



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL NOGUEIRA BOTREL PEREIRA

**TRAFICANTE OU USUÁRIO: OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE AS
FIGURAS DO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL E DO
CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

LAVRAS/MG

2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS CURSO DE
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL NOGUEIRA BOTREL PEREIRA

**TRAFICANTE OU USUÁRIO: OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE AS
FIGURAS DO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL E DO
CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

Monografia apresentada ao Centro Universitário
de Lavras como parte das exigências do curso
de graduação em Direito.

Orientador(a): Profa. Me. Walkiria de Oliveira
Castanheira.

LAVRAS/MG

2020

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico
da Biblioteca Central do UNILAVRAS.

C331p Pereira, Rafael Nogueira Botrel.
Traficante ou usuário: os critérios de distinção entre as
figuras do crime de posse de drogas para uso pessoal e do
crime de tráfico de drogas/ Walkiria de Oliveira
Castanheira. – Lavras: Unilavras, 2020.
37f.

Monografia (Graduação em Direito) – Unilavras,
Lavras, 2020.
Orientador: Prof. Walkiria de Oliveira Castanheira.

1. Tráfico de drogas. 2. Usuário de drogas. 3.
Traficante.
4. Descriminalização. I. Castanheira, Walkiria de Oliveira
(Orient.). II. Título.

RAFAEL NOGUEIRA BOTREL PEREIRA

**TRAFICANTE OU USUÁRIO: OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE AS
FIGURAS DO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL E DO
CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

Monografia apresentada ao Centro Universitário
de Lavras como parte das exigências do curso
de graduação em Direito.

Orientador(a): Profa. Me. Walkiria de Oliveira
Castanheira

APROVADO EM: 11/11/2020

ORIENTADOR(A)

Profa. Me. Walkiria de Oliveira Castanheira/UNILAVRAS

PRESIDENTE DA BANCA

Prof. Pós-Dr. Denilson Victor Machado Teixeira/UNILAVRAS

LAVRAS-MG

2020

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

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida e por ter me ajudado nessa jornada, e ver que todo o meu esforço valeu a pena.

A minha família que me ajudou e me deu todo apoio, ficando ao meu lado em todas as etapas dessa caminhada.

À minha querida orientadora, Professora Walkiria Oliveira Castanheira, pelo apoio e dedicação.

A esta Universidade, meus professores, coordenadores e colegas do curso.

RESUMO

Introdução: A presente monografia trata dos critérios de diferenciação entre o traficante de drogas e o usuário de drogas. **Objetivo:** Busca, por meio de uma análise bibliográfica e jurisprudencial, determinar de que forma o direito brasileiro distingue entre as duas figuras e quais as implicações legais desses critérios, caso existentes. **Metodologia:** A presente pesquisa consiste precisamente em determinar se a Lei nº 11.343/06, principal diploma vigente, no que concerne às drogas, fornece elementos objetivos suficientes para a diferenciação entre o usuário de drogas e o traficante. **Resultado:** A hipótese inicial é no sentido de que os critérios existentes abrem espaço para a discricionariedade das autoridades públicas, o que compromete o Direito Penal. **Conclusão:** Existe uma grande diferença de tratamento entre o traficante e o usuário de drogas. Assim é importante conhecer os critérios de diferenciação entre os dois tipos penais.

Palavras-chave: Tráfico de drogas. Usuário de drogas. Traficante. Descriminalização.

ABSTRACT

Introduction: This monograph deals with the differentiation criteria between the drug dealer and the drug user. **Objective:** It seeks, through a bibliographic and jurisprudential analysis, to determine how Brazilian law distinguishes between the two figures and what are the legal implications of these criteria, if any. **Methodology:** The research problem consists precisely in determining whether Law No. 11.343 / 06, the main law in force, with regard to drugs, provides sufficient objective elements for the differentiation between the drug user and the dealer. **Result:** The initial hypothesis is that the existing criteria open space for the discretion of public authorities, which compromises criminal law. **Conclusion:** There is a big difference in treatment between the dealer and the drug user. So it is important to know the criteria for differentiating between the two criminal types.

Keywords: Drug trafficking. Drug user. Drug dealer. Decriminalization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 REVISÃO DE LITERATURA	12
2.1 O DIREITO PENAL E A SUA FUNÇÃO	12
2.2 O DIREITO COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL	12
2.3 DROGAS: CONCEITOS E CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS	18
2.4 SIGNIFICADO DE DROGA	18
2.5 DO PORTE PARA CONSUMO E DO TRÁFICO DE DROGAS	20
2.6 PORTE E CULTIVO PARA CONSUMO PRÓPRIO	20
2.7 TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	23
2.8 DOS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE O TRÁFICO E O USUÁRIO	24
2.9 O DEPOIMENTO POLICIAL COMO ÚNICO ELEMENTO PROBATÓRIO	29
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS	33
4 CONCLUSÃO.	35
REFERÊNCIAS.....	37

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de monografia sobre os critérios de distinção entre as figuras do tráfico de drogas e a posse de drogas para consumo próprio. A legislação pátria é criminaliza o uso e comércio de substâncias proibidas, tratando de forma diferente o usuário e o traficante.

Assim, cria duas espécies diferentes, que devem ser diferenciadas de forma precisa, especialmente no momento de aplicação dos dispositivos ao caso concreto. Como as penas são completamente distintas – por exemplo, para o tráfico de drogas existe a pena privativa de liberdade, ao passo que para o uso de drogas a lei prevê apenas penas restritivas de direito – é fundamental que a aplicação se dê de maneira esmerada.

Além do debate a respeito da descriminalização do uso de drogas, muito em voga na modernidade, importante a discussão a respeito dos critérios utilizados para a diferenciação entre o usuário e o traficante, para fins de aplicação dos dispositivos legais ao caso concreto.

A problemática é: *a Lei nº 11.343/06 fornece elementos objetivos suficientes para a diferenciação entre o usuário de drogas e o traficante?*

A hipótese inicial é no sentido de que os critérios existentes abrem espaço para a discricionariedade das autoridades públicas, o que termina por deturpar as funções do Direito Penal, permitindo o tratamento diferenciado, de acordo com a estrutura de poder existente na sociedade.

O estudo do tema em apreço justifica-se em razão da grande diferença de tratamento entre o traficante e o usuário de drogas. Tanto é verdade que o crime de tráfico de drogas não prevê pena privativa de liberdade. Dessa forma, compreender os critérios de distinção entre as modalidades é indispensável para a correta aplicação do direito.

A pesquisa teve como objetivo geral discorrer a respeito dos critérios usados para diferenciar o tráfico de drogas da posse de drogas para uso próprio. Busca-se

identificar os parâmetros legais para a aplicação do crime de tráfico de drogas e uso de drogas, parâmetros esses que orientam toda a ação policial e jurisdicional, sendo preponderante para o destino dos envolvidos.

Quanto aos objetivos específicos: analisar a função do Direito Penal; conceituar drogas, no contexto da legislação pátria; debater o crime de uso de drogas e o crime de tráfico de drogas e; analisar os critérios de distinção adotados pela legislação vigente.

Para alcance dos objetivos propostos, dividiu-se o estudo em quatro partes, onde:

No capítulo 1 são apresentados os fundamentos de existência do Direito Penal, com foco na função que ele exerce no contexto das estruturas de dominação social. Essa análise se mostra relevante para compreender os limites desse campo jurídico, as suas funções explícitas e implícitas.

No capítulo 2 são apresentados conceitos fundamentais, como o de droga, dentro da sistemática legislativa. Além disso, o capítulo trata da evolução do conceito, demonstrando de que forma a sociedade e o direito lidaram com o consumo de drogas ao longo do tempo.

No capítulo 3 discute-se as figuras do tráfico de drogas e do porte de drogas para consumo próprio. Nesse ponto, a análise concentra-se na visão doutrinária a respeito da Lei nº 11.343/06, no que se refere a cada uma dessas modalidades. Busca-se conceituar o uso de drogas e o tráfico de drogas, situando cada uma dessas condutas no bojo da legislação vigente.

No capítulo 4, por derradeiro, realiza-se uma interface entre a criminalização do tráfico e uso de drogas e os critérios usados para a distinção entre as modalidades. O objetivo é determinar se a legislação vigente oferece parâmetros eficientes para a decisão do caso concreto.

A metodologia utilizada teve como parâmetro fontes secundárias referentes ao tema em apreço, como livros, enciclopédias, dicionários jurídicos, monografias,

disposições normativas, jornais e revistas especializadas em direito, artigos científicos e jurisprudências atualizadas dos tribunais de justiça estaduais e dos tribunais superiores.

Acerca do método de abordagem, a pesquisa foi qualitativa, dado o seu caráter subjetivo, consubstanciada em opiniões de estudiosos da área.

Elegeram-se o método indutivo, em decorrência das conclusões levantadas pelo autor, baseadas nos fatos particulares observados, serem generalizadas, aplicáveis a todos os casos de igual natureza, ainda que seu contato tenha acontecido com uma pequena amostra.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 O DIREITO PENAL E A SUA FUNÇÃO

O primeiro capítulo desta obra destina-se ao estudo do Direito Penal, mais precisamente a respeito da sua função, seja ela explícita ou implícita. A análise parte de um ponto de vista notadamente crítico, com vistas a determinar a real função desempenhada por esse campo jurídico.

Dessa forma, toma como base o pensamento de grandes nomes do Direito Penal, que em muito contribuíram para o seu desenvolvimento, sendo referências no assunto. Cita-se, a título de exemplos, autores como, Juarez Cirino e Nilo Batista, que trataram o Direito Penal como um instrumento institucionalizado de manutenção da estrutura de poder de uma sociedade.

O objetivo preciso consiste em determinar a função do Direito Penal, para posteriormente passar a análise da legislação específica, no que se refere ao crime de tráfico de drogas e os critérios de distinção entre as figuras do traficante e do usuário.

2.2 O direito como mecanismo de controle social

Todas as sociedades se organizam com base em grupos que apresentam coincidências e antagonismos entre si, com relação aos interesses e expectativas formulados. Dessa forma, as sociedades apresentam uma estrutura de poder que pode ser institucionalizada ou difusa.

Existem grupos que são dominantes, centralizando o poder, e grupos que são dominados, sem poder algum, marginalizados, sempre de acordo com a estrutura de controle social existente. A marginalização dos grupos pode ser acentuada ou sutil, a depender da realidade de cada civilização. É o que lecionam Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 62-70), ao analisarem as estruturas de poder, contexto em que se insere precisamente o Direito Penal.

Dessa forma, a estrutura de poder geralmente envolve a marginalização de um grupo, em detrimento de outro. Essa marginalização pode se manifestar de forma evidente e explícita, por um lado, ou de forma sutil, por outro. Geralmente, os regimes sociais em que a dominação é sutil são muito mais eficientes, tendo em vista a interiorização da marginalização.

No entendimento de Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 76), a “centralização-marginalização” é o que explica a estrutura de poder e de controle social, também servindo como referência para identificar se determinada sociedade é mais ou menos democrática em comparação as demais. O controle social, por sua vez, é realizado por meio de mecanismos explícitos ou implícitos. Nos países periféricos, o controle é, não raras vezes, mais presente e manifesto, atingindo especialmente as camadas menos privilegiadas da sociedade.

O Direito Penal atua dentro dos sistemas de controle social, sendo um dos seus mecanismos. O seu discurso oficial é no sentido da punição das condutas desviantes. Na prática, no entanto, o Direito Penal cria normas que determinam as condutas humanas. Dessa forma, trata-se de meio para a sustentação da estrutura de poder, criminalizando determinadas condutas.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 76):

Em síntese, o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os seus próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica. (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2009, p. 76).

No entanto, existe consenso no sentido de que o Direito Penal deve ser aplicado apenas em situações mais gravosas, quando os demais meios de controle social se mostram ineficientes. É o que defende Cezar Roberto Bitencourt, para quem o Direito Penal possui natureza peculiar, ao se manifestar como mecanismo de controle social preventivo, motivando as pessoas a não violarem os preceitos estabelecidos na legislação (BITTENCOURT, p. 36-43).

Esse é, em verdade, um dos fundamentos e razão de ser do Direito Penal. Por se tratar do último recurso, deve ser aplicado apenas em casos que requeiram um posicionamento mais forte por parte do Estado. Apenas os bens jurídicos e interesses mais importantes devem ser tutelados pelo Direito Penal.

Resta evidente, pois, o caráter de controle social desempenhado pelo Direito Penal. Dessa forma, pode ser usado como instrumento para a manutenção da estrutura de poder, privilegiando determinados grupos em detrimento de outros.

Segundo lecionam Estevão e Filho (DA FREIRIA ESTEVÃO; BRITO FILHO, 2020, p. 331):

Como instrumento de controle social formalizado, exercido sob o monopólio do Estado, a *persecutio criminis* somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com normas preestabelecidas, legisladas de acordo com as regras de um sistema democrático. Por esse motivo, os bens protegidos pelo direito penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando, por opção do legislador, proporciona-se-lhe o início da *persecutio criminis*, ela não detém o *ius puniendi*, mas tão somente o *ius accusationis*, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Por conseguinte, o Estado, inclusive nas ações de iniciativa privada, é o titular do *ius puniendi*, que tem, claramente, caráter público. (DA FREIRIA ESTEVÃO, BRITO FILHO, 2020, p.331)

A concepção do Direito Penal depende do contexto do sistema político em que está inserido. A forma como os Estados organizam as relações entre os cidadãos influencia diretamente na perspectiva penal. O poder é exercido de forma distinta em cada sociedade organizada.

Dessa forma, é possível imaginar um Direito Penal que se manifeste de forma autoritária e totalitária, como instrumento para a punição daqueles considerados inimigos do Estado. Por outro lado, também pode se apresentar como instrumento válido dentro de um regime democrático, enquanto instrumento de controle social necessário, mas limitado, sendo legitimado e reconhecido pelas pessoas que a ele se submetem (BITTENCOURT, p. 42).

Na visão de Prado (2015. p. 65-67), o homem coexiste em comunidade e o Direito regula o convívio social, garantindo que as condições mínimas de existência estejam presentes. Nesse sentido, cabe ao direito regular a vida em sociedade, por meio das normas que são exteriorizadas. Para o autor, direito e sociedade se pressupõem mutuamente, da mesma forma que é inegável a relação entre Direito e poder. Poder que é exercido, nas sociedades democráticas, pelo Estado.

Ainda de acordo com Prado (2015. p. 65-67), o Direito Penal é responsável por determinar quais ações e omissões serão objeto de punição. Ou seja, estabelecer quais serão as violações merecedoras de atenção por parte desse campojurídico.

Os bens jurídicos tutelados são determinados pelo legislador, de forma prévia. E são elencados apenas os bens jurídicos relevantes para a sociedade, considerados essenciais. Na visão do autor o Direito Penal não é apenas um instrumento de controle social formalizado, mas também um mecanismo protetivo.

Tratando do Direito Penal e sua função, Batista (2001, p. 19), comenta que esse ramo jurídico existe para cumprir funções “dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira”.

Seguindo essa premissa, o autor entende que as definições e concepções do Direito Penal como meio de defesa e combate à criminalidade devem ser revistas, tendo em vista que o Direito Penal desempenha função prática, na realização de interesses políticos e econômicos.

Tratando do conceito de Direito Penal (2014, p. 3), Santos leciona que:

O Direito Penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas. A definição de crimes se realiza pela descrição das condutas proibidas; a cominação de penas e a previsão de medidas de segurança se realiza pela delimitação de escalas punitivas ou assecuratórias aplicáveis, respectivamente, aos autores imputáveis ou imputáveis de fatos puníveis. A descrição de condutas proibidas aparece em modelos abstratos de condutas comissivas ou omissivas, com as escalas penais respectivas, na parte especial do Código Penal; as espécies e a duração das medidas de segurança são indicadas em capítulo próprio da parte geral do Código Penal. (SANTOS,2014, p. 3).

Santos (2014, p. 4) defende que “O Direito Penal possui objetivos declarados (ou manifestos), destacados pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, e objetivos reais (ou latentes), identificados pelo discurso crítico da teoria criminológica da pena.” Em outras palavras, existem objetivos que são explícitos e outros que podem ser inferidos com base no contexto em que o Direito se insere.

Os objetivos declarados do Direito Penal são aqueles que figuram nos diplomas legais, aqueles que justificam a sua existência. No entanto, existem muitos outros objetivos que não estão precisamente inscritos no texto da lei, nem servem de base para a defesa pública do Direito Penal. São objetivos que estão, antes de tudo, associados aos propósitos e interesses dos grupos de poder em uma sociedade.

No entanto, existem autores que relativizam o papel de controle social desempenhado pelo Direito, identificado não como única fonte do controle social formal, mas apenas uma delas – e nem mesmo a mais relevante.

Dessa forma, “conscientes ou não, estamos permanentemente sujeitos a um universo infundável de regras de comportamento, as quais surgem das mais diversas formas de interação e controle social” (QUEIROZ, 2015, p. 60).

É o que defende Queiroz (2015, p. 60), para quem:

Realmente, já no período de gestação, estamos de algum modo sendo socializados: dão-nos nome, direitos, família, religião, língua, nacionalidade, orientação sexual etc., e passamos a fazer parte de um projeto de vida que não escolhemos, de modo que somos alguém antes mesmo de nascermos. Mais tarde, seremos socializados pela família, escola, trabalho, religião, moral etc., quando então aprenderemos os mandamentos de não matar, não furtar, não prestar falso testemunho etc., razão pela qual o processo de socialização está presente nas nossas vidas a todo tempo e em toda parte, de modo que nunca estamos realmente sós. (QUEIROZ, 2015, p.60).

Acerca da função do Direito Penal, o autor defende se tratar de “um dos instrumentos destinados à socialização do homem; ou ainda: o direito penal é um sistema de controle social puramente confirmador de outras instâncias mais sutis e eficazes” (QUEIROZ, 2015, p. 61).

Assim, pode-se dizer que o Direito Penal é um instrumento voltado para o controle social. Ele é a manifestação do poder do Estado, voltado não apenas para a

prevenção, como também para a coerção, direcionado para as violações mais gravosas aos bens jurídicos mais importantes.

Esse é o ponto de partida para o estudo dos critérios de diferenciação entre o tráfico de drogas e o uso de drogas. Conforme será evidenciado ao longo da pesquisa, o direito não oferece parâmetros objetivos que sejam capazes de garantir a aplicação igualitária da legislação. Assim, o Direito Penal termina é utilizado como instrumento de dominação, por parte do grupo dominante, em desfavor dos grupos dominados.

2.3 DROGAS: CONCEITOS E CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS

Para compreender os critérios de distinção entre traficante e usuário, é relevante entender, em primeiro lugar, o significado de droga dentro do contexto social e legal.

Afinal de contas, o crime de tráfico de drogas existe por uma razão, qual seja, para coibir determinada conduta. E como informado no capítulo anterior, o Direito Penal só incide sobre bens jurídicos considerados importantes para a sociedade.

2.4 SIGNIFICADO DE DROGA

O significado da expressão “droga” deve ser analisado sempre com base na realidade em que é inserido, tendo em vista não se tratar de conceito imutável e universal. A palavra, nesse sentido, apresenta diversas conotações.

De acordo com Carvalho (2016, p. 47), o termo droga era usado de maneira completamente diversas da concepção hodierna, na época do Brasil Colônia, entre a chegada dos portugueses, no ano de 1500, até a independência, em 1822. Na época, a palavra designava raízes, sementes, frutas e plantas utilizadas na culinária e para fins medicinais.

Antes da promulgação do Código Penal de 1890 não havia se falar em proibição legal ao uso e comércio de substâncias psicoativas. O diploma tratou de tutelar o consumo e venda de “substâncias venenosas”, considerados crimes contra a tranquilidade pública.

Dessa forma, resta evidente que a ideia social e legal de droga é variável, não comportando uma única concepção histórica. O seu significado, inicialmente atrelado até mesmo a produtos culinários e medicinais, passou a ser associado a algo negativo, especialmente em razão da criminalização.

Para Carvalho (2016, p. 47), é possível encontrar resquícios de criminalização das drogas no Brasil ao longo de toda a sua história legislativa. No entanto, foi a partir da década de 1940 que a política proibicionista ganhou maior relevo, com a sistematização das normas coercitivas.

A política de drogas brasileira, criada e difundida a partir de 1940, está fundamentada em um sistema repressivo, que se manifesta pela autonomização das normas que tipificam as condutas, como o uso e a comercialização de substâncias proibidas. O Código Penal de 1940 contribuiu em grande medida para o avanço da criminalização (CARVALHO, 2016, p. 47)

O combate legislativo às drogas culminou, em tempos mais modernos, na Lei nº 11.343/06, diploma que priorizou o uso do termo drogas, em detrimento de outras expressões, consideradas mais técnicas, como substância entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica.

De acordo com Cleber Masson e Vinícius Marçal, o legislador optou pela terminologia mais simples, em conformidade com a escolha realizada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) (MASSON; MARÇAL, 2019, p. 24).

2.5 DO PORTE PARA CONSUMO E DO TRÁFICO DE DROGAS

Superada a análise relativa ao conceito de drogas e sua aplicação dentro da esfera do Direito Penal, relevante a análise das figuras do porte e cultivo de drogas para consumo próprio e do tráfico ilícito de drogas.

São duas modalidades previstas no ordenamento jurídico brasileiro, dentro da sistemática da Lei nº 11.343/06. A análise de cada uma delas, em separado, será a base para o estudo dos critérios de distinção adotados, quando da aplicação da lei ao caso concreto.

2.6 Porte e cultivo para consumo próprio

A Lei nº 11.343/06 institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, além de prescrever medidas preventivas ao uso de drogas, para a atenção e reinserção dos usuários e dependentes, estabelece normas para a repressão da produção e tráfico ilícito e define crimes. Com a sua publicação, as Leis n. 6.368/76 e 10.409/2002 foram revogadas.

Uma das grandes inovações da nova legislação foi o tratamento diferenciado com relação ao usuário de drogas. Outro ponto relevante diz respeito “a tipificação de crime específico para a cessão de pequena quantia de droga para consumo conjunto”. Além disso o diploma trata do agravamento da pena do tráfico, tipifica o crime de financiamento ao tráfico e regulamenta novo rito processual (GONÇALVES, 2011, P. 31).

Com relação ao usuário de drogas, pertinente a literalidade do art. 28 da Lei de Drogas, que diz o seguinte:

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

§ 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. [...] (BRASIL, 2006)

De acordo com Gonçalves, o dispositivo em comento elenca, como bem juridicamente protegido, a saúde pública. Com relação a sua natureza jurídica, o autor entende se tratar de crime, tendo em vista a sua inclusão na sistemática legal e o procedimento adotado pelo Juizado Especial Criminal. O art. 30 da Lei, ao determinar a aplicação das regras do art. 107 do Código Penal, reitera a criminalidade da prática.

Sobre o assunto, Gonçalves (2011, p. 32) defende que:

Não é possível aceitar a tese de que o fato não é mais considerado ilícito penal porque a Lei não prevê pena privativa de liberdade em abstrato, apenas com base no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, que prevê serem considerados crimes os fatos ilícitos a que a lei comine pena de reclusão ou detenção. Com efeito, a finalidade deste dispositivo era apenas a de diferenciar crimes e contravenções por ocasião da entrada em vigor concomitante do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais, em 1º de janeiro de 1942. O dispositivo, porém, não é norma constitucional e pode, portanto, sofrer restrições por novas leis, como ocorre no caso em análise. (GONÇALVES, 2011, p. 32).

No entanto, esse não foi o posicionamento de todos os doutrinadores quando a lei entrou em vigor. De acordo com Andreucci (2017, p. 334), uma “mínima parcela da doutrina pátria entendeu que, ante a nova redação do art. 28, teria havido a descriminalização do porte de droga para uso próprio”, tendo em vista que o dispositivo não estabeleceu pena privativa de liberdade, mas sim a advertência, prestação de serviço à comunidade e medida de caráter educativo.

Porém, a simples inexistência de pena privativa não significa a descriminalização. Andreucci (2017, p. 334) defende que houve “apenas diminuição da carga punitiva, pois a Lei, mesmo tratando mais brandamente o usuário, manteve a conduta como crime, fixando-lhe pena (ainda que não privativa de liberdade).”

O crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 é de ação múltipla, uma vez que implica na realização de diversas condutas, com incidência de apenas um crime. A compra e posse de drogas, por exemplo, não configura dois crimes distintos. Não há se falar, pela leitura da norma, em tipificação do uso pretérito de substância proibida. Nas palavras de Gonçalves (2011, p. 32), “Assim, caso um exame de sangue ou de

urina constate que alguém usou droga, ou, ainda, se ele confessar ter feito uso de entorpecente em determinada oportunidade, não responderá pelo crime”.

O § 1º apresenta uma figura equiparada, ao estabelecer “o mesmo tratamento penal a quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto” que seja capaz de causar dependência, seja ela física ou psíquica. Esse dispositivo é aplicado ao usuário, que produz a droga para o seu consumo privado, sem comercialização (ANDREUCCI, 2017, p. 335).

Um dos grandes desafios com relação à figura do usuário é justamente a sua definição. Conforme será analisado em momento oportuno, a lei não fornece elementos claros, que permitam a distinção entre o usuário e o traficante. Nesse sentido, “para determinar se a droga destina-se a consumo pessoal, o juiz deve atender à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais” e outros elementos, como a conduta e antecedentes (art. 28, § 2º) (ANDREUCCI, 2017, p. 335).

A quantidade de drogas é frequentemente referida como um dos principais elementos caracterizadores do porte de drogas para uso próprio. No entanto, conforme leciona Andreucci (ANDREUCCI, 2017, p. 335):

A posse de pequena quantidade de droga não implica, por si só, posse para consumo pessoal. Nada impede que o traficante tenha consigo pequena quantidade de drogas para vender, ou que tenha vendido a maior parte da droga, restando-lhe pequena quantidade. Pode ocorrer, ainda, que o usuário, com receio de incursões frequentes em locais de risco para a aquisição da droga em pequenas quantidades, a adquira em quantidade considerável, guardando-a para consumo pessoal durante longo período de tempo. Neste caso, verificada apenas a quantidade de droga, haveria injusta tipificação de sua conduta como tráfico. (ANDREUCCI, 2017, p. 335).

Nesse sentido, pode-se dizer que um dos critérios mais mencionados para a diferenciação entre o traficante e o usuário não é capaz de garantir a aplicação justa da legislação penal. Não sendo a quantidade suficiente para a separação entre o

traficante e o usuário, quais seriam os parâmetros a serem aplicados? Essa é a questão que se pretende responder no tópico e capítulos seguintes.

2.7 Tráfico ilícito de drogas

O crime de tráfico de drogas está tipificado no art. 33 da Lei de Drogas, que diz o seguinte:

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

Pena - reclusão de cinco a quinze anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. (BRASIL,2006).

Assim como ocorre com o crime de uso de drogas, o bem jurídico tutelado é a saúde pública. O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, sendo possível tanto a coautoria quanto a participação. A lei prevê aumento de pena na hipótese de cometimento do crime por agente que se vale da função pública ou que esteja em desempenho de função de educação, guarda, vigilância e poder familiar (art. 40, II) (GONÇALVES, 2011, p. 38).

Ao todo são previstas dezoito condutas que configuram o crime de tráfico de drogas. Não é objeto da pesquisa esgotar todas elas, bastando a exemplificação de algumas, consideradas mais relevantes para o estudo.

Uma das figuras é a de adquirir, que corresponde à compra da droga. No entanto, “Só constitui tráfico se a pessoa adquire com intenção de, posteriormente, entregar a consumo de outrem”. Aquele que compra para uso pessoal incorre nas penas previstas no art. 28, que trata do porte para consumo.

A lei também trata da venda, da exposição à venda, do oferecimento da droga, do transporte, da prescrição e de outros verbos. Todos eles culminam na aplicação do crime de tráfico de drogas (GONÇALVES, 2011, p. 39).

2.8 DOS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO ENTRE O TRÁFICO E O USUÁRIO

Ponto importante diz respeito aos critérios específicos de diferenciação criados pela legislação brasileira, no que diz respeito a figura do traficante de drogas e do usuário de drogas. Nesse capítulo pretende-se demonstrar quais são esses critérios e sua efetividade, tendo em vista a sistemática da legislação penal.

A análise da Lei 11.343/06, diploma que trata da repressão ao tráfico ilícito de drogas revela a adoção de um modelo de diferenciação, que permite ao sistema penal uma seletividade excessiva. Por opção legislativa, os crimes de tráfico e de uso de drogas foram disciplinados em artigos distintos. Assim, o art. 33 tratou da conduta do tráfico, ao passo que o art. 28 trata do uso.

Importa destacar, como debatido em momento anterior, que o crime de uso de drogas, apesar de ser um crime tipificado pela legislação, não apresenta pena privativa de liberdade, mas tão somente penas restritivas de direito, como é o caso da prestação de serviços à comunidade.

No entanto, apesar de não prever pena privativa de liberdade, a legislação brasileira não tornou lícito o consumo de drogas. Assim, a criminalização do usuário ainda é uma realidade à luz do direito pátrio.

Muitas críticas existem à manutenção da criminalização, tendo em vista que o principal bem jurídico tutelado é a saúde pública, um dos fundamentos de existência da Lei 11.343/06 é a saúde pública. O argumento é no sentido de que o uso de drogas compromete a saúde de todas as pessoas, de forma geral e indeterminada.

É com base na proteção à saúde da coletividade que o direito brasileiro pune não apenas o tráfico de drogas, como também o consumo de drogas. A autolesão, por sua vez, não é objeto de punição, fora do alcance da aplicação legal.

Fica a dúvida, nesse sentido, sobre a gravidade do bem jurídico tutelado pelo direito, uma vez que o nexos de causalidade entre o uso de drogas e a saúde coletiva parece muito tênue, para não dizer inexistente (DINU, 2014, p. 38).

O tema está sendo analisado pelo Supremo Tribunal Federal, que constantemente recebe manifestações pela inconstitucionalidade da criminalização do uso de drogas. O Recurso Extraordinário (RE) 635659 é um exemplo.

Paralisado no Supremo, o Recurso já recebeu três votos. O ministro Fachin se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata precisamente do consumo pessoal de drogas consideradas ilícitas.

No entanto, o seu voto está restrito a uma droga específica, a maconha, tendo em vista que o recurso trata justamente da apreensão dessa substância. Mesmo assim, a argumentação demonstra um amadurecimento do judiciário brasileiro, que pode em um futuro próximo descriminalizar o uso de drogas – ou pelo menos de algumas drogas (STF, 2015).

De acordo com o ministro, “a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais”. É exatamente os riscos gerados pelo direito brasileiro vigente, na medida que, conforme será analisado a seguir, não existem parâmetros objetivos claros que permitam determinar quem é o traficante e quem é o usuário.

Também pela descriminalização votou o ministro Roberto Barroso, que além de estabelecer que o fato deveria ser descriminalizado, sugeriu a liberação do porte de até 25 gramas de maconha, bem como a plantação de até seis plantas por pessoa. No entendimento do julgador, esses critérios seriam temporários, válidos até a definição de novos parâmetros pelo Congresso Nacional (STF, 2015).

O voto do ministro Gilmar Mendes, então relator, também apontou para a inconstitucionalidade do artigo que criminaliza o uso de drogas. No entendimento do ministro, a criminalização tem o condão de estigmatizar o usuário, além de comprometer medidas de prevenção e redução dos danos. Além disso, configura uma

punição desproporcional, o que estaria em desconformidade com as garantias que são próprias dos direitos da personalidade (STF, 2015).

Ainda que não exista uma definição jurisprudencial, a não aplicação de uma pena privativa de liberdade, por si só, deve ser considerada um avanço. O país vinha passando por uma série de medidas voltadas para a criminalização, motivo pelo qual a amenização da legislação deve ser vista como uma evolução.

No entanto, a mudança aconteceu de forma isolada, sem a preparação do ambiente. Resulta dessa dissonância que os critérios de diferenciação entre o traficante e o usuário não se mostram capazes de oferecer parâmetros corretos para a aplicação da lei.

De acordo com Rodrigues (2006, p. 176), a política de encarceramento para os traficantes não foi apenas mantida, como também exacerbada, afetando também os usuários.

De acordo com Batista (apud RODRIGUES, 2006, p. 176):

A juventude de classe média e alta já conta com mecanismos privados de descriminalização. Os projetos de descriminalização do usuário deixam ainda mais expostos à demonização e criminalização as principais vítimas dos efeitos perversos da exclusão globalizada: a juventude pobre de nossas cidades recrutada pelo mercado ilegal e pela falta de oportunidades imposta pelo atual modelo econômico a que estamos submetidos (BATISTA, 2003 apud RODRIGUES, 2006, p. 176).

Para Marcelo Campos, a lei de drogas pode ser descrita por meio de uma metáfora, envolvendo o copo meio cheio e o copo meio vazio. De acordo com o autor, para que fosse possível a descarcerização do uso de drogas, além da redação das expressões “redução” e “prevenção” na legislação, a pena de prisão foi não só reafirmada, como também majorada, de 3 para 5 anos.

Assim, o que a legislação brasileira foi dar um pouco mais de liberdade, ao mesmo tempo em que endureceu o tratamento para o crime de tráfico, sem a criação de critérios claros que permitam a diferenciação de um tipo e outro. A medida pode ser vista como uma estratégia legislativa para conseguir a aprovação do diploma (CAMPOS, 2015, p. 170-172).

Fica evidente que a legislação moderna não atribui pena privativa de liberdade ao uso de drogas, ao mesmo tempo em que aborda a questão relativa a prevenção. No entanto, não alterou em absolutamente nada o modelo de repressão que marca o direito penal. O que a legislação fez, em verdade, foi aumentar ainda mais o abismo entre os usuários e os traficantes, o que é bastante perigoso do ponto de vista da aplicação da lei.

Na visão de Carvalho (2016, p. 329) as definições contidas no § 2º, do art. 28:

[...] acabam por destoar da própria lógica do sistema dogmático da teoria constitucional do delito, substancialmente porque tentam absolutizar critérios objetivos de forma a induzir a esfera subjetiva do tipo. A partir de conjunturas fáticas que caracterizam os elementos objetivos (circunstâncias, tempo, local e forma de agir) ou de características pessoais do autor do fato (antecedentes e circunstâncias pessoais e sociais), são projetados dados de imputação referentes à integralidade da tipicidade, olvidando seu aspecto mais importante, o elemento subjetivo (CARVALHO, 2013, p.329).

Necessário reforçar que o tratamento penal, processual e penitenciário é diferente quando comparadas as condutas do uso de drogas e do tráfico de drogas. O legislador teve grande preocupação em separar essas condutas, mas sem uma contrapartida na definição dos limites para o enquadramento, quando do caso real.

Assim, a legislação cria um abismo entre o tráfico e o uso de drogas, sem que seja possível apontar com clareza o que diferencia uma coisa da outra. O cenário se torna ainda mais preocupante quando analisados os dispositivos legais em sua literalidade.

Existem muitos verbos que podem ser encontrados tanto no art. 28 quanto no artigo 33 da Lei 11.343/06, o que acaba por criar uma “zona cinzenta intermediária”, que permite que uma mesma conduta seja analisada com base em qualquer dos dispositivos. Nesse sentido “a diferenciação [...] continua a ser feita caso a caso, sem a possibilidade de uma distinção legal apriorística” (BRASIL, 2009, p. 37).

A existência de uma zona de indefinição abre espaço para a discricionariedade na aplicação da legislação. Sem critérios objetivos, traficantes podem ser enquadrados como usuários, ao mesmo tempo em que usuários podem ser enquadrados como traficantes (CARVALHO, 2016, p. 261-262).

Percebe-se que o direito brasileiro não oferece elementos suficientes para a diferenciação entre o traficante e o usuário. A ausência de pena privativa de liberdade, que poderia ser vista como algo positivo, termina representando um problema, na medida em que algumas pessoas podem ser beneficiadas pelo tratamento diferenciado, ao passo que outras, por questões sociais, circunstanciais ou de qualquer outra natureza, podem ser injustamente enquadradas no tipo penal mais gravoso, qual seja, do tráfico de drogas.

2.9 O DEPOIMENTO POLICIAL COMO ÚNICO ELEMENTO PROBATÓRIO

Ante a inexistência de critérios objetivos, as autoridades policiais, não raras vezes, baseiam a persecução penal pura e simplesmente na prova testemunhal. Os números são alarmantes: “74% das prisões por tráfico têm apenas policiais como testemunhas do caso” (RODAS, 2017).

Na espécie, o paciente alegou estar sendo vítima de constrangimento ilegal, na medida em que foi condenado em um processo claramente em desconformidade com os mandamentos da legislação pátria, sendo, portanto, nulo de pleno direito.

O HC 87662/PE, de relatoria do Ministro Carlos Britto, da Primeira Turma, julgado em 05/09/2006, é um dos exemplos de como a prova testemunhal tem impacto, em se tratando do tráfico de drogas.¹

O HC versa medida em favor de paciente, que foi originalmente condenado a 5 anos e seus meses de reclusão por tráfico de drogas. Buscou-se, com o remédio constitucional, a anulação da decisão, tendo em vista a insuficiência de provas que basearam a sentença. As provas estavam restritas ao testemunho dos policiais responsáveis pelo flagrante (BRASIL, 2007b).

¹ HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICOPROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações. Tratando-se de sentença condenatória escorada não apenas nos depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, como também nos esclarecimentos feitos pelas próprias testemunhas da defesa, não é possível rever todo o acervo fático-probatório do feito criminal para perquirir se as provas a que se referiu o magistrado de primeira instância são ou não suficientes para produzir uma condenação. O habeas corpus, enquanto remédio constitucional, cumpre a função de pronto socorro à liberdade de locomoção. Daí que o manejo dessa via expressa ou por atalho passe a exigir do acionante a comprovação, de pronto, da ilegalidade ou abusividade de poder imputada à autoridade coatora. Ordem denegada. (HC 87662, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 16-02-2007 PP-00048 EMENT VOL-02264-02 PP-00280 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 417-421) (BRASIL, 2007b)

Para o ministro relator, o testemunho policial possui validade absoluta, sempre e quando seja feita em juízo, dentro dos parâmetros do contraditório. Em sua argumentação, afirma que a simples condição de autoridade policial não implica em suspeição automática, nem na imprestabilidade de suas informações. Indica, como precedentes, os HC 51.577, HC 67.648, HC 73.000 e HC 76.381 (BRASIL, 2007b).

O ministro vai além, informando que:

[...] “de qualquer sorte, o fato é que os depoimentos de policiais utilizados pela sentença foram prestados já na fase judiciária da causa. E a sentença condenatória escora-se não apenas neles, depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, como nos esclarecimentos fornecidos pelas próprias testemunhas de defesa. Esclarecimentos que não desabonaram os fatos descritos na denúncia” (BRASIL, 2007b).

Outro exemplo que envolve a possível discricionariedade na aplicação do crime de tráfico de drogas pode ser extraído do julgamento da Apelação Criminal 0002864-44.2015.8.24.0033, de relatoria do Desembargador Getúlio Corrêa, no ano de 2020.²

Na espécie, foi oferecida denúncia contra Adrielle da Conceição Cunha e Rafael de Oliveira Rosa, por tráfico de drogas. A denúncia explícita a quantidade de substância ilícita encontrada:

² APELAÇÃO CRIMINAL - RÉUS SOLTOS - DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - INSURGÊNCIA DEFENSIVA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE R. - INVIABILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - PRISÃO DO ACUSADO E DA CORRÊ EM FLAGRANTE DELITO - EXPRESSIVA QUANTIDADE DE COCAÍNA ENCONTRADA - PALAVRAS DOS POLICIAIS MILITARES - VERSÃO ISOLADA DO RÉU - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. "O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos [...]" (STF, Min. Celso de Mello). PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06 DA APELANTE A. - NÃO ACOLHIMENTO - USO DE ENTORPECENTE QUE NÃO OBSTA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES - CONDENAÇÃO MANTIDA. A condição de usuário não afasta a responsabilização pelo delito descrito no art. 33, caput, da Lei Antidrogas. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0002864-44.2015.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 12-05-2020). (Santa Catarina, 2020a).

No dia 25 de março de 2015, na rua Pelicano, nesta cidade e Comarca, a denunciada Adrielle da Conceição, em comunhão de esforços e unidade de desígnios com o denunciado Rafael de Oliveira Rosa, trazia consigo, sem que tivesse autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar e, para fins de comércio, 1 (uma) porção de droga vulgarmente conhecida como cocaína, pesando aproximadamente 50g (cinquenta gramas), conforme Termo de Apreensão e Laudo de Constatação de páginas 11 e 12, respectivamente. Salienta-se, com a denunciada Adrielle da Conceição Cunha foi apreendida a quantia de R\$ 53,20 (cinquenta e três reais e vinte centavos), valor oriundo da atividade ilícita desenvolvida. (Santa Catarina, 2020a).

Mesmo com a dispensa da perícia do telefone celular que foi apreendido, tanto pensa defesa quanto pela acusação, os réus foram condenados pelo crime de tráfico de drogas, com base no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006. As testemunhas arroladas foram justamente os policiais envolvidos, sem que existissem provas outras que reforçassem o caráter ilícito do fato (Santa Catarina, 2020a).

A adoção da prova testemunhal como único elemento probatório se repete em diversas decisões. É o que se observa, por exemplo, na Apelação Criminal nº 0020986-22.2017.8.24.0038, da Primeira Câmara Criminal do Tribunal do Estado de Santa Catarina. No julgado, o entendimento foi no sentido de que “Não há falar em absolvição quando o édito condenatório está baseado na fala coerente dos agentes públicos responsáveis pela diligência.”³

Tendo em vista a doutrina e a jurisprudência, fica evidente que a falta de critérios objetivos de diferenciação entre o traficante e o usuário pode servir como

³ PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 LEI 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. APELANTE PRESO EM FLAGRANTE APÓS DENÚNCIA ANÔNIMA INDICANDO A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS QUE INDICAVA A RESIDÊNCIA E AS CARACTERÍSTICAS DO TRAFICANTE. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ OU DE CONTRADITA (ART. 214, CPP). VERSÃO DEFENSIVA CONTRADITÓRIA E ISOLADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...]. Não há falar em absolvição quando o édito condenatório está baseado na fala coerente dos agentes públicos responsáveis pela diligência, aos quais não foi atribuída má-fé ou oferecida contradita (art. 214, CPP), mormente se os depoimentos judiciais vão ao encontro das demais provas. [...]. Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovemento do recurso. - Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Apelação Criminal n. 0020986-22.2017.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 17-05-2018) (Grifado) (Santa Catarina, 2020b)

espaço para a discricionariedade, especialmente quando constatado que o depoimento das autoridades policiais possui grande relevo para a condenação.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Com a publicação da lei 11.343/06, as Leis n. 6.368/76 e 10.409/2002 foram revogadas. Com isso, a nova lei de drogas substituiu a expressão substância entorpecente, pela expressão droga. Tendo três espécies, sendo eles: os entorpecentes, os estimulante e os alucinógenos; onde devem ter aptidão para gerar dependência física ou psíquica e constar numa lista enumerada, tendo expressamente todas as substâncias consideradas drogas . E essa lista será extraído da portaria 344/1998 da Anvisa, (Agencia Nacional de Vigilância Sanitária) . Sendo assim, é nessa Portaria que identificamos quais substâncias são consideradas drogas. Sendo e um evidente exemplo de Norma Penal em Branco Heterogênea. Contudo, se em algum momento alguma substância for retirada dessa portaria, ocorrerá a abolição criminis , virando uma conduta irrelevante penalmente.

Na lei 11.343/2006, o bem jurídico tutelado é a Saúde Pública,o legislador optou em resguardar e tutelar , a saúde da coletividade. E só secundariamente a saúde do dependente ou do usuário.

A legislação criminaliza o uso e comércio de substâncias proibidas, tratando de forma diferente o usuário e o traficante. Então temos duas espécies, que devem ser diferenciadas de forma precisa, para fins de aplicação dos dispositivos legais ao caso concreto. Porém ,a problemática em questão, é se a nova Lei de Drogas, , fornece elementos objetivos suficientes para diferenciação entre o usuário de drogas e o traficante.

Com isso, uma das grandes inovações da nova legislação foi, no artigo 28, onde aborda do porte de drogas para consumo próprio , existindo um tratamento diferenciado com relação ao usuário de drogas. E, quando surgiu esse artigo, diversas foram as discussões sobre a sua natureza jurídica, pois nele não há qualquer menção a imposição de pena privativa de liberdade. O crime aqui, é de ação múltipla, pelo fato de ter dois ou mais verbos núcleos do tipo. Então se na mesma conduta o sujeito praticar dois ou mais verbos, será consumado um único crime.

Já a respeito do crime de Tráfico de Drogas , que está tipificado no artigo 33 da lei 11.343; são dezoito os verbos núcleos do tipo, sendo um crime de ação múltipla. Erroneamente pessoas ainda acham, que para configuração do crime de trafico de

drogas, tem de ter o objetivo de lucro. Mas essa informação é equivocada, pois não necessariamente precisa ter lucro, já que, determinados verbos do artigo são compatíveis a gratuidade, como exemplo, entregar a consumo drogas a um terceiro gratuitamente estará consumado também crime desse artigo 33.

A questão do tráfico tem trazido muitas polêmicas, principalmente, pelo fato, da nova legislação não trazer uma quantidade específica de substância entorpecente para a distinção entre uso e tráfico. E, essa distinção fica sob a polêmica da discricionariedade da autoridade policial que inicialmente apreende o suspeito e posteriormente sob a discricionariedade da autoridade judiciária que julgará o caso. Então, se um indivíduo porta 10 gramas de maconha e outro indivíduo porta 10 quilos, cabe ao policial decidir qual sujeito deve ser considerado traficante e qual deve ser considerado usuário. Ao contrário do senso comum, pode ser que o policial considere o sujeito com 10 quilos usuário e o que possuía 10 gramas se torna traficante. Não existe na lei uma regra que defina como o policial deve classificar esses dois casos dentro da normativa penal.

Nesse sentido, o legislador teve grande preocupação em separar essas condutas, mas sem uma contrapartida na definição dos limites para o enquadramento, quando do caso real. Assim, a legislação cria um abismo entre o tráfico e o uso de drogas, sem que seja possível apontar com clareza o que diferencia uma coisa da outra. A existência de uma zona de indefinição abre espaço para a discricionariedade na aplicação da legislação. Sem critérios objetivos, traficantes podem ser enquadrados como usuários, ao mesmo tempo em que usuários podem ser enquadrados como traficantes.

Sendo assim, existe uma discussão a respeito da descriminalização do uso de drogas, mas meu objetivo não foi tratar desse mérito. Afinal de contas, antes de qualquer decisão a respeito, existem muitas pessoas que são afetadas pela atual criminalização. Então, o foco está em analisar os critérios de diferenciação entre o usuário e o traficante com base na legislação vigente.

4 CONCLUSÃO

De posse da pesquisa apresentada, algumas considerações puderam ser levantadas. Uma delas diz respeito à importância do Direito Penal, que trata dos bens jurídicos mais importantes, como a vida, a liberdade e a segurança das pessoas. Trata-se de área de extremo relevo, na medida em que a vida em sociedade depende da existência de normas que regulem o comportamento.

No entanto, parece existir um descompasso entre as funções do Direito Penal, pelo menos aquelas explícitas, e a sua incidência, pelo menos no que se refere ao tráfico e uso de drogas. A legislação penal visa proteger, como bem jurídico, a saúde da população. Dessa forma, esse seria, pelo menos em uma análise legal, a sua razão de ser.

No que pese a discussão a respeito da necessidade de descriminalização do uso de drogas, não foi objeto de pesquisa adentrar, de forma profunda, nesse mérito. O problema de pesquisa envolveu tão somente os critérios de diferenciação entre o traficante e o usuário de drogas.

Quando da análise do conceito de drogas, restou evidente que a terminologia não é técnica, mas sim popular. Além disso, a terminologia já foi usada para descrever diversas substâncias, muitas delas consideradas legais atualmente, como é o caso das plantas medicinais e culinárias.

Atualmente o conceito de drogas ilícitas está vinculado à previsão legislativa. Assim, são ilícitas as drogas proibidas pelo direito. No entanto, o uso pessoal de drogas não é punível com a pena privativa de liberdade, o que não significa dizer que a conduta não represente crime.

Esse parece um dos pontos paradoxais do assunto, na medida em que o uso de drogas não foi descriminalizado no país, mas a sua pena privativa de liberdade não mas existe. O tráfico de drogas continua punível, com pena até mesmo superior quando comparado às legislações anteriores.

Se por um lado a inexistência de pena privativa de liberdade para os usuários pode ser vista de forma positiva, por outro cria uma situação problemática, na medida em que não existem critérios objetivos para a diferenciação entre os usuários e os traficantes.

Assim, conclui-se pela existência de um modelo casuístico, que considera a situação fática como determinante para o enquadramento legal. Tal realidade permite que o Direito Penal seja usado como instrumento para a opressão, na medida em que permite a discricionariedade na aplicação do Direito.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In.: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Nº 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral. 22ª Ed. rev, amp. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Pensando o Direito** – Tráfico de Drogas e Constituição. Brasília: 2009. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-odireito/publicacoes/anexos/01pensando_direito.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **HC nº 87662/PE**. Paciente: Albert José Andrade Canel. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 16 fev. 2007b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=406350>. Acesso em: 28 out. 2020.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Entre doentes e bandidos: A tramitação da lei de drogas (nº 11.343/2006) no Congresso Nacional. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 2, p. 156-173, 2015.

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

ESTEVÃO, Roberto da Freiria; BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. **Princípio da proibição da proteção deficiente**: função e missão do Direito Penal. Revista da AJURIS, v. 46, n. 147, p. 307-328, 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas**: aspectos penais e processuais. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14ª Ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. Salvador, JusPODIVM, 2015.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. **Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/SP**. São Paulo, 2006.

RODAS, Sérgio. 74% das prisões por tráfico têm apenas policiais como testemunhas do caso. **Revista Consultor Jurídico**, 17 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoos-trafico- apenas-policiais-testemunhas>>. Acesso em: 28 out. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0020986-22.2017.8.24.0038**. Apelantes: Lucas de Assis Diniz e Willian da Rocha Borges. Relator: Carlos Alberto Civinski. Joinville, 17 mai. 2017b. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. **Apelação Criminal n. 0002864-44.2015.8.24.0033**. Apelantes: Adriele da Conceição Cunha e Rafael de Oliveira Rosa. Relator: Getúlio Corrêa. Itajaí, 12 mai. 2020a. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 28 out. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral I Juarez Cirino dos Santos. - 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR : ICPC Cursos e Edições, 2014.

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