inclusão no mercado de consumo.¹¹²

Colocando os jovens em contato com esses atrativos, principalmente com o consumo de drogas, acaba-se por alcançar outro ponto negativo da repressão às drogas, que está na maneira como as campanhas educativas sobre drogas são tratadas e divulgadas, pois acabam por passar uma mensagem autoritária, que pretende repelir e rejeitar a substância entorpecente, e, com isso, não se alcança um debate saudável sobre o assunto, principalmente quando se trata de adolescentes, que constituem o público com a maior necessidade de ser alcançado. Nesse sentido é o que expõe Helena Regina Lobo da Costa:

A criminalização acaba impedindo uma reflexão aprofundada sobre o assunto, que termina por ser tratado de forma simplista e superficial. Este tratamento pode ser verificado especialmente nas campanhas educativas sobre o tema, que acabam passando mensagens autoritárias, buscando intimidar o público-alvo a não ter contato com as drogas através do medo. Esta estratégia é equivocada e ineficiente, pois o grande usuário de drogas é o adolescente, que é naturalmente curioso e pratica comportamentos de risco com maior facilidade.

As campanhas educativas precisariam refletir minimamente a complexidade do tema das drogas, informando sobre como obter tratamento, sobre o risco de compartilhar seringas, sobre as consequências permanentes relacionadas ao uso de substâncias etc. e incentivando a reflexão sobre o tema.¹¹³

Assim, o tema não é devidamente discutido e soluções não são buscadas, apenas se impondo o medo da repressão ao usuário, que não consegue obter informações quanto às substâncias das quais faz uso. A divulgação de mensagens

¹¹² GUILHERME, Vera Maria. **Quem tem medo do lobo mau?** A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma perspectiva abolicionista. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2013. p. 31.

¹¹³ COSTA, Helena Regina Lobo da. Análise das Finalidades da Pena nos Crimes de Tóxico: Uma Abordagem da Criminalização do Uso de Entorpecentes à Luz da Prevenção Geral Positiva. In: REALE JÚNIOR, Miguel(coord.). **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 111.

autoritárias e a imposição do medo faz com que o usuário não se sinta interessado em buscar ajuda, pois sente receio da estigmatização que possa lhe ocorrer e as consequências que possam lhe acarretar. Desse modo, acaba não buscando ajuda para solucionar o seu problema ou realizar seu tratamento nos órgãos competentes – que, por sinal, são muito poucos explorados –, aumentando ainda mais as chances de piorar sua situação sem que algum profissional da saúde e especialista no assunto possa ajudá-lo.

O proibicionismo tende a intimidar o usuário e, em momento algum, buscar uma solução em conjunto com ele, tratando-o como um indivíduo que não tem a capacidade de debater sobre o assunto e que deve ser coagido a afastar-se das substâncias que considera como ilícitas.

A voluntariedade do dependente em buscar o tratamento é algo essencial para o seu êxito. A imposição desse tratamento através do Direito Penal não traz bons resultados e não é efetivo, o que acaba por prejudicar os dependentes, seus familiares e a sociedade.

Ao seguir um ideal de retirar a autonomia do usuário, acaba-se por seguir o idealismo da chamada *Justiça Terapêutica*. Embora o objetivo do referido programa seja evitar a reclusão do usuário com a substituição por medidas de tratamento, verifica-se que ele segue os princípios do modelo proibicionista, em que busca o controle sobre o usuário, impondo que ele siga obrigatoriamente medidas impostas, coagindo-o, de alguma forma, a buscar uma *cura* para sua *moléstia*. É o que descreve Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues:

A proposta de 'justiça terapêutica', por meio de injunções ou ordens de tratamento, constitui, na verdade, uma *pena de tratamento* substitutiva da pena de prisão, e atua por coação imposta ao viciado. Apesar de ser vendida como medida 'humanista' e 'alternativa', representa, na verdade, um reforço da estrutura autoritária da política proibicionista. Baseada no modelo das *Drug Courts* norte-americanas, pretende manter o usuário dentro do controle estatal, com instrumentalização do tratamento de desintoxicação, previsto e imposto como único meio de se evitar a prisão. O Poder Judiciário atua como 'facilitador' do tratamento e, através da ameaça de prisão, pretende impor um novo tipo de comportamento ao usuário, como forma de padronização e 'cura', objetivando a abstinência total por

parte do agente. A cura é vinculada ao sistema penal, vista como uma solução para todos os males.¹¹⁴

Além de ir na contramão de políticas descriminalizantes, a Justiça Terapêutica diverge totalmente da proposta dos programas de tratamento para dependentes químicos, nos quais os dependentes devem ter a vontade de realizar seu tratamento. Quer dizer: apesar de buscar o tratamento dos dependentes químicos, a Justiça Terapêutica defende uma política com um método totalmente contrário ao realizado por programas de tratamentos convencionais, e, por consequência, acaba fracassando no seu objetivo.

Salo de Carvalho¹¹⁵ defende que o referido programa retoma a perspectiva sanitária na qual o usuário é visto como um usuário permanente, provido de periculosidade. Além disso, ela não realiza a separação entre os usuários ocasionais, eventuais e dependentes, nem mesmo entre os tipos de drogas utilizadas, tornando, desse modo, ainda mais difícil a atuação dos órgãos responsáveis por realizar essa *terapia do usuário* e, por conseguinte, distanciando-se do objetivo buscado.

Como expõe Salo de Carvalho:

[...] ao vincular na mesma categoria usuários e dependentes, não estabelecendo as necessárias distinções, o programa estabelece pautas moralizadoras e normalizadoras próprias de modelos penais autoritários fundados no periculosismo. Em realidade, sob o declarado fim de auxiliar, via tratamento, o indivíduo envolvido com drogas, o projeto lhe retira a qualidade de sujeito, negando-lhe possibilidade de fala e de interação.¹¹⁶

Isto quer dizer que o referido programa busca, através de medidas autoritárias, o tratamento dos usuários, não se importando com sua vontade – como se não tivesse direito de escolha – e nem se este é um dependente que necessita de tal tratamento ou se é apenas um usuário eventual, buscando a abstinência do indivíduo e, justamente por não utilizar os métodos que são utilizados pelos

¹¹⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.** 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 79. Disponível em:

<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

¹¹⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 438.

¹¹⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 438.

programas convencionais e indicados por especialistas, os objetivos da Justiça Terapêutica não são alcançados.

Por fim, com base no exposto, observa-se que a repressão às drogas busca alguns propósitos. Vera Maria Guilherme¹¹⁷ defende que o grande objetivo do proibicionismo seria indicar à sociedade que não é gratificante ser traficante ou ligar-se às drogas sendo um consumidor.

No entanto, nota-se que esses objetivos não são alcançados; pelo contrário, a repressão às drogas só traz mais sofrimento para usuários e dependentes, para seus familiares e para a sociedade – principalmente a camada mais vulnerável.

Salo de Carvalho defende que esse fracasso pode ser definido em três pontos:

[...] (a) não logrou os efeitos anunciados (idealistas) de eliminação do comércio ou de diminuição do consumo, (b) provocou a densificação no ciclo de violência com a produção de criminalidade subsidiária (comércio de armas, corrupção de agentes estatais, conflitos entre grupos p. ex.) e (c) gerou a vitimização de grupos vulneráveis (custo social da criminalização), dentre eles consumidores, dependentes e moradores de áreas de risco.¹¹⁸

Isto é, embora o proibicionismo e a repressão às drogas tenham alguns objetivos e delineie alguns caminhos para a obtenção desses propósitos, eles apresentam uma série de problemas que impedem a satisfação de tais propósitos e acabam gerando mais problemas do que soluções.

Um dos pontos mais negativos do proibicionismo – que merece destaque e capítulo próprio – e que pode gerar grandes danos aos usuários, aos dependentes e seus familiares está ligado à dificuldade que o Direito Penal brasileiro tem em realizar a distinção entre um usuário e um traficante de drogas ilícitas.

Reflexo disso está presente nos já descritos Direito Penal do Autor e o Direito Penal do Inimigo, pois, ao estigmatizar o usuário e torná-lo um inimigo social, podem ocorrer alguns equívocos e enganos que poderão gerar danos irreparáveis. Essa consequência está presente no momento da definição que será feita do indivíduo que é abordado e está portando e transportando uma porção de droga, ou, até

¹¹⁷ GUILHERME, Vera Maria. **Quem tem medo do lobo mau?** A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma perspectiva abolicionista. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013. p. 31.

¹¹⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121.

mesmo, mantendo ela em depósito, pois, ao embutir um pensamento de que o portador da droga é um inimigo social, pode-se ocorrer uma tentativa desesperada de aplicar-lhe a maior sanção possível e, desse modo, ocorrendo o erro de punir um usuário como se traficante fosse.

Assim, um preceito moral da sociedade – que vem consubstanciado ao Direito Penal do Autor e ao Direito Penal do inimigo – pode ser um grande influenciador sobre o agente estatal que realiza a abordagem do indivíduo e identifica que este está portando a droga.

Isso pelo fato de a lei não ser clara na definição entre as duas condutas, as quais são compostas de certa nebulosidade, deixando o agente público com total discricionariedade para poder definir qual a destinação da droga apreendida, podendo se basear em critérios não técnicos para tal definição, muitas vezes em questões sociais, de valor, entre diversas outras variáveis.

Quanto a isso, segue o ensinamento de Vera Maria Guilherme:

Elaborada segundo as regras constitucionais e tendo obedecido a todos os trâmites legais para ser implementada, a lei 11.343/06 afronta direitos fundamentais e garantias do acusado, ao querer legislar sobre uma variedade de temas, não tipificar condutas de forma clara, abrindo espaço para julgamentos de valor, critérios sociais e variáveis subjetivas para a identificação dos agentes. Através de uma profusão de verbos tipificadores da conduta, delega ao policial (primeiro profissional a ter contato direto com o suposto agente) a possibilidade de catalogação dos indivíduos a partir de critérios não legais, de ordem subjetiva.¹¹⁹

Essa situação fica mais clara quando se comparam duas situações diversas em que podem ocorrer duas interpretações envolvendo a mesma quantia da substância definida como ilícita, conforme segue o exemplo de Vera Maria Guilherme:

Imaginando, por exemplo, a situação de um indivíduo parado em uma blitz policial rumo ao litoral norte do RS, em temporada de veraneio, dirigindo seu potente carro de luxo, com pranchas de surfe, ao som de reggae, portando determinada quantidade de maconha, pode-se pensar que o policial está diante de um usuário – provavelmente o motorista adquiriu a droga para consumo próprio durante o veraneio, e está abastecendo seu estoque para consumo,

¹¹⁹ GUILHERME, Vera Maria. **Quem tem medo do lobo mau?** A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma perspectiva abolicionista. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013. p. 71.

já que pretende passar três meses na praia. Não tem necessidade econômica de traficar; tem boa articulação da língua portuguesa (grau de escolaridade acima da média); corresponde ao estereótipo de usuário (surfa, ouve reggae).

Situação diferente será enfrentada pelo indivíduo que busca a namorada na escola e espera na calçada, ansioso. Com ele, a mesma quantidade de maconha, em diversas 'trouxinhas'. Vendo os colegas da namorada saindo, cumprimenta a todos, perguntando se ela ainda vai demorar. Seu comportamento, observado por um policial, provavelmente vai induzir à sua classificação como traficante – estaria oferecendo drogas a possíveis clientes, em frente a uma escola [...]¹²⁰

Nota-se que a quantidade de droga é a mesma; contudo, a tipificação pode ser diversa nas duas situações, estando, tal definição, adstrita à discricionariedade do agente policial que realizará a abordagem de determinado portador de droga. Ou seja, não há uma definição clara dessa distinção – seja por quantidade, etc. – mas sim de circunstâncias do momento da abordagem, as quais serão utilizadas para definir qual seria a destinação da substância apreendida.

Ao depender somente de circunstâncias visualizadas no momento da abordagem, cria-se um estereótipo de traficante, isto é, é definido um perfil de indivíduo que o caracteriza como um traficante. Esse perfil, normalmente, vem vinculado com preceitos raciais, econômicos, políticos, etc (preceitos moralistas).

Essa nebulosidade, a qual dá margem para que possa ocorrer essa *confusão*, é, principalmente, justificada pelo fato de que, embora as penas impostas à posse e ao tráfico de drogas ilícitas sejam distintas, os verbos nucleares incriminadores são idênticos, restando, para que ocorra sua diferenciação, a *descoberta* da destinação da substância. É o que salienta Salo de Carvalho:

Os problemas de interpretação derivam das formas de construção da tipicidade penal em ambos os delitos, da disparidade entre as quantias de penas previstas e da inexistência de tipos penais intermediários com graduações proporcionais entre os dois modelos ideais de condutas (comércio e uso pessoal) que representam o sustentáculo do sistema proibicionista (arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06). Assim, entre o mínimo e o máximo da resposta penal verifica-se a existência da zona cinzenta intermediária cuja tendência, em decorrência dos vícios advindos do dogmatismo jurídico e da expansão do senso comum punitivo, é a de projetar a subsunção de condutas dúbias em alguma das inúmeras ações puníveis presentes nos 18 (dezoito) verbos nucleares integrantes do

¹²⁰ GUILHERME, Vera Maria. **Quem tem medo do lobo mau?** A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma perspectiva abolicionista. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013. p. 56-57.

tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas, assim como foi a tradição incriminadora durante o longo período de vigência da Lei 6.368/76.¹²¹

Deveria o legislador ter optado por tornar as duas tipificações mais objetivas e precisas, sem a possibilidade de gerar dúvidas e poder ser utilizada a discricionariedade na definição do delito.

O § 2º do artigo 28 cita as referidas circunstâncias que o magistrado deve valer-se para definir o enquadramento do agente, da seguinte maneira:

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.¹²²

Contudo, isso indica que o juiz deve realizar um juízo de valor para definir sua decisão. Embora o referido parágrafo exponha que um desses juízos que devem ser utilizados pelo juiz é a quantidade de droga apreendida, não há uma definição da quantificação permitida, o que reafirma a possibilidade de eventuais interpretações diversas e contraditórias. Mas, mesmo que a quantidade seja pequena, o juiz poderá valer-se das demais circunstâncias para a tipificação da conduta como traficância.

Quanto à circunstância do local da apreensão, verifica-se que os locais frequentados por traficantes são os mesmo frequentados por usuários, não sendo um critério que pode gerar uma maior certeza na classificação quanto à destinação da droga em posse do indivíduo.

As circunstâncias sociais e pessoais remeter-se-iam ao exemplo acima citado, pois seria analisada a situação econômica e a classe social da qual pertence o indivíduo abordado portando a substância ilícita e não a finalidade de tal substância, podendo acarretar um tratamento desigual e um preconceito, ferindo-se o princípio constitucional da isonomia.

Quanto ao referido critério, importante citar os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

¹²¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 315.

¹²² BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 14 ago. 2019.

Naturalmente, espera-se que, com isso, não se faça um juízo de valoração ligado às condições econômicas de alguém. Ex.: Se um rico traz consigo cinco cigarros de maconha, seria usuário porque pode pagar pelas drogas. Entretanto, sendo o portador pessoa pobre, a mesma quantidade seria considerada tráfico. [...] Ilustrando, de modo mais razoável: aquele que traz consigo quantidade elevada de substância entorpecente e já possui anteriorcondenação por tráfico evidencia, como regra, a correta tipificação no art. 33 desta Lei. [...] o agente que traz consigo pequena quantidade de droga, sendo primário e sem qualquer antecedente, permite a conclusão de se tratar de mero usuário [...]. Não há entre os critérios o predomínio de uns sobre os outros, tudo a depender do caso concreto. Visto que o poder aquisitivo do agente apreendido, pode facilmente oferecer uma visão final equivocada de classificação, ou seja, o agente com poder aquisitivo menor deve ser automaticamente condenado por tráfico de drogas? Ou um o agente com poder aquisitivo maior, mesmo portando uma grande quantidade de drogas deve ser tido como usuário?¹²³

Desse modo, as classes menos favorecidas são os principais alvos dessa circunstância incriminadora, sendo, na maioria das vezes, incriminados como praticantes da traficância e alvos da seletividade social. Quanto à referida seletividade e a reprodução de um estereótipo de traficante feito pelo sistema penal, importante destacar a lição de Eugênio Raul Zaffaroni:

Os sistemas penais reproduzem sua clientela por meio de um processo de seleção e condicionamento criminalizante que orienta por estereótipos proporcionados pelos meios de comunicação de massa. [...]. Os órgãos do sistema penal selecionam de acordo com esses estereótipos, atribuindo-lhes e exigindo-lhe esses comportamentos, tratando-os como se se comportassem dessa maneira, olhando-os e instigando a todos a olhá-los do mesmo modo, até que se obtém, finalmente a resposta adequada ao papel assinado.¹²⁴

Pode-se notar que a lei em questão – principalmente os artigos em discussão neste capítulo – elenca um critério que ocasiona em uma seletividade social, escolhendo um determinado grupo que será maior penalizado do que outro.

Esse estereótipo é produzido baseado, normalmente, em suas características econômicas, principalmente nas suas condições financeiras de adquirir a droga. É o que explica Maria Lúcia Karam:

¹²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 308.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1998. p. 245.

No caso de crimes relativos a drogas, o peso negativo destas características aparece claramente, inclusive no que se refere à distinção entre consumidor e traficante. É comum encontrar casos em que a única ‘prova’ do tráfico é o desemprego ou o subemprego daquele que é surpreendido na posse de drogas, visto como naturalmente traficante, por se supor que, estando desempregado ou subempregado, não teria condições de adquirir a substância para uso pessoal.¹²⁵

Dessa maneira, é possível concluir que as condições financeiras da pessoa abordada portando a substância considerada ilícita podem ser ensejadoras no enquadramento dela como um traficante, utilizando-se da circunstância denominada de *sociais e pessoais*.

Já a análise dos antecedentes, novamente, estar-se-ia diante do Direito Penal do Autor, em que já se presume o cometimento do delito, sem que haja uma análise do caso específico. Segundo Vanessa Correia Campos: “estamos, portanto, diante de uma norma desprovida de técnica legislativa correta e adequada, que não assegura aos cidadãos a previsibilidade e imparcialidade do comportamento estatal face às suas condutas”¹²⁶.

Todas essas circunstâncias dão autonomia para os julgadores e para as autoridades policiais, que podem ser influenciados no momento da tomada de decisões por conceitos moralistas e por estereótipos criados pela sociedade ou pelos próprios envolvidos na máquina do sistema criminal.

Na prática, ocorrendo a abordagem policial e sendo constatada determinada quantia da substância apreendida (pouco importando ser em pequena ou grande escala em face das demais circunstâncias) poderá a autoridade policial realizar a prisão em flagrante do indivíduo, a qual poderá ser homologada perante juízo. Depois de homologada a prisão em flagrante, possibilitará, ao magistrado, após requerimento do Ministério Público, decretar a prisão preventiva daquele sujeito portador do entorpecente.

Ocorre que, de acordo com a Lei de Drogas, o ônus da prova recai totalmente sob o réu, pois ele precisará comprovar que a destinação da droga seria para uso

¹²⁵ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 1. ed. Niterói: Luam, 1991. p. 58.

¹²⁶ CAMPOS, Vanessa Correia. **O usuário e o traficante na Lei 11.343/2006**: uma análise sobre os critérios distintivos. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26110/1/Vanessa%20Correia%20Campos.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2019. f.43.

próprio, caso seja um usuário de drogas. Isso se deve pelo fato de que a finalidade de agir está descrita na conduta da posse de drogas (artigo 28) e não no de tráfico (artigo 33), ou seja, não ficando comprovada que a finalidade do porte seria para uso próprio, subentende-se que seria para a traficância.

Quanto a isso, Salo de Carvalho destaca:

Assim, do que se depreende da dogmática penal, a única forma de diferenciação entre as condutas seria a comprovação do objetivo para consumo pessoal (art. 28). Em não ficando este especial fim de agir, qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta do art. 33, decorrência da generalidade, abstração e universalidade do dolo. Cria-se, em realidade, espécie de *zona gris de alto empuxo criminalizador* na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa. Esta situação, inclusive, não invariavelmente potencializa na jurisprudência tendência à inversão do ônus da prova, recaindo ao réu o dever de provar durante a cognição a especial finalidade de agir, eximindo a acusação do dever processual imposto pela Constituição, qual seja, confirmar, à exaustão, todas as hipóteses narradas na denúncia e efetivamente apresentar as evidências que permitem concluir não ser a ação direcionada ao uso próprio ou compartilhado.¹²⁷

A Lei de Drogas possibilita que a acusação ressalve-se do dever processual que lhe é constitucionalmente imposto, qual seja, comprovar as alegações descritas na denúncia. Entretanto, conforme lembrado por Gilberto Thums e Vilmar Pacheco¹²⁸, embora a lei tenha definido as condutas somente do usuário, a Lei nº 11.343/06 não inverteu o ônus da prova e, caso a acusação afirme que a droga era para traficância, deverá comprovar tal alegação.

De acordo com Gustavo Henrique e Righi Ivahy Badaró¹²⁹, caso o Ministério Público, em sede de ação penal, afirme a culpabilidade de determinada pessoa e requeira sua condenação, está recebendo o ônus de provar o cometimento do crime imputado àquela pessoa. Assim, não cabe ao usuário demonstrar que a finalidade da substância ilícita era para uso próprio, mas sim ao Ministério Público provar que a referida substância teria como fim o seu tráfico.

¹²⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p 324-325.

¹²⁸ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. 1. ed. Porto Alegre, RS: Verbo Jurídico, 2007. p. 47.

¹²⁹ HENRIQUE, Gustavo; BADARÓ, Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 227.

Muitos prejuízos podem ser alcançados caso o magistrado entenda diferentemente, pois, não conseguindo comprovar a finalidade de agir, o usuário poderá permanecer por longo período em cárcere e sofrendo todas as consequências advindas da prisão, das quais todos tem conhecimento.

Com isso, observa-se que, diante da criação de um estereótipo de traficante e de uma incessante vontade de punir os que se relacionam com as drogas catalogadas como ilícitas corolário do Direito Penal do Autor e do Direito Penal do Inimigo, cria-se oportunidades de se produzir injustiças, acarretando em decisões pouco isonômicas e muito seletivas, baseadas em *circunstâncias* e *estereótipos*.

3 O ABOLICIONISMO PENAL E O USUÁRIO DE DROGAS: UMA LEITURA CRÍTICA DA LEI Nº 11.343/2006

O presente capítulo tem o objetivo de apontar o significado do abolicionismo penal, realizando uma crítica ao proibicionismo e demonstrando em quais aspectos a referida teoria pode beneficiar a sociedade e os usuários de drogas, fazendo um liame entre esses aspectos e a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), estudando-se suas possibilidades de aplicações.

O capítulo encontra-se dividido em 8 tópicos. No primeiro, aborda-se a teoria do abolicionismo penal em específico, trazendo as principais contribuições do principal nome da Teoria do Abolicionismo Penal, o penalista holandês Louk Hulsman, realizando-se um debate entre suas ideias e as ideias de demais defensores da referida teoria; no segundo, trata-se sobre a possibilidade de aplicação da Teoria do Abolicionismo Penal na atual legislação de drogas, principalmente quanto à posse de drogas para uso pessoal, fazendo-se algumas críticas a respeito da seletividade penal da Lei nº 11.343/06 e demonstrando algumas possibilidades de substituição da atual legislação; no terceiro, expõe-se sobre a primeira das possibilidades, o sistema da quantificação legal, que é o sistema de estabelece um *quantum* máximo que cada indivíduo pode portar de droga para estar dentro da legalidade, além de serem referidos os pontos positivos na questão nebulosa de definição entre usuário *versus* traficante; no quarto, disserta-se sobre a segunda possibilidade, a descriminalização da posse e da circulação de drogas, elencando-se os meios e os procedimentos que podem ser realizados para que ocorra a descriminalização; no quinto, discorre-se sobre a terceira possibilidade, a legalização da posse, do uso, do comércio e da circulação das drogas, mostrando os tipos e teorias de legalização, que pode ser realizada pelos meios do livre comércio, do controle estatal ou do misto; no sexto, alude-se sobre a análise da atual da jurisprudência no tocante à legislação de drogas, mostrando-se, primeiramente, o quanto a lei de drogas é seletiva quando da análise prática de sua aplicação e, secundamente, em que passo está a aplicação da abolição do sistema penal na legislação sobre as drogas; no sétimo, analisa-se uma série de jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verificando-se se, de fato, existe o chamado *estereótipo de traficante* e se os julgados demonstram essa seletividade; no oitavo, verifica-se o atual andamento da abolição do sistema

penal em relação à legislação de drogas, analisando-se o Recurso Extraordinário que está em discussão no Supremo Tribunal Federal a respeito da descriminalização da posse de drogas para uso pessoal.

3.1 O Abolicionismo Penal: A Contribuição de Louk Hulsman

Louk Hulsman foi um importante penalista holandês que contribuiu para a afirmação da teoria do abolicionismo penal, sendo ele um dos nomes mais importantes do movimento. Ao longo de sua vida, foi um dos maiores críticos do sistema punitivista, sempre propondo novas alternativas de resolver desacordos e conflitos sociais.¹³⁰

Sua teoria enfatiza a abolição total do Direito Penal para a resolução de conflitos existentes na sociedade. Este argumento surge em face da alegada ineficiência do sistema punitivo, uma vez que, no marco desta teoria, parte-se da ideia de que o Direito Penal não reduz a criminalidade e traz enormes prejuízos sociais, tais como o encarceramento dos indivíduos e a realização de uma seletividade dos indivíduos penalizados, escolhendo aqueles que irão sofrer as sanções pelo Estado.

Segundo Arthur Levy Brandão Kullok, o abolicionismo penal se resume da seguinte maneira:

De forma geral o abolicionismo propõe um novo olhar sobre o sistema de justiça penal, propõe uma descriminalização, uma desencarcerização, uma desestigmatização, além de lançar novas alternativas para a solução dos problemas jurídico-criminais, afirmando que, em nenhuma hipótese, o sistema penal da forma que é concebido poderá prevenir e reprimir a criminalidade, pelo contrário rouba os conflitos de seus intervenientes e, gera violência sob a própria égide estatal. A abolição é, pois, não somente do sistema de justiça penal, mas também da cultura e do pensamento punitivo.¹³¹

Já Edson Passetti o define como:

¹³⁰ KULLOK, Arthur Levy Brandão. O abolicionismo penal Segundo Louk Hulsman. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 3, n. 9, p. 6908-6909, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10688160/O_abolicionismo_penal_segundo_Louk_Hulsman. Acesso em: 30 out. 2019.

¹³¹ KULLOK, Arthur Levy Brandão. O abolicionismo penal Segundo Louk Hulsman. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 3, n. 9, p. 6914, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10688160/O_abolicionismo_penal_segundo_Louk_Hulsman. Acesso em: 16 out. 2019.

O abolicionismo penal é uma prática libertária interessada na ruína da cultura punitiva da vingança, do ressentimento, do julgamento e da prisão. Problematiza e contesta a lógica e a seletividade sócio-política do sistema penal moderno, os efeitos da naturalização do castigo, a universalidade do direito penal, e a ineficácia das prisões.¹³²

Desse modo, pode-se concluir que a Teoria do Abolicionismo Penal vem com o objetivo de abolir o sistema penal da sociedade, propondo a descriminalização de condutas, desencarcerização de indivíduos e a inclusão de novas resoluções para os conflitos abarcados pelo Direito Penal, haja vista que o modelo atual não tem solucionado, de uma maneira satisfatória, esses embates.

Para a referida teoria, a sociedade realiza uma conceituação entre o *bem* e o *mal*. Do lado *bom* estão as instituições, mesmo que realizando atos discutíveis, pois se acredita que, imperando a legislação, ocorrerá o equilíbrio social, enquanto que do lado *ruim* estariam os *malfeitores* (réus), como se estes pertencessem a um estrato marginalizado da sociedade, criando-se, assim, um estereótipo de criminoso. Nas palavras de Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis,

As produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a ideia simples – e simplista – de que há bons de um lado e os maus de outro. [...] A toda hora, encontramos pessoas bastante críticas em relação às instituições e a seu funcionamento e que, apesar disso, esperam que as leis e as estruturas promovam a harmonia social. Assim, o policial, o juiz, o legislador, mesmo sendo frequentemente questionados em suas práticas pessoais e coletivas, geralmente são vistos como representantes da ordem e, portanto, do bem. E, em face destes símbolos da justiça, do direito e da consciência reta, os ‘delinquentes’ são vistos como pertencentes a uma espécie aparte, como anormais sociais que, afinal, deveriam ser facilmente identificáveis, já que não seriam como os outros.¹³³

O abolicionismo defende que o sistema penal é seletivo e nem todas as pessoas envolvidas com ele têm o mesmo tratamento, não havendo uma igualdade de procedimentos perante a máquina penal. Isso, conseqüentemente, pode gerar injustiças.

¹³² PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. **Revista semestral autogestionária do Nu-Sol**, São Paulo, n. 9, p. 83, 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/23710567/PASSETTI_Edson._Ensaio_sobre_um_abolicionismo_penal. Acesso em: 16 out. 2019.

¹³³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 56.

Tudo isso ocorre justamente pelo fato do sistema penal ser totalmente burocrático, sendo que cada parte colabora de alguma maneira para o seu funcionamento e, na maioria das vezes, só pensa em mantê-lo funcionando, tornando, assim, um sistema sem vida, em que cada membro preocupa-se em apenas cumprir o seu papel. Dessa forma lecionam Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis:

Cada corpo desenvolve, assim, critérios de ação, ideologias e culturas próprias e não raro entram em choque, em luta aberta uns contra os outros. No entanto, são vistos como um conjunto 'prestando justiça', 'combatendo a criminalidade'. Na realidade, o sistema penal estatal dificilmente poderia alcançar tais objetivos. Como todas as grandes burocracias, sua tendência principal não se dirige para objetivos externos, mas sim para objetivos internos, tais como atenuar suas dificuldades, crescer, encontrar um equilíbrio, velar pelo bem-estar de seus membros – numa palavra, assegurar sua própria sobrevivência. O processo de burocratização e profissionalização, que transpassa o sistema penal, faz dele um mecanismo sem alma. [...]

É como se estivéssemos numa linha de montagem, onde o acusado vai avançando: cada um dos encarregados aperta um parafuso e, ao final da linha de montagem, sai o produto final do sistema.¹³⁴

Para Louk Husman e Jacqueline Bernat de Celis¹³⁵, a questão de um fato ser considerado delituoso é relativo, pois o que em determinado lugar do mundo ou determinada época histórica é uma conduta definida como ilícita, em outro local ou outra época histórica pode haver uma ideia diferente e uma não incriminação da conduta. Assim, não existe uma conduta que seja naturalmente um crime, dependendo totalmente da moral de determinada sociedade. Ou seja, é muito evidente dizer que determinadas condutas que são consideradas ilícitas em nossa sociedade atual, poderão não ser atos puníveis em um futuro.

Além dessa demonstração de fragilidade do conceito de crime, pode-se afirmar a ocorrência do fenômeno que Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis¹³⁶ denominam de *cifra negra*, sendo este um conceito dado ao fato de que muitas condutas consideradas como crime não são investigadas, pelo simples fato de nem chegarem ao conhecimento dos envolvidos na máquina do sistema criminal, seja por

¹³⁴ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 59-60 e 61.

¹³⁵ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 63.

¹³⁶ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 64-65.

vítimas não informarem as autoridades sobre o ocorrido ou qualquer outro motivo. Ou seja, o sistema penal não alcança seu objetivo na totalidade, não sendo completamente efetivo.

Edson Passetti vai além, referindo que as cifras negras demonstram que já existem sociedades em que o sistema penal foi abolido, justamente por essa seletividade realizada, em que são selecionados os crimes que serão processados pela máquina penal, expondo da seguinte maneira:

É notório que nem todos os chamados *delitos* chegam ao sistema penal, compondo o que os burocratas chamam de *cifra negra*. Reconhece-se, assim, a incapacidade estrutural do sistema penal, tanto para garantir a proteção à sociedade contra os chamados *indivíduos perigosos* que ela cria, quanto para reformar os encarcerados que ela pretende reeducar pela penalização, objetivando redução ou supressão das reincidências. Todavia, a dimensão do fracasso na prevenção à desordem e ao *crimenão* cessa aí. É maior. Está acrescida de um outro acontecimento interno ao sistema penal: sua incapacidade em processar e sentenciar todo aquele que lhe é destinado, devido não só à lentidão dos procedimentos, dos que nenhuma reforma permanente consegue dar conta, mas porque o próprio sistema penal não foi criado para responder a todas as infrações a ele encaminhadas. Desta maneira, conclui-se que o sistema penal processa, prende e sentencia pelo dispositivo da seletividade, e os seus alvos principais se ampliam ou se concentram a partir das populações pobres e miseráveis, das pessoas que atentam contra a moral e dos rebeldes contestadores do conformismo. Portanto, há mais sociedades sem penas do que imagina o simplório e obediente cidadão.¹³⁷

Desse modo, verifica-se que o Direito Penal tem uma atuação marginal perante os acontecimentos da sociedade, não conseguindo alcançar e punir por completo os fatos que define como ilícitos, mostrando-se um sistema muito pouco eficaz. Segundo a Teoria do Abolicionismo Penal, o único objetivo do Direito Penal é achar um culpado necessário, haja vista que sempre haverá alguém que sairá *derrotado*, pois o sistema depende disso para sua existência.

Sobre o tema expõem Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis:

Analogicamente, o sistema penal fabrica culpados, na medida em que seu funcionamento mesmo se apóia na afirmação da culpabilidade de um dos protagonistas, pouco importando a

¹³⁷ PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. **Revista semestral autogestionária do Nu-Sol**, São Paulo, n. 9, p. 90-91, 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/23710567/PASSETTI_Edson._Ensaio_sobre_um_abolicionismo_penal. Acesso em: 17 out. 2019.

compreensão e a vivência que os interessados tenham da situação. Na ausência de uma afirmação de culpabilidade, ou quando a lei preveja que em função da idade, de doença mental ou por qualquer outra causa, esta afirmação seja impossível, o sistema se mostra fundamentalmente impotente. Quando o sistema penal se põe em marcha, é sempre **contra** alguém, a quem a lei designa como culpável para que seja condenado.¹³⁸

Diante dessa vontade de achar um culpado necessário, ocorre o encarceramento desses *delinquentes*, que nada mais é do que um castigo imposto à pessoa que comete determinada conduta considerada ilícita, fazendo com que ela passe por todas as situações degradantes que ocorrem dentro de uma penitenciária, além de retirar sua liberdade de ir e vir. Ainda, há o sofrimento de sua família, com diversas consequências negativas, ou seja, todas as relações dos indivíduos encarcerados que se encontram do lado de fora da prisão tornam-se problemáticas. E, no interior do sistema carcerário, o sujeito vive relações pouco agradáveis com demais presos, ocasionando somente aspectos negativos de sua passagem por tal sistema, além de poder gerar o estigma, a exclusão e a vontade por vingança quando de sua saída.¹³⁹

Verifica-se que esses encarceramentos são extremamente seletivos, tendo em vista que, normalmente, são baseados nas classes sociais, sendo possível notar que a maioria dos encarcerados pertence às camadas mais vulneráveis da sociedade, as consideradas *marginalizadas*.¹⁴⁰

Thomas Mathiesen¹⁴¹ acredita que as prisões não são solidárias e nem compensatórias para a vítima e para o transgressor, sendo que, além de terem pouca efetividade na mudança de perspectiva de vida do preso e não trazem nenhuma melhora quanto à situação da vítima, necessitam de um grande investimento para sua manutenção, isto é, são gastas quantias significativas de dinheiro no sistema carcerário que poderiam ser gastos na reparação das vítimas e

¹³⁸ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 67.

¹³⁹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 69-72.

¹⁴⁰ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 75.

¹⁴¹ AVILA, Gustavo Noronha; Rossi, Maria Paula Cassone. Abolicionismos Penais: revisitando Nils Christie, Louk Hulsmann e Thomas Mathiesen. *In*: CONGRESSO DO CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. **Criminologias e política criminal I**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. p. 20. Disponível em: https://www.academia.edu/31834082/Abolicionismos_Penais_Revisitando_Nils_Christie_Louk_Hulsmann_e_Thomas_Mathiesen_2016_. Acesso em: 18 out. 2019.

em políticas de auxílio à diminuição da pobreza, o que, conseqüentemente, diminuiria a violência e o cometimento de crime.

Segundo Gustavo Noronha de Ávila e Maria Paula Cassone Rossi, Mathiesen elenca dez motivos pelos quais se deve suspender a constituição de novos estabelecimentos prisionais:

[...] 1) a ineficácia da reabilitação, já que poucos que passaram pelo sistema conseguem efetivamente reintegrar-se ao convívio social; 2) a ineficácia preventiva (prevenção geral, já que existe dificuldade em conseguir medir o quanto a norma tem efeito dissuasivo em relação ao delito); 3) a ineficácia incapacitadora do sistema (no sentido de impedir que o recluso pratique novos crimes, o que é uma falácia especialmente verdadeira no Brasil, onde são notórias as práticas de delitos dentro do cárcere ou dos ordenados desde ali); 4) as teorias de justiça filosófica, ainda que complexas, dificilmente dão suporte à lógica carcerária contemporânea; 5) a irreversibilidade (uma vez construídas, dificilmente são derrubadas); 6) a insaciabilidade das prisões revelada pela superlotação, como regra generalizada (mesmo que os níveis de criminalidade diminuam, os estabelecimentos continuam cheios); 7) a inumanidade (afastamento dos ideais mais básicos de humanidade); 8) a quebra de valores jurídicos (como saúde e dignidade); 9) a ausência de ajuda às vítimas (o investimento no cárcere poderia ser direcionado diretamente para quem sofreu a ação delituosa, já que a reclusão, *per se*, não alivia o sofrimento causado; e 10) o grande encarceramento pode ser resolvido por outras vias (como a dos substitutos penais).¹⁴²

Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis¹⁴³ afirmam que, no sistema penal, a vítima perde totalmente seu espaço nas ações penais públicas, não podendo requerer que sejam tomadas outras medidas além da pena aplicada pelo Estado. Assim, a vítima não pode solicitar a reparação do dano sofrido ou mesmo buscar entender os motivos que ensejaram o autor do fato a realizá-lo. Tampouco pode solicitar a extinção processual, caso desista de punir o autor do fato. Isto é, o sujeito atingido pelo crime acaba não tendo direito de escolha, apesar de figurar como principal lesado e interessado.

¹⁴² AVILA, Gustavo Noronha; ROSSI, Maria Paula Cassone. Abolicionismos Penais: revisitando Nils Christie, Louk Hulsman e Thomas Mathiesen. *In*: CONGRESSO DO CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. **Criminologias e política criminal I**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. p. 20-21. Disponível em: https://www.academia.edu/31834082/Abolicionismos_Penais_Revisitando_Nils_Christie_Louk_Hulsman_e_Thomas_Mathiesen_2016_. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁴³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 82-83.

Para Arthur Levy Brandão Kullo¹⁴⁴, além de a vítima ser um mero instrumento de acusação, tendo espaço apenas como testemunha, ela é submissa à polícia, pois muitos casos não são levados adiante, justamente pelo poder discricionário exercido por esta instância, que, muitas vezes, seleciona os casos que centralizará seus esforços e, conseqüentemente, acaba por aumentar ainda mais a cifra negra. Afirmando, assim, que a vítima também é estereotipada pelo sistema penal.

Thiago Rodrigues entende que a ênfase nas soluções de conflitos deveria ser a vítima, quando diz: “a ênfase dada pelo direito penal ao agressor, classificado como criminoso, deveria ser revertida para a vítima, na tentativa de minimizar seu sofrimento ou lesão, abdicando-se da vingança travestida de realização do justo”.¹⁴⁵

Por culpa disso, muitas vezes, a pena acaba por ser considerada injusta, exatamente por não colocar frente a frente vítima e autor do fato. Assim, não havendo uma legitimidade da pena, pois não há um interessado verdadeiro pela sua aplicação, somente o Estado buscando a punição de determinado indivíduo. Logo, muitas vezes, a pena só é aplicada como forma de castigo. Nesse sentido, é o que salientam Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis:

Daí que, não havendo relação entre aquele que pune e aquele que é punido, ou ausente o reconhecimento de autoridade, estaremos diante de situações em que se torna extremamente difícil de falar em legitimidade da pena. Se a autoridade for plenamente aceita, poderemos falar de uma pena justa. Se, ao contrário, houver uma total contestação da autoridade, não teremos mais uma pena verdadeira, mas pura violência. Entre estes dois extremos, podemos imaginar toda sorte nas situações intermediárias.¹⁴⁶

Quanto a essa punição exercida pelo Estado, Nils Christie¹⁴⁷ coloca que ela é baseada no castigo e que seu único objetivo é causar dor, pois ela, normalmente,

¹⁴⁴ KULLOK, Arthur Levy Brandão. O abolicionismo penal Segundo Louk Hulsman. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 3, n. 9, p. 6922, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10688160/O_abolicionismo_penal_segundo_Louk_Hulsman. Acesso em: 16 out. 2019.

¹⁴⁵ RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e a abolição das penas. *In*: Passetti, Edson (coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 148.

¹⁴⁶ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 87.

¹⁴⁷ AVILA, Gustavo Noronha; Rossi, Maria Paula Cassone. Abolicionismos Penais: revisitando Nils Christie, Louk Hulsman e Thomas Mathiesen. *In*: CONGRESSO DO CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. **Criminologias e política criminal I**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. p. 7. Disponível em: https://www.academia.edu/31834082/Abolicionismos_Penais_Revisitando_Nils_Christie_Louk_Hulsman_e_Thomas_Mathiesen_2016_. Acesso em: 17 out. 2019.

está afastada de direitos fundamentais, como a complacência e a remissão. Assim, a pena se mostra fútil, não demonstrando objetivos claros para sua manutenção.

Com a abolição do sistema penal, a grande questão seria: para onde iriam as atuais organizações que o compõem? Entretanto, para Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis¹⁴⁸, quando verificada a atual situação dos policiais, por exemplo, observa-se que eles pouco auxiliam a população em questões voltadas à harmonia pública, apenas se concentrando em manter o *início* de toda a máquina penal, deixando de cumprirem um importante papel que é destinado a eles.

Quanto aos Promotores, estes poderiam deixar de lado a acusação e focarem-se em outro papel que já cumprem: o de auxiliar os mais vulneráveis da sociedade (crianças e adolescente, idosos etc.). Já os Juízes passariam por uma modificação em suas carreiras, de modo que os que exercem seu trabalho em varas criminais apenas fariam uma *conversão* e começariam a atuar em varas cíveis.¹⁴⁹

O abolicionismo descreve algumas medidas a serem tomadas na tentativa de solucionar o problema do atual sistema penal, buscando-se alternativas distantes do Direito Penal.

Uma das medidas que são elencadas pela referida teoria é a busca por uma maior solidariedade da sociedade por aquelas pessoas que estão envolvidas no Processo Penal, desde a fase inicial – quando há a seleção dos que figurarão como réus – até a última fase (prisão). Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis destacam quatro tipos de solidariedades que deveriam ser seguidas:

[...] a solidariedade com os condenados; a solidariedade com as pessoas vitimizadas; a solidariedade com o conjunto de pessoas que vivem em uma sociedade e que precisam se livrar de suas falsas crenças e dos erros que cometeram ao relacionar levemente seus problemas na sociedade com a existência do sistema penal; e, finalmente, a solidariedade com as pessoas que asseguram o funcionamento do sistema penal e que, se pudessem deixar de trabalhar pela sobrevivência de tal máquina, sentiriam o prazer de se libertar.¹⁵⁰

¹⁴⁸ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 90-91.

¹⁴⁹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 90.

¹⁵⁰ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 93-94.

Como consequência disso, ocorreria uma maior humanização das prisões e de toda a máquina penal, que deixaria de ser um sistema tão burocrático como é. Além disso, deve-se, ainda, excluir essa visão de *autor* que é dada ao condenado, pois, embora se busque uma maior solidariedade nas aplicações de penas para os condenados, se a visão de que ele é o causador de um fato desprezível continuar, o estigma social se manterá e as medidas mais humanas aplicadas não surtirão tantos efeitos.

Para que haja essa perspectiva é necessária a mudança de um vocábulo muito utilizada no âmbito penal e que o abolicionismo tenta abolir: a palavra crime e suas derivações. Essa mudança é proposta com o intuito de retirar essa visão de malfeitor que é inserida na pessoa que é chamada de criminoso. É esse o pensamento de Louk Hulsan e Jacqueline Bernat de Celis:

O acontecimento qualificado como 'crime', desde o início separado de seu contexto, retirado da rede real de interações individuais e coletivas, pressupõe um autor culpável; o homem presumidamente 'criminoso', considerado como pertencente ao mundo dos 'maus', já está antecipadamente prescrito...¹⁵¹

Com isso, torna-se necessária a substituição por vocabulários diversos, os quais Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis¹⁵² citam como exemplo: *atos lamentáveis*, *comportamentos indesejáveis*, *pessoas envolvidas* e *situações problemáticas*. Dessa maneira, formar-se-ia um novo pensamento sobre aqueles que figuram como réus na ação penal, eliminando-se um pensamento pré-estabelecido por palavras que trazem uma visão ruim sobre aquela pessoa.

A Teoria do Abolicionismo Penal aduz que não basta apenas alterar o vocábulo, conforme anteriormente descrito, mas que os conceitos das palavras substitutas devem ser diversos dos conceitos das palavras substituídas, trazendo uma visão diferente daquilo que se considera como crime no modelo atual. Não seria começar um novo modelo, mas ter uma perspectiva distinta do modelo já existente.¹⁵³

¹⁵¹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 96.

¹⁵² HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 96.

¹⁵³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 96-99.

Um exemplo claro que mostra a possibilidade disso é verificado quando se analisa que determinados atos que eram criminalizados, em épocas passadas, não o são nos dias atuais, sendo atos que estão fora do âmbito penal e não são mais considerados criminosos. Essa descriminalização foi uma visão diferente que a sociedade teve de determinados atos, os quais não são mais repudiados.

Para Nils Christie¹⁵⁴, a condição de crime está totalmente associada ao significado que determinada sociedade dá a ele, estando ligado, principalmente, ao entendimento de pessoas legitimadas a criminalizar determinadas condutas que considere indesejadas para a sociedade, por motivos ligados aos valores de determinada camada social. Ela parte da seguinte premissa: “Atos não são, eles se tornam alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a esses atos”.¹⁵⁵ Dessa maneira, ele não pode ser considerado fechado, mas sim mutável de acordo com o pensamento social.

Além disso, criminalizar determinados atos pressupõe, em muitos casos, que se deva encontrar sua solução na punição, excluindo-se, assim, qualquer outra maneira de resolver a questão. Com isso, também, impossibilita-se que as pessoas envolvidas escolham outras alternativas de resolverem o conflito, afastando, ainda mais, as soluções mais humanas e mais regozijantes.

Essa criminalização vem justificada pela gravidade do ato, sendo esta a base do sistema penal: penalizar os atos que são considerados graves. Entrementes, é difícil definir o que pode ser uma conduta considerada grave, pois o que é grave para uma determinada pessoa, pode não ser para outra. Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis¹⁵⁶ defendem que pode ser tanto um ato que cause um grande prejuízo a outrem quanto algo ligado ao particular da pessoa, como sua intenção de

¹⁵⁴ RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Um tribunal orientado pela vítima: o minimalismo de Nils Christie e suas contribuições à justiça restaurativa. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 253-298, jan.-abr. 2019. p. 264. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332019854_Um_tribunal_orientado_para_a_vitima_o_minimalismo_de_Nils_Christie_e_as_suas_contribuicoes_a_justica_restaurativa. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁵⁵ RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Um tribunal orientado pela vítima: o minimalismo de Nils Christie e suas contribuições à justiça restaurativa. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 253-298, jan.-abr. 2019. p. 264. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332019854_Um_tribunal_orientado_para_a_vitima_o_minimalismo_de_Nils_Christie_e_as_suas_contribuicoes_a_justica_restaurativa. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁵⁶ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 102.

cometer o ato maldoso ou a sua culpa. E que esses dois elementos são muito discrepantes para definir o grau da pena que será imposta ao indivíduo, que vem embasada na gravidade do ato, além de não servirem de parâmetro para uma decisão que interessará aos envolvidos.

Isto é, a gravidade do fato não deve ser a circunstância ensejadora da pena que sofrerá o agente, pois muito volátil é o seu conceito, e que, além disso, não será um parâmetro que trará uma pena satisfatória aos envolvidos na *situação problemática*.

A partir do momento em que aquela determinada situação não for mais denominada de crime, outros métodos poderão ser seguidos na solução dos conflitos, pois os interessados poderão ser colocados frente a frente com o intuito de se buscar soluções satisfatórias para as partes. Além disso, poder-se-ia analisar a situação frente ao caso concreto e, assim, determinar qual seria o melhor caminho a ser seguido, baseando-se no fato ocorrido e suas circunstâncias. Mas, para isso, a lei deveria deixar certa margem de decisão, sem antepor a linha que deverá ser seguida pelo julgador. Nesse sentido, é o que explicam Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis:

Em qualquer caso, seria preciso devolver às pessoas envolvidas o domínio sobre os conflitos. A análise que elas fazem do ato indesejável e de seus verdadeiros interesses deveria ser o ponto de partida necessário para a solução a ser procurada. O encontro cara-a-cara deveria ser sempre possível, pois as explicações mútuas, a troca das experiências vividas e, eventualmente, a presença ativa de pessoas psicologicamente próximas, podem conduzir, num encontro desta natureza, a soluções realistas para o futuro. Ninguém pode dizer de antemão qual é a linha mais adequada para resolver uma situação conflituosa. Assim, a lei deveria de abster de impor uma linha de reação uniforme, como também de definir as situações a que tais ou quais linhas seriam automaticamente aplicáveis. A determinação da linha deveria estar sempre ligada ao caso concreto.¹⁵⁷

Nesse caso, dever-se-ia realizar um maior investimento na Mediação de Conflitos e na Justiça Restaurativa para que o caso fosse tratado de uma maneira mais particular e não genericamente, podendo ser chamados profissionais específicos, que conseguirão trabalhar as questões problemáticas e desenvolverem

¹⁵⁷ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 102-103.

soluções que trarão mais benefícios para as partes, inclusive, podendo aproximar essas soluções do juízo cível.

Esses investimentos não ocorrem por um pensamento desacreditado sobre a eficiência desses métodos. Entretanto, observa-se que o Direito Penal segue não sendo efetivo e, com isso, novos métodos devem ser buscados.

Quanto a essa questão, uma ideia elencada por Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis são as chamadas *community boards*, as quais seguem um modelo parecido com a Mediação de Conflitos e são descritas da seguinte maneira:

Trata-se dos *community boards*, formados por um grande número de conciliadores totalmente diferentes daqueles da fórmula anterior. Estes conciliadores foram comissões *ad hoc*, compostas de membros escolhidos de acordo com as pessoas que solicitam a intervenção do *Community board*. Se o conflito se dá entre portorriquenhos ou entre mexicanos, há pelo menos um portorriquenho ou um mexicano na comissão; se o conflito opõe um homem e uma mulher, terá que haver ali um homem e uma mulher, se o conflito se desenvolveu entre um comerciante e jovens, terão que estar ali um comerciante e jovens. A ideia básica é a de que os membros da comissão sejam pessoas próximas dos implicados no conflito. Outra ideia igualmente importante caracteriza este modelo de resolução de conflitos: os conciliadores não são preparados para resolver conflitos, mas sim treinados para **não propor soluções**. Eles são formados para ajudar as pessoas a reconhecerem por si mesmas a natureza do conflito, a escutarem umas às outras, a procurarem compreender a situação vivida pelo outro e, afinal, a decidirem o que fazer com o conflito: retomá-lo e em que contexto, ou encerrá-lo ali.¹⁵⁸

Já Nils Christie¹⁵⁹ acredita que as soluções de conflitos devem ocorrer entre as próprias partes envolvidas, seja direta ou indiretamente, almejando a reparação do dano causado à vítima, colocando-a no centro do conflito e impedindo que as mediações dessas soluções sejam buscadas por terceiros, fazendo com que o ofensor e a vítima entendam e esclareçam a situação que as envolve. Para ele, o Estado teria *roubado os conflitos*, pegando para si todo o poder de solucioná-los.

¹⁵⁸ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 134.

¹⁵⁹ AVILA, Gustavo Noronha; Rossi, Maria Paula Cassone. Abolicionismos Penais: revisitando Nils Christie, Louk Hulsman e Thomas Mathiesen. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. **Criminologias e política criminal I**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. p. 11. Disponível em: https://www.academia.edu/31834082/Abolicionismos_Penais_Revisitando_Nils_Christie_Louk_Hulsman_e_Thomas_Mathiesen_2016_. Acesso em: 16 out. 2019.

Assim, o referido autor apresenta um modelo de tribunal comunitário, que seria composto por membros de determinada comunidade, que o solucionariam de acordo com seus próprios princípios locais, sempre garantindo que a vítima participe ativamente da resolução do conflito.¹⁶⁰

Para Edson Passetti¹⁶¹, o modelo alternativo de resoluções de conflitos que mais se aproxima do abolicionismo penal seria a Justiça Restaurativa, pois coloca os indivíduos envolvidos na situação problemática frente a frente, para que busquem uma solução sem a intervenção do Estado.

Para que essas medidas sejam colocadas em prática, deve-se entender que problemas ocorrerão na vida em sociedade. Porém, cabe às pessoas compreenderem que isso é algo normal, pois cada indivíduo pensa de maneira diferente e, diante dessa premissa, tentar superar essas adversidades de uma maneira mais humana.

A maior crítica para a aplicação desta teoria é a de que haveria um aumento da violência e do cometimento de crimes. Contudo, já é de conhecimento de todos que o sistema penal não contribui em nada para a diminuição de tais problemas sociais, pois o modelo atual já existe há bastante tempo e não se verifica uma mudança nesses paradigmas ou uma perspectiva de melhora. Nas palavras de Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis:

Qualquer um pode constatar que a existência do sistema penal de forma nenhuma impede os homicídios, os roubos à mão armada, ou outros furtos em residências. Esperar que o sistema penal acabe com 'a criminalidade' é esperar em vão. Trabalhos comparativos mostram que não há relação entre a frequência e a intensidade dos acontecimentos 'violentos' produzidos num contexto dado e o caráter repressivo e a extensão do sistema penal, de tal modo que não se pode dizer que a existência e a importância de um sistema penal

¹⁶⁰ RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Um tribunal orientado pela vítima: o minimalismo de Nils Christie e suas contribuições à justiça restaurativa. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 270, jan.-abr. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332019854_Um_tribunal_orientado_para_a_vitima_o_minimalismo_de_Nils_Christie_e_as_suas_contribuicoes_a_justica_restaurativa. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁶¹ PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. **Revista semestral autogestionária do Nu-Sol**, São Paulo, n. 9, p. 104, 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/23710567/PASSETTI_Edson._Ensaio_sobre_um_abolicionismo_penal. Acesso em: 18 out. 2019.

caminhem juntas com a diminuição do número de acontecimentos violentos no contexto considerado. Ao contrário.¹⁶²

Quanto ao referido aumento de violência, para Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis¹⁶³, ela não ocorreria, pois os problemas seriam resolvidos por uma perspectiva mais *humana* e a coerção policial em caráter urgente permaneceria, existindo um juiz que analisaria a legalidade desta detenção (como exemplo, pode-se utilizar a audiência de custódia), e já prolatar uma decisão do que será feito a partir daí, sem que isso gere uma ausência de liberdade e coloque em risco a segurança do restante da população. Ou seja, ainda permaneceria a força policial para deter e estancar as situações urgentes, cabendo ao judiciário analisar sobre as legalidades da detenção efetuada.

Além dessa crítica, é levantado o ponto de que a vítima buscaria outros métodos para proteger-se, como a criação de milícias ou a própria vingança privada, buscando a chamada *autodefesa*. Porém, o sistema atual não consegue realizar a proteção dessas vítimas, o que já ocasiona na criação de grupos de apelos por mais segurança e mais punição dos infratores – como é o exemplo do feminismo –, ou, até mesmo, pessoas que buscam sua própria vingança por não acreditarem na efetividade do sistema penal. Diante disso, pode-se observar que o discurso do sistema penal é totalmente ludibrioso, pois não é efetivo nas garantias que promete, fazendo com que determinadas pessoas necessitem unir-se para reivindicar por mais segurança e proteção.¹⁶⁴

Desse modo, demonstra-se que a Teoria do Abolicionismo Penal aduz que o modelo repressivo não traz proteção e segurança para as pessoas e nem sempre defende a vítima e seus interesses, gerando apenas sofrimento para os envolvidos com a máquina penal, seus familiares e a sociedade. Defendendo que devem ser buscados novos sistemas para que ocorram mudanças e novos paradigmas sejam alcançados, assim, conseqüentemente, a vida social será mais livre e mais tranquila, longe de todo sofrimento ocasionado pelo encarceramento e pela seletividade social advindos da busca incessante pela punição.

¹⁶² HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 108.

¹⁶³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 113.

¹⁶⁴ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. p. 115-117.

3.2 Posse de Drogas em Perspectiva Abolicionista: Uma Experiência Possível?

O proibicionismo e a repressão às drogas tem gerado uma série de problemas sociais, conforme já exposto no capítulo anterior. Diante disso, novos caminhos devem ser tomados para que uma possível melhora no atual cenário seja alcançada e, com essa busca por novos métodos, são levantadas algumas hipóteses. Dentre elas está o abolicionismo penal, uma teoria que busca abolir o sistema penal.

Conforme a abordagem realizada no tópico anterior, o principal foco do abolicionismo está na crítica da ineficiência do sistema penal, pois o principal objetivo do referido sistema é o encarceramento e, em toda a história, esse sistema se mostrou falho. Essa ideia é corroborada quando da análise de que o número de encarcerados vem aumentando muito nos últimos anos; porém, o número de delitos segue na mesma crescente, ou seja, a punição e o castigo demonstram não cumprirem suas funções educativas, preventivas ou ressocializantes. Vera Maria Guilherme expõe sobre a referida crítica dos abolicionistas:

Considerando não haver possibilidade de um Direito Penal tal como conhecemos sem que haja alguma forma de reprovação a condutas delituosas e que, na maioria das vezes, a reprovação se expressa, ainda, através do encarceramento de ‘rebeldes’, está na prisão o principal foco de crítica dos abolicionistas ao sistema penal.¹⁶⁵

As prisões são falhas, não cumprem seu papel e demonstram não ser uma solução eficiente, sendo aceitas, apenas, por não se verificar uma solução melhor, como afirma Michel Foucault: “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.”¹⁶⁶

Para Michel Foucault¹⁶⁷, a prisão não reprime a delinquência, muito pelo contrário, ela acaba por *fabricar* indiretamente delinquentes e isso acaba retroalimentando o sistema, ou seja, a prisão acaba criando e mantendo a

¹⁶⁵ GUILHERME, Vera Maria. **Quem tem medo do lobo mau?** A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma perspectiva abolicionista. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013. p. 86.

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão** Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 224.

¹⁶⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão** Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 259-264.

delinquência e isso faz com que ela continue *vivendo*. Em razão disso, Foucault afirma que a prisão é o seu próprio remédio.

Quando da análise do cenário brasileiro, pode-se notar que em momento algum o sistema penal mostra-se efetivo, basta observar o número de presidiários e o elevado número de delitos, comprovando-se, assim, ser um sistema que não gera pontos realmente positivos, pelo contrário, acarreta em uma maior problemática social. Quanto a isso, importante destacar o que dizem Vera Maria Gulher e Gustavo Noronha de Ávila:

No que se refere à conjuntura político-criminal brasileira, com a dinâmica de expansão do sistema penal, seja através da criminalização de novas condutas, seja pelo encarceramento por períodos cada vez mais longos, exige uma urgência no reconhecimento da falência do sistema penal enquanto resposta a questões sociais, e na apresentação de alternativas ao sistema penal como implementador de políticas sociais. Um dos efeitos dessa política encarceradora é a inegável presença do Brasil como o terceiro colocado em número de presos do mundo todo. [...] Estamos, portanto, falando de um sistema superlotado e encarcerador que desrespeita direitos humanos.¹⁶⁸

Essa situação está ligada, principalmente, ao discurso da impunidade e do dever de uma dilatação do Estado penal, sendo que os referidos discursos dilatam, cada vez mais, o alcance do Direito Penal.

Os problemas sociais gerados por esse sistema, ligados à seletividade que marca a sua atuação, são ainda mais gritantes quando se analisa o número de presos envolvidos de alguma maneira com o tráfico de drogas e suas classes sociais. Segundo os últimos dados do Levantado Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)¹⁶⁹, realizado no ano de 2017, o tráfico de drogas é o segundo crime que mais faz com que homens sejam encarcerados – quase equiparado ao primeiro (roubo) –, enquanto que em relação às mulheres é disparadamente o primeiro. Analisando o nível de escolaridade dos presos, chega-se à conclusão de que a maioria tem nível de escolaridade baixa (Ensino Fundamental incompleto). Isso, em nosso país, quer dizer que a maioria dos

¹⁶⁸ GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Abolicionismos penais**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 108.

¹⁶⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: atualização - junho de 2017. Consultor: Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 27 out. 2019.

presidiários estão localizados nas camadas sociais mais frágeis e de baixo poder econômico.

Assim, fica subentendido que a Lei nº 11.343/06 é, no que diz respeito à sua operacionalidade, extremamente seletiva e escolhe quem serão os punidos, pois, normalmente, os indivíduos de classe média ou classe alta terão, quando da apreensão da substância pelo policial, suas condutas tipificadas como posse para uso pessoal e não serão reclusos pelo delito de tráfico.

Outro ponto importante de destacar é que, segundo Vera Maria Guilherme¹⁷⁰, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) não utiliza critérios científicos ou médicos na definição das substâncias entorpecentes. Ela segue critérios estabelecidos em tratados que o Brasil seja signatário ou de interesse da indústria farmacêutica para definir as substâncias que serão consideradas lícitas ou ilícitas.

Carl Hart¹⁷¹ corrobora esta informação quando afirma que a nicotina e o álcool podem ocasionar os mesmos danos cerebrais que são causados pelas drogas consideradas ilegais, ou até serem mais tóxicos, caso as doses utilizadas em pesquisas fossem as mesmas em ambas (drogas ilegais e legais). Além disso, o neurocientista critica as pesquisas realizadas, pois a quantidade de drogas utilizadas em pesquisas é muito superior à que é utilizada por seres humanos, não podendo servir de parâmetro para conclusões a respeito do dano causado por elas.

Com isso, observa-se que a definição do que se torna lícito e ilícito é muito frágil, além de ser apenas uma definição realizada por um órgão ligado ao Poder Executivo, que pode mudar isso a qualquer momento, bastando, apenas, querer defini-la como uma substância lícita, sem precisar se utilizar de critérios técnicos para isso.

Carl Hart¹⁷² concluiu, em suas pesquisas, que a proibição de determinadas drogas iniciou-se baseada em um preconceito contra as minorias nos Estados Unidos, haja vista que o processo de proibição teve começo a partir do momento em que esses determinados grupos começaram a utilizar as substâncias, sendo este um meio de controlá-los.

¹⁷⁰ GUILHERME, Vera Maria. **Quem tem medo do lobo mau?** A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma perspectiva abolicionista. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2013, p. 111-112.

¹⁷¹ HART, Carl. **Um preço muito alto:** a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Tradução Clóvis Marques. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 312.

¹⁷² HART, Carl. **Um preço muito alto:** a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Tradução Clóvis Marques. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 234-235.

Aplicar a Teoria do Abolicionismo Penal não significa dizer que aumentaria o consumo de drogas, pois, desse modo, afirmar-se-ia que não conseguimos estabelecer o que pretendemos consumir, nem mesmo os limites desse consumo.

Além disso, Carl Hart¹⁷³ afirma que não é a substância em si a causadora da dependência, mas sim fatores externos, pois o indivíduo, ao utilizar a droga, busca a chamada *recompensa* que aquela sensação gera, assim como outras realizações e substâncias geram (sexo, cafeína, jogos, dinheiro, empregos, etc.) e, caso não obtenha essas outras recompensas, será mais propenso a se tornar um viciado em drogas. Isto é: a dependência não é causada exclusivamente pela utilização das substâncias que compõem as drogas, mas sim por demais fatores que acabam ocasionando que aquele indivíduo utilize-as com mais frequência e se torne um viciado. Hart afirma, ainda, que a maioria das pessoas que faz uso de drogas, não se torna viciado, sendo apenas um usuário esporádico, ao contrário do que é afirmado pela mídia ou outros meios de informações.

Assim, verifica-se que o simples fato das drogas serem mais acessíveis aos usuários não significa que ela será mais utilizada ou que a sociedade terá um número maior de viciados naquela substância.

Vera Maria Guilherme¹⁷⁴ propõe alguns caminhos possíveis para a aplicação da referida da teoria do abolicionismo penal na questão referente às drogas, tais como: a) formação de grupos de estudo e pesquisa nos cursos de Direito voltados para o abolicionismo; b) ações para que pessoas com menos conhecimento tenham acesso às informações contidas na Lei nº 11.343/06; c) ações nas escolas para nortear jovens sobre o consumo das drogas; d) conversar com sindicatos com influências políticas; e) utilizar a internet para propagar conhecimento sobre o assunto; f) aplicar políticas de prevenção e outras alternativas fora do contexto criminal.

Uma das alternativas que tem grande destaque no cenário europeu e que poderá ser aplicada quando o sistema punitivo não fizer mais parte da política de drogas brasileira, é a política de redução de danos. Essa política é baseada na ideia de que não é possível eliminar totalmente o uso das substâncias tóxicas e, diante

¹⁷³ HART, Carl. **Um preço muito alto**: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Tradução Clóvis Marques. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 248-263.

¹⁷⁴ GUILHERME, Vera Maria. **Quem tem medo do lobo mau?** A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma perspectiva abolicionista. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2013. p. 121-123.

dessa premissa, buscaram-se meios para tornar sua utilização mais segura e consciente. Sobre o tema, Vera Maria Guilherme e Gustavo Noronha de Ávila salientam:

Justamente neste fluxo entre direitos e concessões é que estão as chamadas políticas de redução de danos, fundadas a partir da impossibilidade de eliminar a utilização de substâncias entorpecentes de nosso meio. A partir desta constatação, é adotada a ideia de torna-lo mais seguro, impedindo transmissão de doenças e com um acompanhamento mais próximo aos usuários, pois mais vulneráveis do ponto de vista da saúde pública.¹⁷⁵

Essas alternativas abolicionistas devem almejar as seguintes premissas: a empatia e a solidariedade. Dessa maneira, ao invés de usar a punição com o intuito de coação aos usuários, usar-se-ia alternativas mais humanas que, com certeza, trariam resultados mais positivos.

Além disso, verifica-se que diversas questões já são resolvidas longe da esfera penal em nossa sociedade, seja por meio de resoluções cíveis ou administrativas, caminhos totalmente diversos do Direito Penal, chegando-se à conclusão de que a sociedade já vive sem a aplicação do sistema penal em diversas áreas da sociedade.

Tudo isso demonstra a urgência com que devemos discutir o assunto e buscar novas soluções. Entretanto, as respostas e as soluções devem ser discutidas longe de assuntos ligados ao sistema penal, seguindo-se um pensamento abolicionista e mais humano.

Vera Maria Guilherme e Gustavo Noronha de Ávila¹⁷⁶ lembram que, para muitos, essa teoria pode parecer utópica, mas lembram que, na história da humanidade, diversos acontecimentos também eram considerados utópicos em suas respectivas épocas, mas ocorreram e significaram um avanço na busca por direitos humanos, citando o exemplo do fim das escravatura e a queda do Império Romano.

Desse modo, retirando-se a visão de utopia da teoria abolicionista, pode-se elencar alguns sistemas e modelos alternativos que podem ser adotados, afastando-

¹⁷⁵ GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Abolicionismos penais**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 54.

¹⁷⁶ GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Abolicionismos penais**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 90-91.

se do Direito Penal a busca pelas soluções dos problemas que envolvem o sistema e a legislação referente às drogas.

3.2.1 Sistema da Quantificação Legal

O primeiro deles é o sistema da quantificação legal, a partir do qual o legislador definiria uma quantidade que entenderia adequada para ser utilizada diariamente, permitindo que usuários portem essa quantidade sem serem penalizados. Já os que forem abordados portando uma quantidade maior, dever-se-ão ser responsabilizados por tal.¹⁷⁷

Essa seria uma das soluções para o grande problema em se conseguir diferenciar usuários e traficantes, pois, ao estabelecer a quantidade mínima para uma pessoa portar, evitar-se-ia interpretações duvidosas e extremamente discricionárias, as quais não detêm de critérios claros para a tipificação do agente.

A maior crítica quanto à adoção desse sistema é que os traficantes poderiam se aproveitar disso ao transportarem pequenas quantidades de drogas para a venda; entretanto, percebe-se ser mais razoável a utilização desse método e a que trará mais segurança jurídica, pois se evitaria que injustiças fossem cometidas com a reclusão de usuários, pois, atualmente, a lei traz a margem para que sejam confundidos com traficantes, mesmo que portando ou transportando pequenas quantidades.

Por outro lado, com a aplicação desse sistema, o abolicionismo penal abrangeria os indivíduos que portariam pequenas quantidades para uso pessoal, gerando uma maior proteção aos usuários.

3.2.2 Descriminalização

Outro sistema a ser analisado é o da descriminalização. Ocorre que, para além da descriminalização dos usuários que portarem pequenas quantidades, é importante destacar que, para se vislumbrar reais benefícios, seria necessário que o abolicionismo atingisse também a circulação e comércio de drogas, pois, desse

¹⁷⁷ DORIGON, Alessandro; RODRIGUES, Paloma Renata. O art. 28 da Lei 11.343/2006: descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5940, 6 out. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70974>. Acesso em: 28 out. 2019.

modo, o usuário não necessitaria se envolver com a ilegalidade para obter a substância que iria utilizar, além de poder ter conhecimento a respeito da qualidade e da procedência daquela substância – como questões de higiene, etc. Nesse sentido, é o que expõe Vera Maria Guilherme:

Devido ao fato de o comércio das drogas tornadas ilícitas não estar descriminalizado, os usuários continuarão nas mãos dos traficantes habituais, permanecendo em uma situação de vulnerabilidade, por não saberem a procedência da droga a ser adquirida ou mesmo os ingredientes que dela fazem parte. [...]
Porém, descriminalizar apenas o usuário favorece o mercado ilícito, já que este consumidor deverá adquirir droga em alguma ‘boca’ e não terá qualquer garantia de qualidade do produto que vai consumir.¹⁷⁸

Partindo dessa premissa, entende-se que é necessária a descriminalização tanto do porte de drogas para uso próprio quanto da circulação e do comércio de drogas.

Para Louk Hulsman, conceitua-se descriminalização como:

Entendo por ‘descriminalização’ o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocado fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (do juiz).¹⁷⁹

Já Salo de Carvalho entende da seguinte maneira:

Absorvendo as tipologias expressas, podemos conceituar descriminalização como os processos pelos quais os autores de condutas consideradas delitivas não sofrem nenhum efeito reativo institucional ou social (etiquetamento ou estigmatização) derivado da ausência de postulados fundamentais para sua concreção. Entre os postulados, destacamos a legalidade, a sentença criminal condenatória, a iniciativa no processo penal e a reprovação social da conduta.¹⁸⁰

¹⁷⁸ GUILHERME, Vera Maria. **Quem tem medo do lobo mau?** A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma perspectiva abolicionista. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013. p. 114 e 118.

¹⁷⁹ HULSMAN, LOUK. Descriminalização. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 9/10, p.7, jan./jun. 1973.

¹⁸⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** do discurso oficial às razões de descriminalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 197-198.

De acordo com os conceitos supramencionados, entende-se que a descriminalização abrange tanto a descriminalização legislativa quanto a descriminalização judicial.

Salo da Carvalho subdivide a descriminalização legislativa da seguinte maneira:

[...] (1) *descriminalização legislativa em sentido estrito*, na qual se opera a ab-rogação da lei ou do tipo penal incriminador (*abolitio criminis*); (2) *descriminalização parcial, substitiva ou setorial*, cujo processo é o de (2.1) transferência da infração penal para outro ramo do direito – v.g. direito administrativo sancionador –, mantendo-se sua ilicitude jurídica, porém não penal e/ou (2.2) alteração dos critérios sancionatórios, como a modificação nos critérios da tipicidade, flexibilização das penas ou de sua execução, criação de regras diferenciadas de extinção de punibilidade entre outros (*reformatio legis in mellius*).¹⁸¹

Essa maneira de descriminalização é a forma mais *correta* de realizar a descriminalização de condutas que eram consideradas como ilícitas pelo Direito Penal. A descriminalização de fato ocorre, normalmente, pelo razão de que certas condutas podem não ser mais consideradas como inadequadas, perigosas ou danosos no meio social e, diante dessa situação, cabe ao legislador realizar as mudanças na legislação e adequá-la ao cenário atual, devendo realizar um processo de descriminalização da referida conduta, baseando-se no princípio da adequação social.¹⁸²

Como salienta Salo de Carvalho¹⁸³, essa descriminalização é de difícil acontecimento, pois, quando certa conduta passa a ser considerada ilícita, sua propensão é permanecer no sistema penal e, conseqüentemente, permanecer criminalizada.

Quanto à descriminalização judicial, de início, deve-se lembrar de que cabe ao Poder Judiciário controlar todas as falhas exercidas pelo Poder Legislativo na criação de normas, principalmente em matérias ligadas ao Direito Penal, frente à Constituição Federal, devendo realizar o controle difuso para suprimir as *brechas* do

¹⁸¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 194-195.

¹⁸² CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: do discurso oficial às razões de descriminalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 195.

¹⁸³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195.

sistema, buscando a complementação de vaguezas, ambiguidades e incompletudes, podendo abolir a sanção baseando-se nessas falhas.

Dessa maneira, percebe-se que é papel dos julgadores realizar o que Salo de Carvalho¹⁸⁴ chama de *redução dos danos penais*. A atuação do Poder Judiciário passa a ter, assim, um caráter garantista e, segundo Salo de Carvalho, têm duas grandes consequências:

- (a) fortalece elementos de crítica dos movimentos de criminalização
- e (b) produz efeitos concretos na resolução mais favorável do caso penal em análise, fato que por si só demonstra sua virtuosidade por reduzir o impacto do penal na sociedade e diminuir o volume de pessoas no cárcere.¹⁸⁵

Assim, nota-se que o julgador, na medida em que analisar o caso concreto, com base no controle difuso, pode descriminalizar determinada conduta, por entender que ela seja contrária às normas e princípios constitucionais ou, até mesmo, os valores, desde que atente ao determinado em lei e na Constituição Federal. Entretanto, tal decisão acarretará efeito apenas entre as partes (*inter partes*), estando ligada apenas aos envolvidos.¹⁸⁶

Além disso, a descriminalização judicial poderá ter efeito para a coletividade (*erga omnes*), desde que seja realizada através de decisão de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), cuja propositura deve ser feita pelos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal e julgada pelo Supremo Tribunal Federal. A referida descriminalização judicial, a qual tem efeito *erga omnes*, é a que mais se aproxima da descriminalização legislativa, pois a extensão de seus efeitos seriam as mesmas, afetando a sociedade como um todo.¹⁸⁷

Com isso, verifica-se que há duas maneiras de ocorrer a descriminalização judicial. A primeira seria através do controle difuso, em que o juiz analisaria o caso concreto e, através de lacunas na legislação, deixaria de aplicar uma sanção aos

¹⁸⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 200-204.

¹⁸⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205.

¹⁸⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 213.

¹⁸⁷ RUSSO, Luciana. A diferença entre os efeitos da decisão proferida no controle difuso e no concentrado de constitucionalidade. *In*: JUSBRASIL. [S.l.], 2013. Disponível em: <https://lucianarusso.jusbrasil.com.br/artigos/112019691/a-diferenca-entre-os-efeitos-da-decisao-proferida-no-controle-difuso-e-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade>. Acesso em: 20 out. 2019.

envolvidos, gerando efeitos apenas entre as parte (*inter partes*). A segunda seria através do controle concentrado, em que o Supremo Tribunal Federal, provocado pela propositura de ADI, proferiria decisão entendendo que determinada norma é contrária à Constituição Federal, gerando efeitos para toda a sociedade (*erga omnes*).

Logicamente que a descriminalização deve ocorrer gradualmente, realizando-se, primeiramente, a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, principalmente da maconha (*cannabis*), que é a substância ilícita mais consumida no Brasil¹⁸⁸, e, posteriormente, a descriminalização do porte das demais drogas. Assim, conseqüentemente, tornar-se-ia muito mais fácil a descriminalização do comércio e circulação de todas as drogas. Além disso, a *cannabis* é considerada a droga mais leve entre as substâncias entorpecentes proibidas atualmente no Brasil¹⁸⁹, podendo servir como primeiro passo para uma descriminalização mais abrangente.

Destarte, como lembra Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues¹⁹⁰, isso não resolveria todos os problemas advindos do proibicionismo e do mercado ilícito, que continuariam a ocorrer com as demais drogas; porém, serviria como meio de realizar testes para alternativas mais radicais.

Para que advenha a descriminalização deveria haver um controle do Estado sobre isso e o investimento em um aporte maior ao usuário, tanto de informação quanto de métodos terapêuticos. Isso não quer dizer que o Estado, necessariamente, precisaria realizar a venda das drogas, mas poderia incluir o livre-comércio, realizando apenas a fiscalização das substâncias que serão vendidas (qualidade, tipo, preço, etc.), como já exerce com demais produtos no mercado.

Além disso, deverão ser tomadas algumas outras precauções, como a descriminalização apenas de porte de pequena quantidade, a manutenção das

¹⁸⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 88. Disponível em:

<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁸⁹ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 88. Disponível em:

<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁹⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 91. Disponível em:

<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

proibições do fornecimento a menores, o uso em locais públicos e outras circunstâncias que podem gerar riscos para a sociedade.

3.2.3 Legalização

Uma terceira medida que pode ser adotada é a legalização. Após a descriminalização, o próximo passo a ser realizado seria a legalização do sistema que envolveria as drogas, devendo ocorrer um controle sobre elas. Importante mencionar que não se trata de liberação, mas sim de legalização das drogas, pois o primeiro seria a liberação descontrolada quanto ao uso, posse, comércio e circulação de drogas; o segundo seria o Estado teria o controle de sobre o sistema, mesmo que mínimo.

Para Luciana Boiteux de Figueiredo Filho¹⁹¹, existem três tipos possíveis de legalização: a legalização liberal, a legalização estatizante e a legalização controlada.

Na legalização liberal, a produção, circulação e venda seriam de livre comércio e regulamentada pelas leis do mercado; entretanto, pelo fato de as drogas serem consideradas produtos que precisam ter algumas limitações, seriam aplicados alguns regramentos pelo Estado, como já são adotado para o tabaco e o álcool. Nessa teoria, as medidas aplicadas para alcançar essa maior limitação seriam a proibição da publicidade e o controle do marketing utilizado pelas empresas que, muito provável, buscariam incessantemente um maior lucro com a venda de seus produtos, ignorando a saúde daqueles que a utilizariam.¹⁹²

Apesar de a referida teoria ser liberal, ela prevê que haja investimento e a manutenção de políticas que possam auxiliar e diminuir os danos causados pelo uso excessivo das substâncias psicoativas (redução de danos, etc.).

Já na legalização estatizante é o Estado que controla a produção, a venda e a distribuição da substância psicoativa. Nessa teoria, o controle da *qualidade* das

¹⁹¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 92. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 08 set . 2019.

¹⁹² RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 92. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 23 set . 2019.

drogas seria mais fácil de ser realizada pelo Estado, pois ele mesmo realizaria a produção de toda a demanda e, com isso, poderia haver uma maior reversão dos lucros aos programas de políticas públicas destinadas aos dependentes químicos e pessoas afetadas pelo uso abusivo de drogas; porém, de outra banda, o Estado teria um maior controle sobre os usuários, pois eles passariam a depender dele para obtenção da substância da qual fariam o uso, inclusive, sendo maior que o realizado pela proibição.¹⁹³

A legalização controlada é aquela que, segundo Luciana Boiteux Figueiredo Rodrigues, traz os seguintes princípios: “uso discreto, propaganda proibida, produção e distribuição orientadas pelo Estado”.¹⁹⁴

A referida teoria tenta afastar os propósitos buscados pelo proibicionismo, haja vista que não alcançam seus resultados e que, em momento algum, conseguirão afastar totalmente a sociedade do uso de drogas; contudo, mantêm a realização do controle sobre todo o caminho percorrido pela droga, desde o produtor ao consumidor da substância psicoativa, objetivando evitar as consequências advindas da proibição (transmissão de doenças, uso abusivo, etc.).¹⁹⁵

Apesar de realizar esse controle, permite que haja o uso de drogas por parte dos usuários, reconhecendo-o como um direito deles, mas esse uso deve ser controlado pelo Estado. Apesar disso, manteria as condutas que afetassem terceiros como ilícitas, como o contrabando e o dano realizado pelo usuário em estado emocional ocasionado pela ingestão do entorpecente.¹⁹⁶

¹⁹³ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 93. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 23 set . 2019.

¹⁹⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 93. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 08 set . 2019.

¹⁹⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 94. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 23 set . 2019.

¹⁹⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 94. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 23 set . 2019.

Resumidamente, essa teoria toleraria o uso e a comercialização de drogas, esta controlada pelo Estado, e exigiria uma moderação e um controle por parte do usuário, que não poderia afetar bens jurídicos de terceiros ocasionado pelo uso da substância. O uso só poderia ocorrer em domicílio privado e seriam vedados o uso em locais públicos e o abuso, de modo que esse uso não prejudicasse os demais indivíduos da sociedade – principalmente as crianças e os adolescentes –, tornando-o um uso discreto e, em caso de descumprimento, aplicar-se-ia a pena de multa.¹⁹⁷

A produção seria, também, controlada pelo Estado, de modo que para qualquer forma de cultivo, fabricação, importação e exportação necessitar-se-ia da autorização estatal, a qual comportaria a devida limitação de quantidade para cada determinado tipo de substância, sujeitando-se à fiscalização estatal e aplicando-se sanções em caso de contrabando.¹⁹⁸

Por fim, a distribuição seria monopolizada pelo Estado, sendo realizada por operadores devidamente autorizados e que seguiriam as normas estatais estabelecidas, devendo haver a proibição do encorajamento do consumo, evitando-se qualquer propaganda que o incentive. Além disso, os produtos deveriam conter informações quanto aos riscos de seus usos, principalmente do uso abusivo, e seus preços seriam baseados em caracteres sanitários, a fim de evitar que aconteça a elevação de preços e os usuários acabem buscando por traficantes ilegais para comprarem a substância por um preço mais acessível.¹⁹⁹

Além disso, os diferentes tipos de drogas teriam tratamentos diversos, havendo um controle distinto entre elas, baseado no grau de lesividade que cada uma possa trazer ao usuário. Luciana Boiteux Figueiredo Rodrigues elenca as vantagens da adoção de tal teoria:

¹⁹⁷ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 93-101. Disponível em:

<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 23 set . 2019.

¹⁹⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 93-101. Disponível em:

<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 23 set . 2019.

¹⁹⁹ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 93-101. Disponível em:

<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 23 set . 2019.

[...] as vantagens no plano econômico da legalização controlada seriam muitas, tais como a produção de produtos seguros e de qualidade por preços inferiores ao mercado ilícito, o que ampliaria a capacidade estatal de lutar contra o tráfico ilegal, assim como contra a lavagem de dinheiro da droga, que deixaria de ser a fonte de produtos ilícitos. Além disso, os novos empregos criados no mercado formal do comércio e da agricultura também seriam muito mais vantajosos, pois substituiriam os circuitos paralelos do crime, bem como os impostos incidentes sobre as drogas reverteriam em benefício do serviço social, para compensar os danos sanitários e sociais causados pelo abuso das drogas legalizadas. Isso sem contar que os novos impostos, além de multas e taxas recebidos, e a economia das vultosas quantias gastas na 'guerra às drogas' levariam a um aumento de receita do Estado, possibilitando maiores investimentos em saúde e educação.²⁰⁰

Assim, pode-se observar que os modelos de legalização trazem reais vantagens não só para usuários, mas para toda a sociedade, que seria beneficiada com uma série de consequências extremamente positivas e que trariam uma melhor qualidade de vida para todos. Logicamente, os referidos modelos podem ter alterações, dependendo da sociedade em que será colocada em prática, podendo servir como princípios de modelos legalizadores executáveis, sendo perfeitamente ajustáveis ao meio social que serão implementados e às condições da localidade.

3.3 Análise Jurisprudencial: O Abolicionismo Penal em Perspectiva Prática

No presente tópico serão analisados julgados referentes ao exposto até o momento neste trabalho, que demonstram tanto a seletividade penal presente na legislação referente às drogas quanto o atual cenário discutido alusivo à descriminalização da posse de drogas para próprio consumo.

Primeiramente, serão expostos e analisados julgados oriundos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que demonstram critérios utilizados pelos desembargadores que são carregados de certa seletividade para definir os indivíduos que serão julgados como traficantes, além de ser demonstrado como essas decisões prolatadas pelo referido Tribunal trazem muita insegurança jurídica e geram margem pra estereótipos. Em seguida, ocorrerá a análise do Recurso

²⁰⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.** 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 97. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 08 set . 2019.

Extraordinário que está em discussão no Supremo Tribunal Federal, em que está sendo analisada a descriminalização da posse de *cannabis* para uso próprio, ocasião em que será exposto o voto do Ministro-Relator.

3.3.1 Análise da Aplicação da Lei de Drogas

Em uma análise quanto à aplicação da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)²⁰¹, verifica-se que há alguns critérios que são baseados, principalmente, na questão econômica da pessoa que figura como réu na ação penal para defini-lo como traficante e não usuário de entorpecentes.

Além disso, há decisões que geram certa insegurança jurídica, pelo fato de não haver um critério claro para que haja essa diferenciação, pois há casos em que nem mesmo a quantidade da droga apreendida se torna um critério para a definição, acabando-se por utilizar apenas a palavra dos policiais que tiveram o primeiro contato com o indivíduo como meio de prova.

Essas questões ficam ainda mais claras quando são analisados julgados e, nesse caso, foram escolhidos todos do mesmo Tribunal, qual seja, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, serão analisados os seguintes casos:

1º Caso: Julgado nº 70057667214 (Nº CNJ: 0491348-73.2013.8.21.7000), oriundo da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Origem: Comarca de Erechim/RS).

Na Comarca de Erechim, o Ministério Público denunciou determinado indivíduo dando-o como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, pela prática do seguinte fato delituoso:

No dia 26 de novembro de 2010, por volta das 10h40min, na Rua Liberato Salzano, nº 355, Centro, nesta Cidade, o denunciado tinha em depósito e guardava aproximadamente 16,48 (dezesesseis vírgula quarenta e oito) gramas de maconha, droga que determina

²⁰¹ BRASIL. **Lei 11.343/06, 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. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

dependência física e psíquica (laudo de constatação da natureza da substância da fl.10 do Inquérito Policial), sem autorização da autoridade competente e em desacordo com determinação legal.

Na ocasião, a Polícia Civil recebeu diversas informações dando conta de que o denunciado comercializava substâncias entorpecentes em sua residência, razão pela qual se expediu mandado de busca e apreensão judicial (fl.53 do IP). Então, Policiais Cíveis, em cumprimento do referido mandado, dirigiram-se até a residência do denunciado, onde, na cozinha, envolta em um plástico transparente e acondicionada dentro de uma lata de “extrato de tomate”, localizaram e apreenderam a substância supramencionada (auto de apreensão da fl.07 do IP).

O denunciado foi preso em flagrante delito.

No local, ainda, foi apreendida uma lata de “extrato de tomate” contendo 05 (cinco) pedaços de invólucros plásticos com odor de maconha, materiais comumente utilizados para embalar e comercializar drogas (auto de apreensão da fl.07 do IP).²⁰²

A sentença, publicada em 30/04/2013, julgou procedente a denúncia para condenar o réu como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, e § 4º, da Lei nº 11.343/06, às penas de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 600 (seiscentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

O voto foi prolatado, resumidamente, da seguinte maneira:

Induvidosa, portanto, a apreensão da substância entorpecente em poder do acusado quando do fato, em sua residência, em local apontado de tráfico, o que foi corroborado pelo relato coerente dos policiais, desde o auto de prisão em flagrante, e pelo auto de apreensão (fl. 11).

Considerando a quantidade de droga apreendida, 16,48g de maconha, que por sua natureza, poderia render até mais de 16 porções para venda (cada grama permite o fracionamento em até mais de um cigarro de maconha), quantidade incompatível com as condições econômicas do réu, que não demonstrou exercer qualquer atividade lícita, corroborando as informações de tráfico recebidas pelos policiais e que ensejaram o mandado de busca e apreensão a sua residência, plenamente demonstrado que a substância entorpecente se destinava ao tráfico ilícito.

A circunstância de ser o acusado, também, usuário, não afasta a caracterização do crime de tráfico, sendo, inclusive, comum usuários

²⁰² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70057667214**. Apelação crime. Tráfico de drogas. Condenação. Irresignação defensiva. Materialidade e autoria comprovadas pela apreensão da substância entorpecente (16,48g de maconha, que, por sua natureza, poderia render até mais de 16 porções menores para venda), mantida em depósito na residência pelo acusado, quantidade incompatível com as condições econômicas do réu [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Erechim. Relator: Des. José Ricardo Coutinho Silva, 24 de maio de 2016. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?numero_processo=70057667214&code=4156&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=tribunal%20de%20justi%c7a%20-%202.%20camara%20criminal%20-%20regime%20de%20excecao. Acesso em: 18 out. 2019.

praticarem o tráfico para sustentar o consumo, como no presente caso.²⁰³

Em segunda instância, a sentença foi mantida no sentido de manter a condenação do réu no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, ocorrendo, apenas, a diminuição da pena para 1 ano e 8 meses, em regime inicial aberto, haja vista que ele era réu primário e a quantidade não foi considerada expressiva.

2º Caso: Julgado nº 70069833911 (Nº CNJ: 0193585-51.2016.8.21.7000), oriundo da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Origem: Comarca de Sapucaia do Sul/RS):

Na Comarca de Sapucaia do Sul, o Ministério Público denunciou determinado indivíduo (com 19 anos de idade à época dos fatos) dando-o como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, combinado com a Lei nº 8.072/90, pela prática do seguinte fato delituoso:

No dia 02 de maio de 2014, por volta das 23h, em via pública, no interior do pátio de um posto de combustíveis localizado na Avenida Theodomiro Porto da Fonseca, 797, no Bairro Ipiranga, nesta cidade de Sapucaia do Sul, o denunciado, com o propósito de traficância ilícita, trazia consigo aproximadamente onze gramas e oitenta e dois decigramas (11,82g) da droga cocaína, acondicionados fracionados no formato de vinte e três (23) petecas e mais uma trouxinha maior, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, substância cujos componentes acarretam dependência química e psíquica.

Sucessivos telefonemas anônimos naquela noite ao número “190” da Brigada Militar informavam que, no pátio de um determinado posto de combustíveis, havia um indivíduo de estrutura mediana, gordo, com agasalho do tipo moletom e que atendia pelo prenome “Gian”, comercializando drogas ali naquele mesmo instante. Policiais Militares foram destacados ao local para averiguar essa informação.

O denunciado encontrava-se parado no pátio desse posto de combustíveis e, assim que notou a aproximação da viatura, tentou correr. Logo foi detido pelos policiais militares. O denunciado foi

²⁰³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70057667214**. Apelação crime. Tráfico de drogas. Condenação. Irresignação defensiva. Materialidade e autoria comprovadas pela apreensão da substância entorpecente (16,48g de maconha, que, por sua natureza, poderia render até mais de 16 porções menores para venda), mantida em depósito na residência pelo acusado, quantidade incompatível com as condições econômicas do réu [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Erechim. Relator: Des. José Ricardo Coutinho Silva, 24 de maio de 2016. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?numero_processo=70057667214&code=4156&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=tribunal%20de%20justi%c7a%20-%202.%20camara%20criminal%20-%20regime%20de%20excecao. Acesso em: 18 out. 2019.

*então revistado e flagrado ocultando, no interior da sua cueca, um invólucro plástico que continha vinte e quatro porções individualizadas de cocaína destinadas à venda. O denunciado detinha, ainda, R\$70,00 em dinheiro destinado ao troco e um telefone celular. Ele foi conduzido e preso em flagrante.*²⁰⁴

A sentença, publicada em 25/04/2016, para condenar o réu nas sanções do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, às penas de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 333 dias-multa à razão de 1/30 do valor do salário mínimo vigente à data do fato, sendo a pena carcerária substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, tendo em vista que o réu era primário na época do fato e as demais circunstâncias eram favoráveis.

O voto foi exarado, resumidamente, da seguinte maneira:

Induvidosa, portanto, a apreensão da substância entorpecente, em porções prontas para venda, e do dinheiro em poder do acusado quando do fato, em via pública, o que foi corroborado pelo relato coerente dos policiais, desde o auto de prisão em flagrante, e pelo auto de apreensão.

Considerando a quantidade de droga apreendida com o réu, ou seja, 23 petecas de cocaína, pesando 8,21 gramas, além de uma porção maior, pesando 3,61 gramas, totalizando 11,82 gramas de cocaína, que, por sua natureza, poderia render até mais de 47 porções menores para venda (cada grama de cocaína pode ser fracionada em até mais de quatro porções menores), quantidade incompatível com a posse para mero consumo próprio e com as condições econômicas do acusado, que não demonstrou exercer qualquer atividade lícita, ainda com quantia em dinheiro (R\$ 70), sem demonstração de origem lícita, corroboram a denúncia recebida pelos policiais quanto à venda de droga no local por um indivíduo com as mesmas características do acusado.

Logo, plenamente demonstrada a destinação da droga para o tráfico, sendo o dinheiro apreendido proveniente dessa atividade criminoso.

A circunstância de ser o acusado, também, usuário, não afasta a caracterização do crime de tráfico, sendo, inclusive, comum usuários

²⁰⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70069833911**. Apelação crime. Tráfico de drogas. Condenação. Irresignação defensiva. Materialidade e autoria comprovadas pela apreensão com o réu da substância entorpecente (11,82 gramas de cocaína, que, por sua natureza, poderia render até mais de 47 porções menores), parte em porções, prontas para a venda [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Sapucaia do Sul. Relator: Des. José Ricardo Coutinho Silva, 20 de outubro de 2016. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?numero_processo=70069833911&code=8141&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=tribunal%20de%20justi%c7a%20-%202.%20camara%20criminal%20-%20regime%20de%20excecao. Acesso em: 18 out. 2019.

praticarem o tráfico para sustentar o consumo, como no presente caso.²⁰⁵

Em segunda instância, a sentença foi mantida nos exatos termos prolatados em primeira instância.

3º Caso: Julgado nº 70073051419 (Nº CNJ: 0069256-30.2017.8.21.7000), oriundo da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Origem: Comarca de Rio Grande/RS):

Na Comarca de Rio Grande, o Ministério Público denunciou um determinado indivíduo (com 18 anos à época dos fatos) dando-o como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 pela prática do seguinte fato delituoso:

No dia 03 de julho de 2014, por volta das 00h35min, na Rua S, 122, Castelo Branco, nesta cidade, o denunciado trazia consigo, sem autorização e em desacordo com as determinações legais, 85 (oitenta e cinco) pedras de crack, pesando cerca de 14g (quatorze gramas), droga que causa dependência física e psíquica, conforme auto de apreensão da fl. 12 e laudo pericial de fl. 43.

Na oportunidade, Policiais Militares, em patrulhamento ostensivo, avistaram dois indivíduos em uma bicicleta, os quais apresentaram atitude suspeita. Diante do fato, os Policiais prosseguiram com a abordagem dos mesmos logrando êxito em encontrar a droga acima descrita no bolso da calça do denunciado.

Ainda, junto ao denunciado foi localizada e apreendida a quantia de R\$20,00 (vinte reais).²⁰⁶

²⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70069833911**. Apelação crime. Tráfico de drogas. Condenação. Irresignação defensiva. Materialidade e autoria comprovadas pela apreensão com o réu da substância entorpecente (11,82 gramas de cocaína, que, por sua natureza, poderia render até mais de 47 porções menores), parte em porções, prontas para a venda [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Sapucaia do Sul. Relator: Des. José Ricardo Coutinho Silva, 20 de outubro de 2016. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?numero_processo=70069833911&code=8141&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=tribunal%20de%20justi%c7a%20-%202.º%20camara%20criminal%20-%20regime%20de%20excecao. Acesso em: 18 out. 2019.

²⁰⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70073051419**. Apelação crime. Tráfico de drogas. Desclassificação para posse de drogas para consumo pessoal. Irresignações ministerial e defensiva. Materialidade e autoria comprovadas pela apreensão da substância entorpecente mantida pelo réu (14g de crack, que, por sua natureza, poderia render até mais de 140 porções menores para venda), já fracionada para comercialização, quantidade incompatível com destinação para mero consumo próprio e com as condições econômicas do acusado [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Rio Grande. Relator: Des. José Ricardo Coutinho Silva, 27 de março de 2018. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?numero_processo=70073051419&code=8141&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=tribunal%20de%20justi%c7a

A sentença, publicada em 24/08/2016, desclassificando a conduta imputada ao réu, de incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, para aquela descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, uma vez que foi entendido, pelo juízo a quo, que a destinação da droga não foi comprovada.

O voto foi proferido, resumidamente, da seguinte maneira:

Entretanto, com a devida vênia ao ilustre sentenciante, tenho que deve ser dado provimento ao apelo ministerial.

Ora, indubitosa a apreensão da substância entorpecente, em porções prontas para venda, e do dinheiro mantidos pelo acusado quando do fato, em via pública, o que foi corroborado pelo relato coerente dos policiais, desde o auto de prisão em flagrante, e pelo auto de apreensão (fl. 15).

Considerando a quantidade de droga apreendida com o réu, ou seja, 14 gramas de crack, que, por sua natureza, poderia render até mais de 140 porções menores para venda (cada grama de crack pode ser fracionada em até mais de 10 pedrinhas), na ocasião fracionada em 85 pedras, prontas para a venda, quantidade incompatível com destinação para mero consumo próprio e com as condições econômicas do réu, que não demonstrou exercer qualquer atividade laboral, ainda com a quantia de R\$ 20 em dinheiro, sem comprovação de origem lícita, plenamente demonstrado que a substância entorpecente se destinava ao tráfico ilícito, sendo o dinheiro apreendido proveniente dessa atividade criminosa.

Além disso, manter droga em quantidade maior do que aquela admissível para pronto ou breve consumo, configura, por si só, o crime de tráfico de entorpecentes, na forma do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, não importando a condição econômica do réu.

A circunstância de ser o acusado, também, usuário, não afasta a caracterização do crime de tráfico, sendo, inclusive, comum usuários praticarem o tráfico para sustentar o consumo, como no presente caso.

Ademais, suficiente estar o acusado guardando as drogas destinadas ao comércio ilícito para a caracterização do crime de tráfico de entorpecentes, sendo indiferente que realizasse pessoalmente ou não a comercialização.²⁰⁷

a%20-%20202.%20camara%20criminal%20-%20regime%20de%20execcao. Acesso em: 18 out. 2019.

²⁰⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70073051419**. Apelação crime. Tráfico de drogas. Desclassificação para posse de drogas para consumo pessoal. Irresignações ministerial e defensiva. Materialidade e autoria comprovadas pela apreensão da substância entorpecente mantida pelo réu (14g de crack, que, por sua natureza, poderia render até mais de 140 porções menores para venda), já fracionada para comercialização, quantidade incompatível com destinação para mero consumo próprio e com as condições econômicas do acusado [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Rio Grande. Relator: Des. José Ricardo Coutinho Silva, 27 de março de 2018. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?numero_processo=7007305141

Em segunda instância, a sentença foi reformada, condenando o réu com incurso no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, fixando-se a pena definitiva do acusado em 5 anos e 6 meses de reclusão e pena pecuniária consistente em 550 dias-multa, haja vista que o réu era primário, suas circunstâncias eram favoráveis e tinha menos de 21 anos na época do fato.

Dá análise dos casos supracitados, observa-se que as quantidades de drogas apreendidas não são de grande expressão e os réus são todos primários, ou seja, são características que não demonstram com firmeza se, de fato, praticam traficância.

Ocorre que todas as decisões foram baseadas nas palavras dos agentes policiais que abordaram os indivíduos que portavam as substâncias e realizaram suas apreensões, além de se levado em consideração as situações econômicas desses indivíduos, os quais foram meios de provas suficiente para condená-los. Esse segundo critério acaba por criar um determinado estereótipo de traficante, pois, caso o indivíduo não tenha um trabalho, o que, no Brasil, quer dizer que pertence à classe baixa e pobre, será considerado traficante, sob a justificativa de não ter condições financeiras para adquirir as substâncias que estava portando.

Isto é, acaba-se estabelecendo um critério puramente seletivo e baseado em critérios que não analisam o caso em específico, mas sim fatores externos. Quando da análise do primeiro critério, verifica-se que também pode ser considerado um meio de gerar seletividade no sistema penal. Não que a palavra de agentes policiais mereça descrédito, mas não se pode basear uma decisão em um único meio de prova que pode ser extremamente volátil e dotada de caráter subjetivo.

A partir dessas premissas, analisar-se-á o próximo caso:

4º Caso: Julgado nº 70073629974 (Nº CNJ: 0127112-49.2017.8.21.7000), oriundo da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Origem: Comarca de Alvorada/RS):

Na Comarca de Alvorada, o Ministério Público denunciou um determinado indivíduo (com 19 anos à época dos fatos) dando-o como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 2º da Lei 8.072/90, pela prática do seguinte fato delituoso:

No dia 14 de fevereiro de 2015, por volta das 22h, na Rua Carlos Gomes, em frente ao n.º 23, Maria Regina, em Alvorada/RS, o denunciado trazia consigo uma unidade de *Cannabis Sativa L*, vulgarmente conhecida como maconha, pesando aproximadamente 70g, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal, para fins de comercialização.

Na oportunidade, o denunciado foi abordado por policiais militares no local, após ser visualizado em atitude suspeita ao tripular uma motocicleta, localizando-se em seu bolso a droga acima descrita, bem como a importância de R\$ 172,45 (cento e setenta e dois reais e quarenta e cinco centavos) em cédulas e moedas diversas.²⁰⁸

A sentença, publicada em 10/01/2017, julgando parcialmente procedente a ação penal, condenando o réu como incurso nas sanções do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, à razão de 600 horas, e prestação pecuniária de um salário mínimo vigente ao tempo do fato.

O voto declarado seguiu o entendimento do Procurador-Geral de Justiça, sendo o seguinte:

No mérito, entende-se que é caso de desclassificação para o delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

²⁰⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70073629974**. Apelação-crime. Tráfico de drogas. Condenação. Apelo defensivo. Pretendida absolvição. Impossibilidade. Desclassificação para o delito de posse de drogas para consumo pessoal. Tanto na fase policial quanto em juízo o acusado asseverou que é usuário de maconha e que comprou a droga para consumir na praia, onde iria ficar por cinco dias. Isso, aliado à ausência de qualquer outro elemento apontando o destino mercantil da droga angariada, torna impositiva a desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Apelo parcialmente provido. 1ª Câmara Criminal. Comarca de Alvorada. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas, 13 de setembro de 2017. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70073629974&code=8141&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUS TI%20C7A%20-%20201.%20CAMARA%20CRIMINAL. Acesso em: 18 out. 2019.

De fato, da análise dos autos, entende-se que a prova não é extrema de dúvidas para demonstrar a prática do crime de tráfico de drogas por parte do acusado. Isso porque, foi apreendida uma quantidade pequena de maconha em sua posse, não havendo qualquer outra prova da sua ligação com a traficância, visto que, por exemplo, não foram apreendidos instrumentos próprios para a atividade de mercancia, como balança de precisão, e, principalmente, não há comprovação de que ele tenha vendido ou entregue drogas para terceiros.

A sentença condenatória embasou-se somente no depoimento de um dos policiais militares que efetuou a prisão em flagrante do réu. No entanto, do relato prestado pelo policial militar, embora idôneo e coerente, não se extraem maiores provas acerca da alegada traficância que estaria sendo praticada pelo acusado (CD de mídia à fl. 55). Veja-se, de acordo com policial, o réu foi abordado ao acaso, pois agiu com atitude suspeita ao avistar a viatura, tendo sido encontrada a quantidade de 70g de maconha e pouco mais de R\$ 170,00 em espécie na mochila que ele levava consigo. Ora, tais elementos – 70g de maconha e certa quantia em dinheiro – não servem para comprovar inequivocamente que o réu traficava substâncias entorpecentes.

Ainda, cumpre ressaltar que o fato de haver pontos de tráfico no entorno do local do flagrante também não tem o condão de atribuir o tráfico ao acusado que, inclusive, também é usuário de entorpecentes. Isto é, diante da abordagem policial e da apreensão de drogas em poder do acusado, há suspeita de que o indivíduo trazia as drogas para consumo próprio ou para mercancia/entrega a terceiros. No entanto, não há provas consistentes acerca do tráfico. Dessa forma, entende-se que as circunstâncias do caso concreto tornam possível o acolhimento da versão sustentada de que a droga destinava-se a consumo próprio.

Observa-se que tanto na fase policial quanto em juízo o acusado asseverou que é usuário de maconha e que comprou a droga para consumir na praia, onde iria ficar por cinco dias (fl. 09 e CD de mídia à fl. 55).

Portanto, diante das circunstâncias do caso, uma vez que o réu assumiu que trazia as drogas consigo, não prospera o pedido de absolvição trazido pela defesa. Por outro lado, não se sustenta a condenação por tráfico de drogas. Assim, o correto a se fazer é desclassificar-se o crime de tráfico de drogas para o delito previsto pelo art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06, com a consequente remessa ao Juizado Especial Criminal.²⁰⁹

²⁰⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70073629974**. Apelação-crime. Tráfico de drogas. Condenação. Apelo defensivo. Pretendida absolvição. Impossibilidade. Desclassificação para o delito de posse de drogas para consumo pessoal. Tanto na fase policial quanto em juízo o acusado asseverou que é usuário de maconha e que comprou a droga para consumir na praia, onde iria ficar por cinco dias. Isso, aliado à ausência de qualquer outro elemento apontando o destino mercantil da droga angariada, torna impositiva a desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Apelo parcialmente provido. 1ª Câmara Criminal. Comarca de Alvorada. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas, 13 de setembro de 2017. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=7007362997

Por fim, houve a desclassificação para o crime de posse de drogas (artigo 28, da Lei nº 11.343/06), e os autos foram remetidos ao Juizado Especial Criminal.

Em uma análise do 4º caso, verifica-se que a quantidade de droga encontrada com o réu foi de grande expressão, principalmente quando comparada com os outros casos expostos. Entretanto, a defesa alegou que o réu teria adquirido a droga para utilizar na praia e isso foi o motivo para a ocorrência da desclassificação do crime que lhe foi imputado, pouco importando a quantidade apreendida.

Isso demonstra que, de fato, a Lei de Drogas tende a ser aplicada de forma discricionária e seletiva, principalmente quando analisados o 1º caso e o 4º caso, em que ambos se tratam da mesma substância, mas em quantidades diversas, sendo que o primeiro caso utilizou-se do caráter econômico do réu para determinar que o fim que seria dado a droga era seu fornecimento a terceiro, enquanto que no segundo foi entendido que não havia provas suficientes para determinar a traficância, apenas a palavra da polícia.

Interessante, ainda, analisar que no 4º caso foi definido que a quantidade apreendida não seria expressiva, e no 1º caso foi entendido de forma diversa, concluindo-se que a quantidade era de grande expressão; entretanto, percebe-se que a quantidade apreendida no 4º caso é muito superior à quantidade apreendida no 1º caso.

Feita a análise dos casos, importante destacar como o estereótipo de traficante é descrito por Nara Borgo Cypriano Machado:

Quando se imagina a figura de um traficante, quase sempre se elaborada a imagem de um rapaz jovem, negro (ou mulato), de bermuda e tênis, morador de favela. Em consequência disso, muitas pessoas imaginam que o tráfico de drogas está situado nos locais onde estes jovens moram, ou seja, o tráfico se localiza em favelas, nas periferias ou em bairros considerados 'carentes'.²¹⁰

4&code=8141&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUS TI%20C7A%20-%201.%20CAMARA%20CRIMINAL. Acesso em: 18 out. 2019.

²¹⁰ MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova Lei de Drogas. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos [...]**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2010. Disponível em:

Assim, pode-se verificar que as características do sujeito que é considerado traficante pela mídia ou pela sociedade estão ligadas à sua cor, poder econômico e local de moradia. Nara Borgo Cypriano Machado²¹¹ afirma que a quantidade de droga apreendida pouco importa na definição de quem será classificado com traficante, mas sim o local da apreensão e as condições sociais e pessoais do indivíduo que estava portando a substância, o que já demonstra o quão seletiva é a Lei nº 11.343/06.

Assim, pode-se dizer que a lei parte da premissa de que devem ser analisadas as questões sociais da pessoa que portava a substância apreendida, prevaemente até ao caso concreto. Tem-se, inclusive, a transgressão do princípio da isonomia, pois dois indivíduos em uma mesma situação podem ser tratados de formas diversas, em uma decisão que se baseará somente nas suas características sociais e econômicas.

Essa seletividade inicia-se já no momento da apreensão policial, quando um indivíduo de baixo poder econômico e desempregado é encontrado portando drogas, mesmo que em pequena quantidade, pois não teria condições financeiras de adquiri-la. Quanto ao tema, expõe Bruno Dorini de Oliveira Carvalho Rossi:

Não é estranho um policial taxar um pobre portando um cigarro de maconha como traficante, já que por ter pouco dinheiro não teria condições para comprar a droga. Agora um rico, nessa mesma condição, receberia um tratamento diverso daquele, já que devido a sua condição econômica possui dinheiro para financiar o vício. Não é à toa que as classes menos favorecidas integram a maioria da população carcerária nacional.²¹²

Assim, conclui-se que o poder econômico é importante no momento da definição do usuário *versus* traficante, como demonstrado nos casos anteriormente exposto, em que a falta de demonstração de atividade lícita levou-os a serem

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.

²¹¹ MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova Lei de Drogas. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos [...]**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.

²¹² ROSSI, Bruno Dorini de Oliveira Carvalho. **A seletividade penal na definição de usuário e traficante de drogas na aplicação da Lei 11.343/06**. 2014. Relatório Final do Projeto de Pesquisa - Programa de Iniciação Científica (PIC), Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis (IMESA), Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA), Assis, 2014. Disponível em: <https://cepin.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1211400284P518.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

caracterizados como traficantes, haja vista que supostamente não teriam *condições* de adquirir as substâncias que portavam.

Ao definir as características de condições sociais do agente e o local da apreensão, a Lei de Drogas acabou deixando margem para a ocorrência de seletividade quanto aos sujeitos que serão determinados como traficantes:

Quando a lei previu o local e as condições sociais do agente para determinar a diferença entre usuários e traficantes, ela já aplicou a seletividade primária, pois com isso, determinou-se que são as populações mais pobres as responsáveis pelo tráfico de drogas no Brasil. Desta forma, se uma pessoa da classe média (circunstancias sociais), num bairro também de classe média (local), for encontrada com determinada quantidade de droga, poderá ser mais facilmente identificada como usuário (e, portanto não será submetido à prisão) do que um pobre, com a mesma quantidade de droga, em seu bairro carente, confirmando assim a seletividade secundária.²¹³

Dessa forma, resta comprovado que a jurisprudência não é clara em definir quais critérios devem ser utilizados para determinar a destinação da droga e a distinção entre usuários e traficantes, justamente pelo fato da própria lei não trazer critérios objetivos, deixando a definição totalmente na mão de julgadores e, conseqüentemente, trazendo ainda mais insegurança jurídica para a questão.

3.3.2. Breve análise do Recurso Extraordinário n. 635.659

O Recurso Extraordinário 635.659, que já teve a repercussão geral reconhecida, é o recurso que trata sobre a discussão da constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

O referido recurso foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a qual defende os interesses de um assistido que foi condenado a prestar serviço à comunidade pelo fato de estar portando 3 gramas de maconha (*cannabis sativa*), alegando a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, por violar o artigo 5º, X, da Constituição Federal.²¹⁴

²¹³ GODOY, Gabriella Talmelli. Seletividade penal na Lei de Drogas - Lei n. 11.343/2006. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27071>. Acesso em: 19 out. 2019.

²¹⁴ SIMONASSI, Vanessa Perpetuo. Supremo Tribunal Federal e a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal: breve análise do Recurso Extraordinário RE 635.659. *In*: JURÍDICOCERTO. Ipatinga, 17 jan. 2018. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/vanessaperpetuo/artigos/supremo-tribunal-federal-e-a->

Até a realização desta pesquisa, apenas três ministros haviam realizado seus votos – Ministro Gilmar Mendes (relator), Ministro Luís Edson Fachin e Ministro Luís Roberto Barroso –, e todos no sentido de descriminalizar o porte de *cannabis sativa* para uso pessoal.²¹⁵

Dito isso, importante transcrever e analisar o voto do Ministro-Relator, que já se manifestou sobre seu entendimento quanto à questão e votou pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, nos seguintes termos:

Por outro lado, as condutas descritas no art. 28 foram também definidas como crime no art. 33 da referida Lei, no rol das condutas relativas ao tráfico. O art. 33, por sua vez, está inserido no Título IV do texto legal, no conjunto das disposições alusivas à '*produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas*'.

O traço distintivo entre os dois dispositivos, no que diz respeito aos elementos de tipificação das condutas incriminadas, reside na expressão '*para uso pessoal*', contida na redação do art. 28, *caput*. Objetivou o legislador, como se percebe, conferir tratamento penal diferenciado a usuários e traficantes, abolindo, em relação àqueles, apenas privativa de liberdade prevista no diploma legal revogado (Lei 6.368/76, art. 16).

Todavia, deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara incongruência em todo o sistema.

Na prática, porém, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional.

Esse quadro decorre, sobretudo, da seguinte antinomia: a Lei 11.343/2006 conferiu tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico (art. 33, §4º), mas não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante. Na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes.²¹⁶

descriminalizacao-do-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal-breve-analise-do-recurso-extraordinario-re-635-659-4265. Acesso em: 3 set. 2019.

²¹⁵ SIMONASSI, Vanessa Perpetuo. Supremo Tribunal Federal e a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal: breve análise do Recurso Extraordinário RE 635.659. In: JURÍDICOCERTO. Ipatinga, 17 jan. 2018. Disponível em: <https://juridocerto.com/p/vanessaperpetuo/artigos/supremo-tribunal-federal-e-a-descriminalizacao-do-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal-breve-analise-do-recurso-extraordinario-re-635-659-4265>. Acesso em: 3 set. 2019.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Recorrente: Fransisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator:

O Ministro deixa claro que entende no mesmo sentido que já foi exposto no presente trabalho, que há uma grande dificuldade em diferenciar usuários de traficantes, por não haver critérios objetivos para definir essa diferenciação. E que, conseqüentemente, acaba-se por tipificar usuários como traficantes e estes acabam reclusos, gerando uma série de conseqüências negativas.

Assim, apesar de a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) definir um tratamento diferenciado ao usuário, peca nessa outra questão, não alcançando em momento algum seus objetivos de atenção e reinserção dos usuários e dependentes de drogas. Pelo contrário, acaba por gerar mais estigma e preconceito com esses indivíduos.

Quanto aos objetivos de atenção e reinserção de usuários e dependentes, é possível observar que trazendo o abolicionismo para mais perto da legislação de drogas, tem-se a oportunidade de observar o caso de cada usuário em sua singularidade, deixando de lado o modo padrão que a legislação vê todos os usuários, em que todos são tratados da mesma maneira, podendo realizar o seu acompanhamento na forma mais correta que o seu caso, em específico, exige.²¹⁷

Assim, poder-se-ia ter mais sucesso na aplicação de políticas sobre drogas, em uma realidade atual brasileira tão falha, em que usuários são tratados como criminosos e não obtêm o mínimo de conhecimento sobre as substâncias das quais fazem o uso, além de terem receio em buscarem os profissionais da área da saúde que poderiam ajudar os usuários ou dependentes que deles necessitam.

Isso ocorreria pelo fato de que se aumentaria o investimento nessas políticas alternativas ao tratamento penal. Indo mais além, com a abolição penal total das drogas, ao invés de se injetar a quantidade de dinheiro que é já é feita nessa guerra interminável e sanguinária, que, por sinal, é muito alto, principalmente no investimento bélico, investir-se-ia totalmente em tais políticas, fazendo com que as políticas reducionistas de danos tenham cada vez mais espaço no cenário brasileiro.

Afinal, esse é o objetivo do abolicionismo, fazer com que a própria pessoa envolvida resolva sua situação problemática, sem que seja coagida a algo ou sofra alguma sanção penal para isso.

Ministro Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. p. 16-18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 04 out. 2019.

²¹⁷ RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e a abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (coord.) **Curso livre de abolicionismo penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 148-151.

Em seguida, o relator cita dados que deixam ainda mais evidentes os aspectos seletivos da Lei de Tóxicos:

Segundo a pesquisa, na qual foram examinadas 730 sentenças condenatórias pelo crime de tráfico de entorpecentes no período de outubro de 2006 a maio de 2008, por volta de 80% das condenações decorreram de prisões em flagrante, na maioria das vezes realizadas pela polícia em abordagem de suspeitos na rua (82% dos casos), geralmente sozinhos (cerca de 60%) e com pequena quantidade de droga (inferiores a 100g).

Outro dado interessante é que, em apenas 1,8% dos casos da amostra, houve menção ao envolvimento do acusado com organizações criminosas.

A pesquisa constatou, também, uma considerável presença de jovens e adolescentes nas ocorrências. A maioria dos apreendidos (75,6%) é composta por jovens na faixa etária entre 18 e 29 anos.

Verificou-se, ainda, que 62,1% das pessoas presas responderam que exerciam alguma atividade remunerada – formal ou informal. Revela a pesquisa, também, que 57% das pessoas não tinham nenhum registro em sua folha de antecedentes.

O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado.

Não se está aqui a afirmar que a palavra de policiais não mereça crédito. O que se critica é deixar exclusivamente com a autoridade policial, diante da ausência de critérios objetivos de distinção entre usuário e traficante, a definição de quem será levado ao sistema de Justiça como traficante, dependendo dos elementos que o policial levar em consideração na abordagem de cada suspeito.

Notou-se, nas pesquisas, um certo padrão nos flagrantes por tráfico de drogas. Na sua maioria, os flagrantes são realizados pela Polícia Militar, em via pública e em patrulhamento de rotina. Revela a pesquisa, também, que se prende, no geral, apenas uma pessoa por ocorrência e a prova se limita, de regra, ao testemunho da autoridade policial que efetuou a prisão.

Observou-se, ainda, que a média de apreensão foi de 66,5 gramas de droga. Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais.²¹⁸

A partir dos dados expostos no voto do Ministro, fica evidente que há um padrão tanto nas abordagens quanto nos indivíduos que são reclusos pela prática de crimes relacionados ao tráfico de drogas.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Recorrente: Fransisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. p. 19-20. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 04 out. 2019.

Esse padrão, normalmente, refere-se ao poder econômico do indivíduo – empregado ou desempregado –, cor de pele, nível de escolaridade e outros fatores que descrevem pessoas de classe baixa de nossa sociedade. Além disso, esses dados confirmam que, em quase todos os casos, a palavra da polícia é utilizada como único meio de prova para embasar a decisão do magistrado.

A partir de uma perspectiva abolicionista, é possível perceber que o sistema penal em si é composto por um alto seletivismo e carregado de muito preconceito, e não somente o sistema pena, mas a sociedade como um todo, assim afirma Louk Hulsman:

A justiça criminal existe em quase todos nós, assim como em algumas áreas do planeta o ‘preconceito de gênero’ e o ‘preconceito racial’ existem em quase todos. A abolição é, assim, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal em nós mesmos: mudar percepções, atitudes e comportamentos.²¹⁹

Assim como presente na justiça penal e na sociedade, esse preconceito segue na Lei de Drogas, realizando uma *escolha* dos que serão aprisionados, baseando-se no estereótipo de traficante. Essa seletividade fica muito clara quando se analisa os números acima exposto e os casos já trazidos até aqui, isto é, pode-se afirmar que há sim uma escolha dos indivíduos que serão penalizados.

O objetivo do abolicionismo é justamente tentar acabar com essa segregação ocasionada pelo sistema penal, buscando soluções que tentem amenizar e diminuir essa questão extremamente relevante na sociedade.

Além dessas colocações realizadas, Gilmar Mendes realiza críticas quanto à proibição do porte de drogas para uso pessoal frente aos direitos fundamentais defendidos pela Constituição Federal, da seguinte maneira:

Nossa Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Deles pode se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação.

A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a invocação do princípio da liberdade geral, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma

²¹⁹ KULLOK, Arthur Levy Brandão. O abolicionismo penal Segundo Louk Hulsman. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 3, n. 9, p. 6914, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10688160/O_abolicionismo_penal_segundo_Louk_Hulsman. Acesso em: 20 out. 2019.

finalidade de raiz constitucional, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais.

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação.

O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita.

Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante.²²⁰

[...]

A criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde.

Percebe-se que o Relator defende que a proibição do porte de drogas para uso pessoal contraria os direitos à privacidade e à intimidade, os quais são direitos fundamentais defendidos pela Constituição Brasileira. Essa ofensa ocorre pelo fato de que o uso de drogas ofende única e exclusivamente a integridade do próprio usuário, não afetando bens jurídicos de terceiros, ou seja, o uso faz parte da intimidade e da vida privada do próprio usuário, não podendo ser limitado pelo Estado.

Além do mais, não se pode colocar no usuário a culpa pela degradação da saúde pública, nem mesmo dos malefícios advindos da circulação e comercialização de entorpecentes. Isso quer dizer que cada indivíduo tem direito de fazer o que bem entender dentro de sua privacidade, não cabendo ao Estado se intrometer nessa intimidade, desde que isso não afete bens jurídicos de terceiros, pois, nesse momento, ele estará extrapolando sua esfera privada e deverá ser repreendido.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Recorrente: Fransisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. p. 36-38. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 04 out. 2019.

Aqui, perfeitamente válida a colocação de Nils Christie quando diz que “o Estado roubou os conflitos”²²¹, pois o Estado, ao proibir que as pessoas portem drogas para próprio consumo, acaba se intrometendo em assuntos que não são tanto do seu interesse assim.

O abolicionismo almeja a mínima intromissão do Estado nos problemas existentes na sociedade, fazendo com que o próprio indivíduo resolva sua situação problemática e, quando se fala em abolição penal na legislação de drogas, busca-se justamente isso: a mínima intromissão do Estado, principalmente quando essa intromissão fere direitos fundamentais.

Por fim, Gilmar Mendes cita, em seu voto, medidas que podem surgir como alternativas a criminalização da posse de drogas, expondo-as da seguinte maneira:

Em todo o mundo, discute-se qual o modelo adequado para uma política de drogas eficiente. A alternativa à proibição mais em voga na atualidade é a não criminalização do porte e uso de pequenas quantidades de drogas, modelo adotado, em maior ou menor grau, por diversos países europeus, Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha e República Checa, entre outros. Muitos desses países passaram a prever apenas sanções administrativas em relação a posse para uso pessoal.

Em Portugal, por exemplo, cuja política em relação a usuários tem sido citada como modelo, a descriminalização ocorreu em 2001 e foram adotadas, como alternativa, medidas não penais como restrição do exercício de determinadas atividades, multas e o encaminhamento para tratamento.

[...]

Em outros países, a descriminalização decorreu por força de decisão judicial de suas Cortes Constitucionais. Em 1994, a Corte Constitucional da Colômbia declarou inconstitucional a criminalização do consumo de entorpecentes. Na Argentina, a Corte Constitucional reconheceu, em 2009, a incompatibilidade da norma penal com a garantia da intimidade prevista na Constituição, além da ineficácia da política de criminalização.

Além disso, em muitos países, inclusive naqueles em que a posse para uso pessoal ainda é definida com crime, a distinção entre tráfico e uso é feita por critérios objetivos, geralmente com base no peso e na natureza da droga apreendida. Definem-se, para cada tipo de droga, limites máximos de peso, abaixo dos quais se presume que a droga se destina a uso pessoal.

[...]

²²¹ RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Um tribunal orientado pela vítima: o minimalismo de Nils Christie e suas contribuições à justiça restaurativa. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 268, jan.-abr. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332019854_Um_tribunal_orientado_para_a_vitima_o_minimalismo_de_Nils_Christie_e_as_suas_contribuicoes_a_justica_restaurativa. Acesso em: 20 out. 2019.

Não há como negar que a adoção de critérios objetivos para a distinção entre uso e tráfico, fundados no peso e na natureza da droga apreendida, e às vezes até em seu grau de pureza, é medida bastante eficaz na condução de políticas voltadas a tratamento diferenciado entre usuários e traficantes.

Todavia, tendo em conta a disparidade dos números observados em cada país, seguramente decorrente do respectivo padrão de consumo, dos objetivos específicos, entre outras variantes, não se pode tomar como referência o modelo adotado por este ou aquele país.

Por isso mostra-se recomendável, no caso do Brasil, ainda sem critérios objetivos distinção entre uso e tráfico, regulamentação nesse sentido, precedida de estudos sobre as peculiaridades locais.

Cabe registrar, por fim, ainda no campo das alternativas à criminalização, que a própria Lei 11.343/2006 contém interessantes diretivas que muito podem contribuir para resultados mais eficazes no combate às drogas, em relação a usuários e dependentes, do que a criminalização da posse para uso pessoal.²²²

Na parte final de seu voto, o ministro espelha-se em modelos alternativos utilizados por outros países, principalmente europeus, que realizaram a descriminalização do porte de drogas em pequenas quantidades. A maioria dos países adota a imposição de multa administrativa em caso de descumprimento das regras estabelecidas para a posse de drogas para uso pessoal, afastando-se totalmente o problema de uso abusivo de drogas da esfera penal.

Embora muitos países não tenham descriminalizado a posse de drogas através do Poder Legislativo, fizeram através de suas Cortes Superiores, julgando inconstitucional sua criminalização. Além disso, importante destacar que, em muitos países, a conduta de posse de drogas para uso pessoal ainda é criminalizada; entretanto, são estabelecidos critérios objetivos para diferenciar os usuários de traficantes, informando, principalmente, a quantia máxima que cada indivíduo pode portar.²²³

Segundo Thiago Rodrigues:

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Recorrente: Fransisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. p. 40-45. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 04 out. 2019.

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Recorrente: Fransisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. p. 42. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 04 out. 2019.

Estados que descriminalizam drogas controladas, diferenciam traficante de usuário pela quantidade de psicoativos transportada por um indivíduo que seja abordado pela autoridade policial. Ao ultrapassar o teto estabelecido em lei (quantidade, em gramas, de uma determinada droga), um indivíduo deixa de ser percebido como consumidor, para ser classificado como negociante ilegal.²²⁴

Assim, caso haja a abolição penal quanto à posse de drogas para consumo pessoal, ocorrendo sua descriminalização, é possível que seja estabelecido esse quantum máximo de portabilidade de cada droga, evitando certas decisões duvidosas e subjetivas, mas, para que isso ocorra, o abolicionismo deve dar esse pequeno passo e fazer com que usuários não sejam remetidos para a esfera penal e sejam tratados como criminosos.

Diante dessas premissas, o Ministro sugere que, no Brasil, haja uma pesquisa para o estabelecimento de critérios objetivos para distinguir com mais precisão os usuários de traficantes.

A partir de todo o acima exposto, observa-se que o Brasil está a passos largos para alcançar a descriminalização da posse de drogas para uso próprio, haja vista que já há três votos favoráveis para decretar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

Embora tenha ocorrido diversas postergações da referida votação, muito provável que os outros ministros sigam os votos dos que já o fizeram, ao menos a maioria suficiente para decretar a inconstitucionalidade do artigo supracitado, por todos os argumentos levantados pelo Ministro-Relator Gilmar Mendes, os quais já foram, inclusive, exaustivamente elencados no presente trabalho.

Mesmo que não se chegue ao total abolicionismo penal quanto ao assunto relacionado às drogas, pode-se dizer que é um primeiro passo para que um modelo mais benéfico e mais humano seja alcançado e, conseqüentemente, frutos positivos sejam colhidos em uma sociedade mais justa, igualitária e livre, na qual as pessoas tenham seus direitos fundamentais respeitados.

²²⁴ RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e a abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (coord.) **Curso livre de abolicionismo penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 142.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou verificar que o modelo repressivista e punitivista adotado pela legislação brasileira sobre drogas não vem trazendo pontos positivos ou sendo uma boa alternativa para a resolução da questão.

O modelo atual gera, apenas, mais sofrimento e consequências avassaladoras para a vida das pessoas que estão envolvidas de alguma maneira no sistema que envolve os entorpecente no Brasil.

Essas consequências avassaladoras são ocasionadas por normas pouco claras e confusas, que acabam fazendo com que usuários sejam reclusos como se traficantes fossem, pela inobservância e desrespeito por direitos fundamentais defendidos pela Constituição Federal e por diversas outras consequências advindas do excesso de proibicionismo.

Assim, verifica-se que a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) não alcança nenhum de seus objetivos de prevenção, tratamento e reinserção social de usuários ou dependentes de entorpecentes; muito pelo contrário, ela acaba prejudicando-os e afastando-os ainda mais de caminhos que poderiam trazer inúmeros benefícios a eles, pois a referida lei tende a amedrontar as pessoas que precisam de alguma ajuda dos serviços de atendimentos aos usuários de drogas.

Diante dessa série de pontos negativos percebidos na atual legislação, é necessário que se busque novos caminhos para que uma nova perspectiva possa ser ascendida. Entre os novos caminhos, pode-se citar que, com certeza, o abolicionismo penal está entre eles.

Embora a referida teoria seja tratada como uma utopia, deve-se levar em conta que diversos eventos na história da humanidade já foram tratados como utópicos; entretanto, tiveram seus adventos, com o intuito de gerar mais direitos humanos para as pessoas. Então, a Teoria do Abolicionismo Penal precisa ser levada a sério como uma alternativa de mudança do quadro atual.

Com o afastamento de usuários e dependentes da clandestinidade, ocorrerá muitos benefícios para os que hoje necessitam socorrerem-se ao ilícito para obter a substância psicoativa e colocam sua integridade física em perigo, seja adquirindo substâncias de procedência duvidosa ou possibilitando ser confundido com

traficante e acabando por ser recluso, o que traria ainda mais malefícios à vida do usuário.

Além dessas questões, observa-se que a manutenção da posse de drogas no sistema penal impede ainda mais que usuários e dependentes que necessitem de auxílios realizem a busca por atendimentos, pois acabam por sentir medo e estigma de possíveis consequências que possam vir a sofrer, além de prejudicar a aplicação de métodos que poderiam melhorar os resultados de tais atendimentos, como o da redução de danos.

O Brasil está muito longe de atingir o abolicionismo em assuntos relacionados às drogas, mas, como verificado no presente trabalho, há Recurso Extraordinário em votação no Plenário do Supremo Tribunal Federal versando sobre a matéria, em que está sendo discutida a inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei 11.343/06, que criminaliza a posse de drogas para uso pessoal.

Isso não quer dizer que acontecerá o abolicionismo penal na matéria referente às drogas, pois manterá o comércio e a circulação criminalizados; entretanto, é um primeiro passo na busca por um cenário que poderá trazer inúmeros benefícios, não apenas aos usuários, mas para toda a sociedade também.

Com isso, percebe-se que a sociedade brasileira caminha em pequenos passos para que a liberdade seja alcançada, liberdade que estará embasada na garantia de direitos fundamentais e no respeito às escolhas pessoais.

REFERÊNCIAS

- AVILA, Gustavo Noronha; Rossi, Maria Paula Cassone. Abolicionismos Penais: revisitando Nils Christie, Louk Hulsman e Thomas Mathiesen. *In*: CONGRESSO DO CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. **Criminologias e política criminal I**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. p. 4-23. Disponível em: https://www.academia.edu/31834082/Abolicionismos_Penais_Revisitando_Nils_Christie_Louk_Hulsman_e_Thomas_Mathiesen_2016_. Acesso em: 16 out. 2019.
- BIANCHINI, Alice. TÍTULO II: Do Sistema Nacional de Política sobre Drogas. *In*: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed. rev., e atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jul. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 2.953, de 10 de agosto de 1938**. Modifica o art.2º do decreto n. 780, de 28 de abril de 1936, que criou a Comissão Permanente de Fiscalização de Entorpecentes. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República, 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2953-10-agosto-1938-345717-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 jun. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 2.994, de 17 de agosto de 1938**. Promulga a Convenção para representação do tráfico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e ata final, firmado entre o Brasil e diversos Países, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a representação do tráfico ilícito das drogas nocivas. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República, 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-2994-17-agosto-1938-348813-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 jun. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 5.912/06, de 27 de setembro de 2006**. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm. Acesso: 09 jul. 2019.
- BRASIL. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Brasília, DF. Presidência da República, 1964. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso: 28 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 780, de 28 de abril de 1936**. Crêa a comissão permanente de fiscalização de entorpecentes. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República, 1936. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-780-28-abril-1936-472250-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República, 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 891, de 25 de novembro de 1938**. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República, 1938. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del0891.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019**. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/100dias/arquivos_pdf/outros-politica-nacional-antidrogas-decreto-no-9-761-de-11-de-abril-de-2019.pdf. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 4.720, de 21 de setembro de 1942**. Fixa normas gerais para o cultivo de plantas entorpecentes e para a extração, transformação e purificação dos seus princípios ativo-terapêuticos. Rio de Janeiro, RJ. Presidência da República, 1942. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-4720-21-setembro-1942-414751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968**. Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal. Brasília, DF. Presidência da República, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm. Acesso em: 01 jul. 2019.

BRASIL. **Lei 13.840/19, de 5 de junho de 2019**. Altera as Leis nºs 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Brasília, DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm#art4. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. **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. Brasília, DF. Presidência da

República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.451, de 4 de novembro de 1964**. Altera a redação do artigo 281 do Código Penal. Brasília, DF. Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4451.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971**. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República, 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm. Acesso em: 01 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília, DF. Presidência da República, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: atualização - junho de 2017. Consultor: Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 27 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Questão de ordem em Recurso Extraordinário 430150/RJ**. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica do crime. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal da Comarca de Rio de Janeiro e Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Sepúlveda Pertence, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 635659/SP**. Recorrente: Fransisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acesso em: 04 out. 2019.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. Uso de drogas, eficiência e bem jurídico. *In*: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora. 2008.

CAMPOS, Vanessa Correia. **O usuário e o traficante na Lei 11.343/2006**: uma análise sobre os critérios distintivos. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso

(Bacharelado em Direito) – Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26110/1/Vanessa%20Correia%20Campos.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2019.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Análise das Finalidades da Pena nos Crimes de Tóxico: Uma Abordagem da Criminalização do Uso de Entorpecentes à Luz da Prevenção Geral Positiva. *In*: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalheite. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GARÇONI, Ines. Guerra à pesquisa: aqui estão os números que o governo escondeu e que mostram que não há epidemia de drogas no Brasil. *In*: THE INTERCEPT Brasil. [S. l.], 1 abr. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/03/31/estudo-drogas-censura/>. Acesso em: 23 abr. 2019.

GERSON, Fernando. O novo sistema nacional de políticas públicas sobre drogas e flexibilização do modelo criminal repressivo. *In*: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora. 2008.

GODOY, Gabriella Talmelli. Seletividade penal na Lei de Drogas - Lei n. 11.343/2006. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27071>. Acesso em: 19 out. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Capítulo III: Dos crimes e das penas. *In*: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Notas sobre a Inidoneidade Constitucional da Criminalização do Porte e do Comércio de Drogas. *In*: Júnior, Miguel Reale (coord.). **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 19. ed. Niterói: Impetrus, 2017. cap. 4. E-book (não paginado). Disponível em:

https://www.academia.edu/36157355/Curso_de_Direito_Penal_-_Vol._1_-_Parte_Geral_2017_-_Rog%C3%A9rio_Greco.pdf. Acesso em: 09 out. 2019. v. 1: Parte geral.

GUILHERME, Vera Maria. **Quem tem medo do lobo mau?** A descriminalização do tráfico de drogas no Brasil – por uma perspectiva abolicionista. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2013.

GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Abolicionismos penais**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 108.

HART, Carl. **Um preço muito alto**: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Tradução Clóvis Marques. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HARTMANN, Arlete. **Uso de drogas**: crime ou exercício de um direito?. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HENRIQUE, Gustavo; BADARÓ, Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

HULSMAN, LOUK. Descriminalização. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 9/10, p.7, jan./jun. 1973.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993.

INTERNATIONAL HARM REDUCTION ASSOCIATION. **O que é redução de danos?**: uma posição oficial da Associação Internacional de Redução de Danos (IHRA). Londres: International Harm Reduction Association, 2010. Disponível em: https://www.hri.global/files/2010/06/01/Briefing_what_is_HR_Portuguese.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

JAKOB, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Organização: André Luís Callegari e Nereu José Giacomili. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomili. 6. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. E-book. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/47507135/direito-penal-do-inimigo-nocoe-gunther-jakobs?q=G%C3%BCnther%20Jakobs%20%20Direito%20Penal%20do%20Inimigo>. Acesso em: 11 out. 2019.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 1. ed. Niterói: Luam, 1991.

KULLOK, Arthur Levy Brandão. O abolicionismo penal Segundo Louk Hulsmann. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 3, n. 9, p. 6907-6935, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10688160/O_abolicionismo_penal_segundo_Louk_Hulsmann. Acesso em: 16 out. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

LOPES, João Eric Mendes. América: as drogas, políticas proibicionistas e uma nova percepção do futuro. **Perspectivas em Políticas Públicas**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 141-170, jul./dez. 2017.

LUCHIARI, Edemur Ercílio; SILVA, José Geraldo da. **Comentários à Nova Lei sobre Drogas**: Lei n. 11.343/06. 1. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova Lei de Drogas. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos [...]**. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.

MALULY, Jorge Assaf. Lei 11.343/06. A despenalização da posse de drogas para o consumo pessoal. *In*: CONAMP. Brasília, DF, 25 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/417-lei-11-343-06-a-despenalizacao-da-posse-de-drogas-para-o-consumo-pessoal.html>. Acesso em: 30 out. 2019.

MARTINS, Charles Emil Machado. Uso de drogas: Crime? Castigo?. *In*: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. **Revista semestral autogestionária do Nu-Sol**, São Paulo, n. 9, p. 83-114, 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/23710567/PASSETTI_Edson._Ensaio_sobre_um_abolicionismo_penal. Acesso em: 16 out. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Paulo. Posse de droga para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização. *In*: PAULO QUEIROZ. [S.l.], 28 jul. 2010. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/posse-de-droga-para-consumo-pessoal-descriminalizacao-ou-despenizacao/>. Acesso em: 30 out. 2019.

REGHELIN, Elisângela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. *In*: CALLEGARI, André Luis; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Um tribunal orientado pela vítima: o minimalismo de Nils Christie e suas contribuições à justiça restaurativa. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 253-298, jan.-abr. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/332019854_Um_tribunal_orientado_para_a_vitima_o_minimalismo_de_Nils_Christie_e_as_suas_contribuicoes_a_justica_restaurativa. Acesso em: 18 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70057667214**. Apelação crime. Tráfico de drogas. Condenação. Irresignação defensiva. Materialidade e autoria comprovadas pela apreensão da substância entorpecente (16,48g de maconha, que, por sua natureza, poderia render até mais de 16 porções menores para venda), mantida em depósito na residência pelo acusado, quantidade incompatível com as condições econômicas do réu [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Erechim. Relator: Des. José Ricardo Coutinho Silva, 24 de maio de 2016. Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?numero_processo=70057667214&code=4156&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=tribunal%20de%20justi%c7a%20-%202.%20camara%20criminal%20-%20regime%20de%20excecao. Acesso em: 18 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70069833911**. Apelação Crime. Tráfico de drogas. Condenação. Irresignação defensiva. Materialidade e autoria comprovadas pela apreensão com o réu da substância entorpecente (11,82 gramas de cocaína, que, por sua natureza, poderia render até mais de 47 porções menores), parte em porções, prontas para a venda [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Sapucaia do Sul. Relator: Des. José Ricardo Coutinho Silva, 20 de outubro de 2016. Disponível em:

http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?numero_processo=70069833911&code=8141&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=tribunal%20de%20justi%c7a%20-%202.%20camara%20criminal%20-%20regime%20de%20excecao. Acesso em: 18 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70073051419**. Apelação crime. Tráfico de drogas. Desclassificação para posse de drogas para consumo pessoal. Irresignações ministerial e defensiva. Materialidade e autoria comprovadas pela apreensão da substância entorpecente mantida pelo réu (14g de crack, que, por sua natureza, poderia render até mais de 140 porções menores para venda), já fracionada para comercialização, quantidade incompatível com destinação para mero consumo próprio e com as condições econômicas do acusado [...]. 2ª Câmara Criminal. Comarca de Rio Grande. Relator: Des. José Ricardo Coutinho Silva, 27 de março de 2018. Disponível em:

https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?numero_processo=70073051419&code=8141&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=tribunal%20de%20justi%c7a%20-%202.%20camara%20criminal%20-%20regime%20de%20excecao. Acesso em: 18 out. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70073629974**. Apelação-crime. Tráfico de drogas. Condenação. Apelo defensivo. Pretendida absolvição. Impossibilidade. Desclassificação para o delito de posse de drogas para consumo pessoal. Tanto na fase policial quanto em juízo o acusado asseverou que é usuário de maconha e que comprou a droga para consumir na praia, onde iria ficar por cinco dias. Isso, aliado à ausência de qualquer outro elemento apontando o destino mercantil da droga angariada, torna impositiva a desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Apelo parcialmente provido. 1ª Câmara Criminal. Comarca de Alvorada. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas, 13 de setembro de 2017. Disponível em:

https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70073629974&code=8141&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=

TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%201.%20CAMARA%20CRIMINAL.
Acesso em: 18 out. 2019.

RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/355.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e a abolição das penas. *In*: PASSETI, Edson (coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

ROSSI, Bruno Dorini de Oliveira Carvalho. **A seletividade penal na definição de usuário e traficante de drogas na aplicação da Lei 11.343/06**. 2014. Relatório Final do Projeto de Pesquisa - Programa de Iniciação Científica (PIC), Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis (IMESA), Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA), Assis, 2014. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1211400284P518.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

RUSSO, Luciana. A diferença entre os efeitos da decisão proferida no controle difuso e no concentrado de constitucionalidade. *In*: JUSBRASIL. [S.l.], 2013. Disponível em: <https://lucianarusso.jusbrasil.com.br/artigos/112019691/a-diferenca-entre-os-efeitos-da-decisao-proferida-no-controle-difuso-e-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade>. Acesso em: 20 out. 2019.

SICA, Leonardo. Funções Manifestas e Latentes da Política de *War on drugs*. *In*: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). **Drogas**: aspectos penais e criminológicos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

SILVA, Davi André Costa. Art. 28 da Lei nº 11.343/06. Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1175, 19 set. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8949>. Acesso em: 30 out. 2019.

SILVA, RVM. O conceito relativo de neologismo e arcaísmo: um estudo pancrônico. *In*: OLIVEIRA, K., CUNHA E SOUZA, H.F., SOLEDADE, J. (orgs.). **Do português arcaico ao português brasileiro**: outras histórias [online]. Salvador: EDUFBA, 2009, p. 11-20.

SIMONASSI, Vanessa Perpetuo. Supremo Tribunal Federal e a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal: breve análise do Recurso Extraordinário RE 635.659. *In*: JURÍDICOCERTO. Ipatinga, 17 jan. 2018. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/vanessaperpetuo/artigos/supremo-tribunal-federal-e-a-descriminalizacao-do-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal-breve-analise-do-recurso-extraordinario-re-635-659-4265>. Acesso em: 3 set. 2019.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1998.